Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

4º Trimestre 2022 nº 33

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- Las medidas de Seguridad Social y otros instrumentos de protección social en la ley orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual (conocida de manera popular como "Ley del sí es sí")
  José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- El suicidio de policias y guardias civiles como riesgo profesional en los tribunales
  Juan José Fernández Domínguez
- La reforma del modelo de gestión institucional como instrumento para la garantía de la sostenibilidad del sistema de seguridad social. La creación de la agencia estatal de la administración de la Seguridad Social
  Isabel María Villar Cañada
- El Ingreso Mínimo Vital y el desafío de la inserción Socio-Laboral
  Matthieu Chabannes

Estudios de Doctrina Judicial

- Discapacidad visual grave como lesión determinante de gran invalidez y posibilidad incierta de recuperación.
  Faustino Cavas Martínez
- Denegación de dos pensiones de IPT sucesivas en el mismo régimen y discriminación indirecta por razón de sexo. Al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 30 de junio de 2022 (KM contra INSS)
  Inmaculada Ballester Pastor
- El incremento de la base de cotización al régimen especial de trabajadores autónomos en un momento inmediatamente anterior al hecho causante para lucrar prestaciones derivadas del embarazo más elevadas: "fraude y castigo"
  Carmen Solís Prieto
- La evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en torno a la posibilidad de acceder a la incapacidad permanente contributiva desde una situación de jubilación anticipada por discapacidad
  Sheila López Vico
- El requisito de inscripción como demandante de empleo en el acceso a la pensión de jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador: la excepción aplicable prevista en la ley 40/2007.
  Fernando Jimeno Jiménez

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- El protocolo relativo a la coordinación de la Seguridad Social aplicable a la UE-27 y al Reino Unido como resultado del Brexit
  Verónica Lidia Martínez Martínez

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

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- El régimen jurídico y la política de la inmigración laboral en Italia. Las autorizaciones de trabajo a extranjeros en 2022
  Javier Aibar Bernad

Clásicos de la Seguridad Social

- EFRÉN BORRAJO DACRUZ (1928-2022): la construcción del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social desde el "personalismo jurídico", el normativismo realista y el "Derecho vivo del Trabajo"
  José Luis Monereo Pérez

Ediciones Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

4º Trimestre 2022 Nº 33

© 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 11

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTROS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN SOCIAL EN LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL (CONOCIDA DE MANERA POPULAR COMO "LEY DEL SÍ ES SÍ") 13

José Luis Monereo Pérez

Guillermo Rodríguez Iniesta

1. PERSPECTIVA DE CONJUNTO Y SECUENCIA Y "ESPACIO ESCÉNICO" DE UN CONTROVERTIDO PROCESO LEGISLATIVO 14
2. LAS CONCRETAS MEDIDAS DE REFORMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEY ORGÁNICA 10/2022 19
3. ANÁLISIS VALORATIVO DE CONJUNTO Y CONSIDERACIONES FINALES DE POLÍTICA DEL DERECHO 25

ESTUDIOS DOCTRINALES 33

EL SUICIDIO DE POLICIAS Y GUARDIAS CIVILES COMO RIESGO PROFESIONAL EN LOS TRIBUNALES 35

Juan José Fernández Domínguez

1. PRESENTACIÓN Y PRECISIÓN METODOLÓGICA 35
2. SUICIDIO Y PRESTACIONES DE MUERTE Y SUPERVIVIENCIA DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO O ACTO DE SERVICIO 37
3. INTENTO AUTOLÍTICO PREVIO E INCAPACIDAD 43
4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES POR EL FALLECIMIENTO DEL AGENTE 48
5. MEJORAS EN LA ACCIÓN PROTECTORA 57
6. EL SUICIDIO DEL POLICÍA O DEL GUARDIA CIVIL COMO ACCIDENTE COMÚN EN EL SEGURO DE VIDA Y ACCIDENTES 58
7. CONCLUSIÓN 61

LA REFORMA DEL MODELO DE GESTIÓN INSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO PARA LA GARANTÍA DE LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. LA CREACIÓN DE LA AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 63

Isabel María Villar Cañada

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. LA FIGURA DE LA AGENCIA ESTATAL COMO INSTRUMENTO DE MODERNIZACIÓN Y MEJORA DE LA EFICACIA Y LA CALIDAD DE LA GESTIÓN PÚBLICA 64
2. LA FIGURA DE LA AGENCIA ESTATAL Y EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL 68
3. LAS VENTAJAS DE LA UNIFICACIÓN DEL MODELO ORGÁNICO DE GESTIÓN. ¿SON SUFICIENTES PARA QUE SE MATERIALCE LA CREACIÓN DE LA AGENCIA ESTATAL DE SEGURIDAD SOCIAL? 73
4. RETOS PENDIENTES PARA LA AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 75
5. CONCLUSIONES 78
6. BIBLIOGRAFÍA 79

EL INGRESO MÍNIMO VITAL Y EL DESAFÍO DE LA INSERCIÓN SOCIO-LABORAL 81
Matthieu Chabannes
1. A MODO DE INTRODUCCIÓN 81
2. LOS ITINERARIOS DE INSERCIÓN SOCIOLABORAL CON COLABORACIÓN CON LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS, ENTIDADES LOCALES Y ENTIDADES DEL TERCER SECTOR 83
3. EL SELLO DE INCLUSIÓN SOCIAL PARA LAS EMPRESAS 88
4. EL INCENTIVO AL EMPLEO PARA LAS PERSONAS BENEFICIARIAS DEL IMV 90
5. REFLEXIONES FINALES 93
6. BIBLIOGRAFÍA 95

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 97

DISCAPACIDAD VISUAL GRAVE COMO LESIÓN DETERMINANTE DE GRAN INVALIDEZ Y POSIBILIDAD INCIERTA DE RECUPERACIÓN COMENTARIO A LA STS/SOC 469/2022, DE 24 DE MAYO (RECUD. 2427/2019) 99
Faustino Cavas Martínez
1. PROBLEMA SUSCITADO 99
2. DESCRIPCIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO Y ANTECEDENTES PROCESALES 100
3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CEGUERA BILATERAL COMO SUPUESTO TÍPICO DE GRAN INVALIDEZ 101
4. SOBRE LA NECESIDAD O NO DE AGOTAR TODAS LAS OPCIONES TERAPÉUTICAS PARA CALIFICAR LAS LESIONES COMO DEFINITIVAS 102
5. CONCLUSIÓN 105

DENEGACIÓN DE DOS PENSIONES DE IPT SUCESIVAS EN EL MISMO RÉGIMEN Y DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO. AL HILO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA SEGUNDA) DE 30 DE JUNIO DE 2022 (KM CONTRA INSS) 107
Inmaculada Ballester Pastor
1. EL CONTENIDO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL CONTENIDA EN EL AUTO DE 13 DE OCTUBRE DE 2020 DEL JUZGADO Nº 26 DE BARCELONA 108
2. EL ESCRITO DE LA ABOGADA GENERAL: LA METODOLOGÍA Y LOS DATOS QUE ACREDITARÍAN LA APARICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA 113
3. LA SENTENCIA DEL TJUE (SALA SEGUNDA) DE 30 DE JUNIO DE 2022 (ASUNTO C-625/20) 117
4. ¿APARECE, PUES, LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA?: UN PRONUNCIAMIENTO INACABADO 120
5. MÁS ALLÁ DEL PRONUNCIAMIENTO… ¿PODRÍAMOS ELUDIR LA APLICACIÓN DEL 163.1º TRLGSS A ESTE SINGULAR CASO DE CONCURRENCIA DE PENSIONES DE IPT SUCESIVAS CON UNAS CARACTERÍSTICAS TAN SINGULARES? 121
6. BIBLIOGRAFÍA. 124

EL INCREMENTO DE LA BASE DE COTIZACIÓN AL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS EN UN MOMENTO INMEDIATAMENTE ANTERIOR AL HECHO CAUSANTE PARA LUCRAR PRESTACIONES DERIVADAS DEL EMBARAZO MÁS ELEVADAS: "FRAUDE Y CASTIGO" 125
Carmen Solís Prieto
1. LA FACULTAD DE ELECCIÓN DE LA BASE DE COTIZACIÓN EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS: LA DELGADA LÍNEA ENTRE LA LICITUD Y EL FRAUDE 126

2. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA STS (SOCIAL) DE 31 DE MAYO DE 2022: LA DEVOLUCIÓN DE LA CUANTÍA TOTAL DE LAS PRESTACIONES PERCIBIDAS CALCULADAS CONFORME A LA BASE DE COTIZACIÓN INCREMENTADA INMEDIATAMENTE ANTES DE SU HECHO CAUSANTE CUANDO SE APRECIA FRAUDE EN DICHA CIRCUNSTANCIA....128
3. POSICIONAMIENTO ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL EN TORNO A LOS EFECTOS DERIVADOS DEL CARÁCTER FRAUDULENTO DEL INCREMENTO DE LA BASE DE COTIZACIÓN A SOLICITUD DE LA TRABAJADORA AUTÓNOMA INMEDIATAMENTE ANTES DE LA MANIFESTACIÓN DEL HECHO CAUSANTE....129
4. LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA POR EL TRIBUNAL SUPREMO: LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SANCIONADORA Y EL ALCANCE DE SUS EFECTOS....132
5. A MODO DE CONCLUSIÓN....133
6. BIBLIOGRAFÍA....134

LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN TORNO A LA POSIBILIDAD DE ACCEDER A LA INCAPACIDAD PERMANENTE CONTRIBUTIVA DESDE UNA SITUACIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA POR DISCAPACIDAD....135
Sheila López Vico
1. INTRODUCCIÓN....136
2. DESIGUALES PRONUNCIAMIENTOS EN TORNO A LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JUDICIAL ANTE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA LGSS....138
3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 2022, REC. 184/2019....142
4. CLAVE PARA LA RESOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN PLANTEADA: ¿NOS ENCONTRAMOS REALMENTE ANTE UNA JUBILACIÓN ANTICIPADA?....147
5. CONCLUSIONES CRÍTICAS....150
6. BIBLIOGRAFÍA....151

EL REQUISITO DE INSCRIPCIÓN COMO DEMANDANTE DE EMPLEO EN EL ACCESO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA POR CAUSA NO IMPUTABLE AL TRABAJADOR: LA EXCEPCIÓN APLICABLE PREVISTA EN LA LEY 40/2007. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13/06/2022....155
Fernando Jimeno Jiménez
1. RELACIÓN DE LOS HECHOS....155
2. VALORACIÓN DEL CONTENIDO DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13/06/2022....159
3. CONCLUSIONES....162
4. BIBLIOGRAFÍA....162

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

EL PROTOCOLO RELATIVO A LA COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL APLICABLE A LA UE-27 Y AL REINO UNIDO COMO RESULTADO DEL BREXIT....167
Verónica Lidia Martínez Martínez
1. EL BREXIT Y EL ACUERDO DE RETIRADA....167
2. INTEGRACIÓN DEL PROTOCOLO RELATIVO A LA COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL....170

3. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL PROTOCOLO RELATIVO A LA COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL....173
4. HERRAMIENTAS QUE POSIBILITAN LA COORDINACIÓN EN EL PROTOCOLO RELATIVO A LA COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL....176
5. CONCLUSIÓN....180
6. BIBLIOGRAFÍA....180

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 183

María Nieves Moreno Vida
1. CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS....185
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL....215
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS....220
4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS....221

CRÓNICA DE DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL 225

NOVEDADES NORMATIVAS Y DE GESTIÓN DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL....227
Javier Aibar Bernad
1. 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....227
2. REAL DECRETO-LEY 16/2022 PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL HOGAR....229
3. REAL DECRETO 636/2022, DE 26 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULA EL SELLO DE INCLUSIÓN SOCIAL. 231
4. ORDEN ISM/992/2022 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....232
5. RESOLUCIÓN DE 11 DE OCTUBRE DE 2022, DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE APRUEBA LA INSTRUCCIÓN DE OPERATORIA CONTABLE PARA LAS ENTIDADES QUE INTEGRAN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SE MODIFICA LA DE 3 DE JULIO DE 2014, POR LA QUE SE APRUEBA LA INSTRUCCIÓN DE CONTABILIDAD PARA LAS ENTIDADES QUE INTEGRAN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL....232
6. RESOLUCIÓN DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2022, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y PENSIONES, POR LA QUE SE PRORROGA PARA 2023 LA PLANIFICACIÓN GENERAL DE LAS ACTIVIDADES PREVENTIVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL A DESARROLLAR POR LAS MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL ESTABLECIDA PARA 2022 EN LA RESOLUCIÓN DE 29 DE ABRIL DE 2022....233
7. MEJORAS DE LA GESTION DESARROLLADAS POR LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL....233

DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL....235
Andrés Ramón Trillo García
1. ACCIDENTE DE TRABAJO....235
2. REGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES....236
3. NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR....238

4. JUBILACIÓN 240
5. PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS 245

CRÓNICA DE ACTUALIDAD DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DE SEGURIDAD SOCIAL 247

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL 251

EL RÉGIMEN JURÍDICO Y LA POLÍTICA DE LA INMIGRACIÓN LABORAL EN ITALIA. LAS AUTORIZACIONES DE TRABAJO A EXTRANJEROS EN 2022253
Javier Aibar Bernad
1. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA INMIGRACIÓN EN ITALIA 253
2. LA PROGRAMACIÓN TEMPORAL DE LOS FLUJOS DE ENTRADA EN ITALIA DE TRABAJADORES DE FUERA DE LA UE 259
3. LOS PROCESOS DE REGULARIZACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS 265
4. LA MIGRACIÓN CIRCULAR. LA COOPERACIÓN CON LOS PAÍSES DE ORIGEN DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS 268
5. LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN DE CIUDADANOS EXTRACOMUNITARIOS EN ITALIA. REFERENCIA AL COLECTIVO DE TRABAJADORES EXTRANJEROS 269
6. EL SEGUIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LAS INSUFICIENCIAS DEL MERCADO DE TRABAJO Y DE LA INTEGRACION SOCIOLABORAL DE LOS EXTRANJEROS 271

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 273

EFRÉN BORRAJO DACRUZ (1928-2022): LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO SOCIAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DESDE EL "PERSONALISMO JURÍDICO", EL NORMATIVISMO REALISTA Y EL "DERECHO VIVO DEL TRABAJO" 275
José Luis Monereo Pérez
1. LA PERSONA Y LA VOCACIÓN 276
2. PENSAMIENTO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL 279
3. BIBLIOGRAFÍA DE EFRÉN BORRAJO DACRUZ (NO EXHAUSTIVA) 299
4. TRABAJOS SOBRE EFRÉN BORRAJO DACRUZ 308

Editorial

Laborum

nº 33 (4º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Las medidas de Seguridad Social y otros instrumentos de protección social en la ley orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual (conocida de manera popular como "Ley del sí es sí")[1]

The Social Security measures and other social protection instruments in the organic law 10/2022, comprehensive guarantee of sexual freedom (popularly known as "Yes is Yes Law")

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.: «Las medidas de Seguridad Social y otros instrumentos de protección social en la ley orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual (conocida de manera popular como "Ley del sí es sí")». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 33 (2022): 13-31

[1] El propio Gobierno ha dado pie a que se le denomine así, véase la nota del Consejo de Ministros de 6 de julio de 2021, en relación con la aprobación del Proyecto de Ley Orgánica en uno de sus párrafo señala "*El modelo, de solo sí es sí, deja claro* ….''; accesible en https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2021/refc20210706.aspx#sexual; [consultado el 4 de diciembre de 2022].
Por otro lado, no son de extrañar estas peculiares denominaciones en disposiciones que introducen reformas de gran calado. En el ámbito de la Seguridad Social -en ocasiones- nos encontramos con disposiciones que se conocen popularmente con una denominación muy distinta a la oficial, pero muy ilustrativa de materia de la que tratan. En este sentido recuérdese, por ejemplo: La Ley 26/1985, de 30 julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, más conocida como *"Ley de recorte de las pensiones";* u otra más cercana en el tiempo el 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, a la que se denomina en los medios de comunicación como "*El tarifazo a los autónomos".* En otras ocasiones se opta por una denominación más sencilla que la oficial y así la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, se le suele citar como *"Ley de la Dependencia".* Como se sabe, el lenguaje jurídico se "traduce" en fórmulas expresivas que - aunque no siempre- transmiten la finalidad de la legislación y sus elementos de "novedad" o "actualidad". Ello da cuenta del hecho de que el "sentido común jurídico" funciona, a menudo, mediante estas distorsiones del lenguaje más técnico-jurídico de las Leyes.

"Condenando toda forma de violencia contra la mujer y de violencia doméstica; Reconociendo que la realización de jure y de facto de la igualdad entre mujeres y hombres es un elemento clave de la prevención de la violencia contra la mujer; Reconociendo que la violencia contra la mujer es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación; Reconociendo que la naturaleza estructural de la violencia contra la mujer está basada en el género, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres; […] Aspirando a crear una Europa libre de violencia contra la mujer y de violencia doméstica"

"PRÉAMBULO" del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica[2].

1. PERSPECTIVA DE CONJUNTO Y SECUENCIA Y "ESPACIO ESCÉNICO" DE UN CONTROVERTIDO PROCESO LEGISLATIVO

De la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (en adelante, LOGILS)[3] solo se habla de las consecuencias jurídico penales que lleva consigo las reformas introducidas en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y ello desde su tramitación y luego tras su publicación en el BOE, principalmente por los medios de comunicación y partidos políticos. Las noticias, informaciones, declaraciones, etcétera, que nos llegan suelen ser del siguiente tenor: en prensa *"Robles apuesta por modificar la ley del 'sí es sí' si se considera que "hay lagunas*"[4]; en radio *"Ley del solo sí es sí: Aumentan las excarcelaciones de condenados por agresión sexual tras*

[2] Se 11 mayo de 2011 (Convenio de Estambul). Ratificado por España en 18 de marzo de 2014, publicado en el BOE el 6 junio de 2014.

[3] Publicada en BOE de 7 septiembre de 2022.
Veladas críticas a la denominación oficial puede verse en:
- El Informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de LO de garantía integral de la libertad sexual cuando afirma "*Se considera que no resulta correcto el nombre de la ley, al entender que puede llevar a equívocos. El derecho a la libertad sexual se predica de todos y cada uno de los individuos, no de una parte, por cuantiosa que sea…";* pág. 12, accesible en https://www.fiscal.es/documents/20142/00f836e0-c5dc-8535-b3da-ffbf8fcbb83a [consultado el 4 de diciembre de 2022.
-El Informe del Consejo de Estado núm. 393/2021, de 10 de junio, pág. 39 y 40, accesible en https://transparencia.consejo-estado.es/view.php?id=1412 [consultado en 4 de diciembre de 2022].
-Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el anteproyecto de fecha 25 de noviembre de 2020, en su apartado 4 Observaciones particulares, sobre el art. 1 señala:
"Este artículo establece como objeto de la Ley Orgánica la protección integral del derecho a la libertad sexual mediante la prevención y erradicación de todas las violencias sexuales contra las mujeres, niñas y niños, en tanto que víctimas fundamentales de la violencia sexual.
Valga reiterar aquí la ya referida necesidad de congruencia entre el objetivo de la Ley, su título y el contenido efectivo, que se centra en el establecimiento de medidas de protección y reparación de quienes han sido víctimas de alguna forma de violencia sexual.
Así, de la taxativa enumeración de personas destinatarias del apartado 1 de este artículo ("mujeres, niñas y niños") surgiría la duda de si el Anteproyecto excluye de la protección toda forma de violencia sexual contra los hombres. …" pág. 27 y ss. accesible en https://www.ces.es/documents/10180/5231798/Dic042020.pdf/eb7e2a80-02e8-286e-63e4-defcaa24eb8e [consultado en 4 de diciembre de 2022].

[4] Diario El Mundo, noticia publicada en fecha 4 de diciembre de 2022, accesible en https://www.elmundo.es/espana/2022/12/03/638b483ffdddff0e6b8b459e.html [consultado 5 de diciembre de 2022].

la revisión de las penas"[5]; en televisión *¿Qué dice la ley del 'solo sí es sí'? ¿Por qué se han rebajado condenas de abusos sexuales?: el análisis de los expertos*[6]*;* y otras muchas de similar tenor.

Las noticias que proceden de los partidos políticos también giran en torno a ello *"Montero se queda sola. Todos los partidos que votaron con el Gobierno la ley del solo sí es sí piden ahora corregirla. Grupos como ERC, Bildu, PNV o Ciudadanos asumen la "equivocación" en la tramitación de la norma y ven correcto que vuelva al Congreso para mejorarla pese a la cerrazón de Podemos*"[7].

Lo curioso es que nadie habla de otros aspectos muy relevantes de esta LOGILS, consecuencia del carácter integral que se ha pretendido alcanzar con ella y así podemos ver que su contenido se proyecta sobre diferentes espacios como[8]: la prevención y detección de medidas contra la violencia sexual; el derecho a una asistencia integral especializada y accesible; la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad Social; el acceso y obtención de justicia; el derecho a la reparación; y a medidas para la aplicación efectiva de la Ley. Además, a lo largo de dieciséis disposiciones finales, se van a introducir modificaciones muy relevantes de disposiciones legales de diverso rango normativo como[9]: Ley de Enjuiciamiento Criminal (RD 14-9-1882); Ley Reguladora del Derecho a la Educación (LO 8/1985, de 3 julio); Ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 noviembre); Código Penal (LO 10/1995, de 23 de noviembre); Ley de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (Ley 35/1995, de 23 de noviembre); Ley de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LO 4/2000, de 12 de enero; Ley de responsabilidad civil de los menores (LO 5/2000, 12 de enero); Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003, de 17 noviembre); Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre); Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LO 3/2007, de 22 de marzo); Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007, de 11 julio); Ley Estatuto de la víctima del delito (Ley 4/2015, de 27 abril); Ley del Código Penal Militar (LO 14/2015, de 14 octubre); Ley del Estatuto de los Trabajadores (RD-legislativo 2/2015, 23 octubre); Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (RD-legislativo 5/2015, de 30 octubre); y Ley General de la Seguridad Social (RD-legislativo 8/2015, de 30 octubre).

Sobre la oportunidad de la norma, su relación con otras disposiciones legales de protección a las personas a las que se dirige, sus fines y objetivos y otros aspectos generales de la Ley Orgánica 10/2022

La adopción de medidas como las previstas en la LOGILS, dirigidas a: la investigación y producción de datos[10]; su prevención y detección[11]; formación y especialización profesional (de docentes y personas dedicadas a la educación; del sector sanitario y sociosanitario; de las fuerzas y cuerpos de seguridad; de los jueces, fiscales y personal al servicio de la Administración de Justicia;

[5] Onda Cero, noticia de fecha 2-12-2022, accesible en https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/ley-solo-aumentan-excarcelaciones-condenados-agresion-sexual-revision-penas_202212026389bef4ad8bc10001c281ef.html [consultado el 5 de diciembre de 2022]

[6] Radio Televisión Española, accesible en https://www.rtve.es/noticias/20221117/rebaja-penas-solo-si-si-analisis/2409172.shtml [consultado en 5 de diciembre de 2022].

[7] Noticia publicada en el diario El Confidencial en fecha 18 noviembre de 2022, accesible en https://www.elconfidencial.com/espana/2022-11-18/partidos-votaron-gobierno-ley-si-es-si-piden-corregirla_3524999/, [consultada el 5 de diciembre de 2022].

[8] A lo que tampoco ha contribuido lo comunicado por el Gobierno, véase la noticia del Consejo de Ministros referenciada en la nota 1.

[9] Por otro lado, no debe olvidarse que se anuncian futuras reformas en: La LO. 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; en Ley 50/1981, de 30 diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita; de la aprobación de un proyecto de ley por la que se cree y regule un fondo de bienes decomisados por delitos contra la libertad sexual (Disposiciones finales vigésima a vigésimo segunda). O bien de adaptación de diversa normativa reglamentaria (DF: vigésimo tercera. 1); o de general adaptación de la normativa de la Administración General del Estado y Autonómica a las previsiones de la LO 10/2022 (DF vigésimo tercera 2).

[10] Arts. 4 a 6 LO 10/2022.

[11] Arts. 7 a 22 LO 10/2022.

abogacía; forenses; personal de prisiones y centros de internamiento; y personal en el exterior)[12]; de asistencia integral especializada y accesible; instrucciones de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; de acceso y obtención de justicia; del derecho a la reparación, etcétera, parece que no son objetables, teniendo en cuenta que la LO 10/2022 sigue la línea marcada por instrumentos y recomendaciones internacionales que luego han ido siendo recogidas a nivel nacional.

En este sentido recuérdense la Convención Internacional de 1979 de Naciones Unidas sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer, ratificada por España en 1982 (en ella se inspiraría la LO 1/2004); las recomendaciones de su Comité de Seguimiento (CEDAW) en especial la Recomendación General 35 (2017) sobre el alcance de las obligaciones de los Estados frente a todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas, entre ellas las violencias sexuales; y también las del Grupo de Trabajo sobre discriminación contra la mujer y las niñas, que en 2015 formularon recomendaciones a España para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales frente a la violencia sexual (ampliación del marco normativo para incluir un abordaje integral frente a la violencia, impulso de acciones para eliminar estereotipos de género, etc.).

En el ámbito europeo son de señalar el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación sexual de 25 octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote); la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa de 11 mayo de 2011 (Convenio de Estambul)[13]. Este último, especialmente relevante, propugna un *tratamiento integral* de las violencias contra las mujeres, basados en instrumentos de protección de las víctimas no limitados a la tutela penal, sino también otros dirigidos a la sensibilización, educación y formación sobre la naturaleza, causas y consecuencias del fenómeno[14].

De interés también resulta el informe de 2020 del Grupo de Expertos (GREVIO) creado para el seguimiento de dicho Convenio en relación con la evaluación de su aplicación en España[15], que mostró su preocupación ya que

"… de la legislación, de los enfoques políticos y de los discursos existentes en torno a las diferentes formas de violencia contra las mujeres en España ha mostrado la importancia otorgada a la violencia ejercida por la pareja o expareja. Formas de violencia como son la violación y la violencia sexual, el acoso sexual, el matrimonio forzoso, la mutilación genital femenina y la esterilización forzosa se abordan de manera menos integral en la legislación y las políticas públicas. Dado que las competencias en el área de prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres se comparten entre los gobiernos central y auto nómico, existen marcadas diferencias en términos del alcance de la legislación autonómica, la prestación de servicios y la financiación asignada. Si bien algunas comunidades autonómicas de España buscan garantizar un enfoque integral y específico hacia todas las formas de violencia contra la mujer, otras no lo hacen, de lo que se deriva un panorama muy heterogéneo en términos de prevención, protección y enjuiciamiento de todas las formas de violencia según lo contemplado en el Convenio de Estambul."[16]

[12] Arts. 23 a 32 LO 10/2022.

[13] Ratificado por España en 18 de marzo de 2014, publicado en el BOE el 6 junio de 2014.

[14] Véase su capítulo II.

[15] Su denominación es "*Primer Informe de evaluación de GREVIO sobre las medidas legislativas y de otra índole que dan efecto a las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica",* accesible en https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesGREVIO/docs/InformeGrevioEspana.pdf, [consultado en 4 de diciembre de 2022).

[16] Apartado VIII, Observaciones finales, 305 del Primer informe de evaluación, pág. 98; accesible en https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesGREVIO/docs/InformeGrevioEspana.pdf. [consultado en 4 de diciembre de 2022].

Y, por otro lado, no cabe olvidar tampoco: a) En el ámbito de la Unión Europea la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025, COM (2020) 152 final, de 5 de marzo de 2020[17] y la Estrategia UE sobre derechos de las víctimas (2020-2025), COM (2020), 258 final, de 25 junio de 2020[18]; y a nivel nacional el Pacto de Estado contra la Violencia de Género adoptado por el Congreso de los Diputados y Senado[19].

[17] La Estrategia presenta como objetivos fundamentales el poner fin a la violencia de género, combatir los estereotipos de género, colmar las brechas de género en el mercado de trabajo, lograr la participación en pie de igualdad en los distintos sectores de la economía, abordar la brecha salarial y de pensiones entre hombres y mujeres, reducir la brecha de género en las responsabilidades asistenciales y alcanzar el equilibrio entre mujeres y hombres en la toma de decisiones y la actividad política. Dicha Estrategia opta por un planteamiento dual de integración de la perspectiva de género combinada con actuaciones específicas y descansa en la interseccionalidad como principio horizontal para su aplicación. Entre los primeros resultados de la Estrategia, la Comisión propuso el 4 de marzo de 2021 medidas vinculantes de transparencia salarial. El 8 de marzo de 2022, la Comisión Europea formuló una nueva propuesta de Directiva a escala de la UE para combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, trató de introducir normas mínimas específicas sobre los derechos de este grupo de víctimas de delitos y tipificar como delito las formas de violencia contra las mujeres y la ciberviolencia.

[18] Véase la conclusión de la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones en 24 junio de 2020 sobre la Estrategia de la UE sobre los derechos de las víctimas que señala que:

"La UE debe hacer más para proteger a las víctimas de delitos. La primera estrategia de la UE en materia de derechos de las víctimas contempla un conjunto integral de medidas para los próximos cinco años. Se espera que estas acciones mejorarán la protección de los derechos de las víctimas, incluida la debida consideración de las víctimas con necesidades específicas y que, de esta manera, aumentarán la seguridad de todos los ciudadanos de la Unión.

La Comisión se centrará en la aplicación y cumplimiento plenos de las normas vigentes de la UE sobre los derechos de las víctimas. Promoverá la sensibilización sobre los derechos de las víctimas y trabajará junto con los Estados miembros a fin de aumentar la resiliencia de las estructuras de apoyo a las víctimas, para lo cual también se extraerán conclusiones sobre la pandemia de COVID-19. Además, la Comisión seguirá evaluando los instrumentos de la UE, así como sus posibles deficiencias y, cuando sea necesario, presentará propuestas legislativas para 2022 a fin de reforzar aún más los derechos de las víctimas.

Se realizará un seguimiento regular de la aplicación de esta estrategia, por ejemplo, mediante reuniones periódicas de la Plataforma de derechos de las víctimas, que permitirán obtener información actualizada sobre acciones que son responsabilidad de diferentes actores. Además, la Comisión hará un balance a medio plazo de las acciones de la estrategia y la actualizará si es preciso.

Dar pleno efecto a los derechos de todas las víctimas en cualquier lugar de la UE y en todas las circunstancias requiere que todos los actores pertinentes participen, tanto a nivel de la UE como nacional y local. Esta estrategia requiere del esfuerzo común de la Comisión, otras instituciones y organismos, los Estados miembros y la sociedad civil. Para tener éxito, debemos trabajar todos juntos."

[19] Una versión refundida del mismo de fecha 13 de mayo de 2019 puede verse en https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf [consultado en 4 de diciembre de 2022).

De interés especial las medidas 103, 104:

"*103. Realizar los cambios pertinentes en materia legislativa para la correcta aplicación del Convenio de Estambul, sobre delitos sexuales contra menores y sobre normas mínimas de reconocimiento de derechos a todas las víctimas de delitos, conforme a las directivas europeas de aplicación. Para ello se introducirá la perspectiva de género y la de derechos humanos en todas las normativas y disposiciones contra las violencias sexuales de la legislación española, revisando y evaluando para ello la Ley 35/1995 de 11 de Diciembre de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, para la posterior creación de un marco regulador que permita realizar un tratamiento integral de las violencias sexuales.*

104. Los Grupos Parlamentarios que subscribimos el presente Informe señalamos la necesidad de:

1. Declarar que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación, y comprende todos los actos de violencia basados en el género que implican o puedan implicar para las mujeres, daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, así como cualquier otra forma de violencia que afecte a las mujeres de forma desproporcionada.

2. A estos efectos también se entenderá como violencia contra las mujeres, las amenazas de realización de dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.

3. Señalar la especificidad de las medidas de protección integral contenidas en la LO 1/2004, en relación con la violencia de género que se establece como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges

Visto así, podría decirse que la Ley Orgánica 10/2022 merece una valoración -en términos generales- positiva, dado que con ella se pretende dar respuesta a los desafíos que plantea esa lacra social que es la violencia sexual y la necesidad de una protección a las víctimas, tal y como se recoge en su art. 1 relativo a su objeto y finalidad. En efecto, conforme al art. 1 apartados 1 y 2 señala lo siguiente que el *objeto* de la esta ley orgánica es la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales, por un lado, y por otro que la *finalidad* de la ley orgánica es la adopción y puesta en práctica de políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, a nivel estatal y autonómico, que garanticen la sensibilización, prevención, detección y la sanción de las violencias sexuales, e incluyan todas las medidas de protección integral pertinentes que garanticen la respuesta integral especializada frente a todas las formas de violencia sexual, la atención integral inmediata y recuperación en todos los ámbitos en los que se desarrolla la vida de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, en tanto víctimas principales de todas las formas de violencia sexual.

Ahora bien, cuando se analiza su contenido -dado su planteamiento transversal y multidisciplinar- y se pone en relación con el ordenamiento jurídico nacional llama la atención las múltiples normas que con enfoques diversos, tratan esa lacra que es la violencia sexual en algunos casos discurrían de forma paralela, como era el caso de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género; o con la LO 8/2021, de 4 junio, de protección a la integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, que en el anteproyecto de ley no se había advertido y que finalmente se ha intentado solventar vía modificación de dichas Leyes Orgánicas con la inclusión en la LOGILS de dos disposiciones finales la séptima y la novena.

Junto a esos iniciales solapamientos, la LOGILS también converge con disposiciones ya previstas en otras Leyes Orgánicas (por limitarnos a las de este rango normativo), como: LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales; LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación; LO 1/2007, LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; LO 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, LO 1/1979, 26 de septiembre, General Penitenciaria.

Este es el riesgo que un texto que pretende ser integrador y transversal tiene, la de producir solapamientos, duplicidades, contradicciones y obviamente dudas e inseguridad jurídica[20]. Falta aquí una mayor racionalización del disperso grupo normativo regulador para establecer un verdadero "*sistema"* integral y transversal de garantías jurídicas e institucionales.

En cualquier caso, estamos ante una legislación necesaria que atiende a un problema estructural. Se considera que las violencias sexuales son los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena.

o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Estas medidas de protección integral tienen como finalidad prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos e hijas menores, y a los menores sujetos a su tutela o guarda y custodia, víctimas directas de esta violencia.

4. Declarar que son también formas de violencia contra las mujeres conforme al Convenio de Estambul, la violencia física, psicológica y sexual, incluida la violación; la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso sexual y el acoso por razones de género, el aborto forzado y la esterilización forzada, incluso en los casos en que no exista con el agresor la relación requerida para la aplicación de la LO 1/2004. Por lo tanto, la atención y recuperación, con reconocimiento de derechos específicos de las mujeres víctimas de cualquier acto de violencia contemplado en el Convenio de Estambul, y no previsto en la LO 1/2004, se regirá por las leyes específicas e integrales que se dicten al efecto de adecuar la necesidad de intervención y de protección a cada tipo de violencia. Hasta que se produzca este desarrollo normativo, las otras violencias de género reconocidas en el Convenio de Estambul, recibirán un tratamiento preventivo y estadístico en el marco de la LO 1/2004. Asimismo, la respuesta penal en estos casos se regirá por lo dispuesto en el Código Penal y las leyes penales."

[20] Estas reflexiones ya fueron advertidas en los informes sobre el anteproyecto de ley elaborados por: el Consejo General del Poder Judicial de fecha 25 de febrero de 2021 (pp. 17 y ss.); el Consejo de Estado en fecha 10 de junio de 2021 (págs. 34 y ss.); y el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado de 2 de febrero de 2021 (pp. 12 y ss.).

2. LAS CONCRETAS MEDIDAS DE REFORMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEY ORGÁNICA 10/2022

Las medidas de Seguridad Social en favor de las víctimas de violencia sexual se encuentran recogidas en: a) El art. 38 apartados 2, 3 y 5 "Derechos laborales y de Seguridad Social; b) El art. 39.2 "Programa específico de empleo"; c) El art. 54 "Pensión de orfandad y prestación de orfandad"; d) La disposición final novena que modifica la LO 1/2004, de 28 de diciembre, añadiendo un nuevo art. 19 bis "Derecho a la atención sanitaria" y dando una nueva redacción al art. 21 "Derechos laborales y de Seguridad Social"; e) La disposición final undécima que modifica el apartado 5 del art. 14, la letra g) del art. 15 y el párrafo f) del apartado 1 del art. 16 de la Ley 20/2007, de 11 julio; ; y f) La disposición final decimosexta que modifica la redacción de varios preceptos de la LGSS: apartado 5 del art. 165; apartado 1. d) del art. 207; tercer párrafo del apartado 1 del art. 224; ordinal 2.º de la letra b) del apartado 1 letra b) del apartado 3 del art. 267; segundo párrafo de la letra b) del apartado 4 del art. 271; tercer párrafo del art. 300; párrafo segundo de la letra b) del apartado 1 del art. 329; letra d) del apartado 1 del art. 331; letra c) del apartado 1 del art. 332; ordinal 4.º de la letra a) del apartado 1 y la letra d) del apartado 2 del art. 335; letra d) del apartado 1 del art. 336; y apartado 2 del art. 337.

Una lectura atenta de la norma refleja que existe una interconexión entre todas las medidas previstas para hacer frente a la violencia sexual, en cualquiera de sus manifestaciones, adoptando un *enfoque global*, esto es, un plan de acción que materialice todas aquellas medidas de protección integral pertinentes que garanticen la respuesta integral especializada frente a todas las formas de violencia sexual, la atención integral inmediata y recuperación en todos los ámbitos en los que se desarrolla la vida de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, en tanto víctimas principales de todas las formas de violencia sexual.

a) Tres aspectos preliminares a tener en cuenta: ámbito objetivo, subjetivo y acreditación de la existencia de violencia sexual en la LO 10/2022

El art. 3.1 de la LOGILS define la violencia sexual como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital, que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos.

En todo caso se consideran violencias sexuales los delitos contra la libertad sexual previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: agresiones y acoso sexual, exhibicionismo, provocación sexual prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual, y la trata con fines de explotación sexual

Respecto a su ámbito subjetivo, el art. 3.2 señala que resulta de aplicación a mujeres, adolescentes, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad, o que hayan sido víctimas de violencias sexuales en el extranjero, siempre que sean de nacionalidad española[21]. Que parece que habría que completar con lo indicado en el apartado 4 de dicho art. 3 relativo a los menores o personas con capacidad jurídica modificada. La referencia a los menores ya parece que está recogida en el apartado 2 y en relación con las personas con capacidad jurídica modificada supone también incluir a los hombres, pero no al resto de hombres adultos que pudieran ser víctimas de tales delitos[22]

El tercer aspecto a tener en cuenta es la acreditación de la existencia de violencia sexual. El art. 37 señala que la existencia de violencia sexual podrá acreditarse mediante: a) Informe de los servicios

[21] En este último caso podrán recabar la asistencia en embajadas y oficinas consulares previstas en el art. 51 de la LO 10/2022, sin perjuicio de las competencias de los tribunales españoles.

[22] Ver Informe del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de ley citado, págs. 42-43.

sociales, de los servicios especializados en igualdad y contra la violencia de género, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencias sexuales de la Administración Pública competente, o de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en los casos objeto de actuación inspectora; b) Por sentencia recaída en el orden jurisdiccional social (no se dice nada de otros órdenes jurisdiccionales); c) Cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos; y d) Documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial, en el caso de víctimas menores de edad[23].

En relación con lo anterior la Disposición final novena de la Ley Orgánica 10/2022 da nueva redacción al artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que regula la acreditación de situaciones de violencia de género. Dicha modificación normativa amplia las posibilidad acreditarse las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados la Ley 1/2004 - entre los que se incluye la protección por desempleo por verse obligada la víctima a abandonar su puesto de trabajo de forma definitiva o temporal - , que pasan a ser los siguientes y partir de su entrada en vigor las situaciones legales de desempleo en los supuestos de suspensión del contrato o extinción del mismo como consecuencia de haber sufrido violencia de género, se acreditarán mediante el Certificado de Empresa en el que figure la causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo, acompañado de la orden de protección o de cualquiera de los documentos a los que se refiere el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004.

En el siguiente cuadro se puede comparar las diferentes formas de acreditar una situación de violencia bien sea sexual o de género

LO 10/2022 (LOGILS)	LO 1/2004
Art. 37 Acreditación de la existencia de violencias sexuales. 1. A estos efectos, también podrán acreditarse las situaciones de violencias sexuales mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados en igualdad y contra la violencia de género, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencias sexuales de la Administración Pública competente, o de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en los casos objeto de actuación inspectora; por sentencia recaída en el orden jurisdiccional social; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos. En el caso de víctimas menores de edad, y a los mismos efectos, la acreditación podrá realizarse, además, por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial. 2. El Gobierno y las comunidades autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencias sexuales. 3. Los datos personales, tanto de las víctimas como de terceras personas, contenidos en los citados documentos serán tratados con las garantías establecidas en la normativa de protección de datos personales.	**Art. 23 Acreditación de situaciones de violencia de género.** Las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en esta ley **se** acreditarán mediante una sentencia condenatoria por cualquiera de las manifestaciones de la violencia contra las mujeres previstas en esta ley, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género. También podrán acreditarse las situaciones de violencia contra las mujeres mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida de la Administración Pública competente destinados a las víctimas de violencia de género, o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos. En el caso de víctimas menores de edad, la acreditación podrá realizarse, además, por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial. El Gobierno y las comunidades autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencia de género.»

[23] El apartado 2 del art. 37, señala que el Gobierno y las comunidades autónomas (en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencias sexuales.

b) Condiciones generales de acceso a las prestaciones

La DF. Decimosexta modifica el apartado 5 del art. 165 LGSS para incluir la referencia a la violencia sexual como período de cotización efectiva la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto en los términos establecidos en el art. 48 ET[24].

c) La protección por desempleo

De los arts. 37, 38 ap. 1 y 2 y de las disposiciones finales: a) Disposición final decimocuarta apartados uno, tres y cuatro (que modifica el Estatuto de los Trabajadores, concretamente el art. 37.8; la letra n) del apartado 1 del art. 45; la letra m) del apartado 1 del art. 49); b) Disposición final decimosexta que modifica la LGSS (concretamente el apartado 5 del art. 165; el apartado 1.d) 7ª del art. 207; el tercer párrafo del apartado 1 del art. 224; el ordinal 2.º de la letra b) del apartado 1 y la letra b) del apartado 3 del art. 267; el segundo párrafo del apartado 4 del art. 271; y el tercer párrafo del art. 300), de la LO 10/2022, las novedades más relevantes son:

- Las víctimas de violencia sexual (igual que las víctimas de violencia de género), se encontrarán en situación legal de desempleo cuando se suspenda o se extinga su contrato de trabajo por propia decisión al verse obligadas a abandonar su puesto de trabajo de forma temporal o definitiva como consecuencia de dicha violencia[25].
- A los efectos del cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo, si las víctimas de violencia sexual, para hacer efectivo su derecho a la asistencia social integral, hubieran reducido su jornada de trabajo con disminución proporcional del salario, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por ciento de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial. Y si la situación legal de desempleo se produce estando en reducción de jornada por tal motivo, las cuantías máxima y mínima de su prestación se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas antes de la misma.
- Tanto en el caso de la persona sea víctima de violencia de género como si es víctima de violencia sexual, el periodo de suspensión del contrato por alguno de estos motivos tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones por desempleo. Periodo de suspensión que no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión, en cuyo caso el juez podrá prorrogarlo por periodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses[26].
- La acreditación de su situación legal de desempleo será mediante la comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral, acompañada de alguno de los documentos relacionados en el artículo 37 LO 10/2022[27].

d) Ayudas económicas

El art. 41 de la LOGILS establece unas ayudas económicas que, aunque no entran formalmente dentro del nivel asistencial por desempleo normado en los arts. 274 y ss. LGSS, sí están muy relacionadas con su régimen jurídico. Estas ayudas van dirigidas a las víctimas de violencias sexuales

[24] Véase también la disposición final novena seis de la LO 10/2022, que modifica el art.21 LO 1/2004, de 28 diciembre, en relación con la violencia de género.

[25] Sobre planes programas específicos de empleo para las víctimas de violencia sexual véase el art. 39 LO 10/2022.

[26] Art. 48 Estatuto de los Trabajadores. Sobre beneficios en la cotización por formalización de contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia sexual con contrato suspendido véase el art. 38.3 LO 10/2022.

[27] La comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral se sustituirá, conforme a lo establecido en el artículo 1.6 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el certificado de empresa, en el que ha de figurar la causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo.

que careciesen de rentas superiores, en cómputo mensual, al salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias[28]. La ayuda económica será con carácter general equivalente a seis meses de subsidio por desempleo (entiéndase del nivel asistencial). La ayuda podrá percibirse, a elección de la víctima, en un pago único o en seis mensualidades y se puede prorrogarse por una sola vez, siempre que se mantenga la carencia de rentas antes indicada[29].

Estas ayudas tienen un amplio abanico de compatibilidad pues serán compatibles con la percepción de las indemnizaciones acordadas por sentencia judicial, o, alternativamente -sic-, con cualquiera de las ayudas previstas en: a) La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual; b) Las ayudas previstas en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción [ver la letra d) siguiente]; c) Con las ayudas establecidas en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, y además con la percepción de las ayudas que establezcan las comunidades autónomas en este ámbito material. Estas ayudas serán financiadas con cargo a los PGE y quedan pendientes de un futuro desarrollo reglamentario.

e) La renta activa de inserción

De acuerdo con lo previsto en el art. 41.5 de LO 10/2022 las personas que acrediten ser víctimas de violencia sexual se les otorgará el mismo tratamiento, a efectos del programa de renta activa de inserción, que a las víctimas de violencia de género. Es decir, podrán ser beneficiarios del programa de renta activa de inserción las personas desempleadas menores de 65 años que en la fecha de la solicitud de incorporación al mismo tengan acreditada la condición de víctima de violencia sexual conforme a lo establecido en el art. 37 de LO 10/2022 siempre que cumplan el resto de requisitos para ello, es decir: a) No convivir con el agresor; b) Estar inscritas como demandantes de empleo; c) No haber sido beneficiarias de tres derechos al programa de renta activa de inserción anteriores, aunque no se hubieran disfrutado por el periodo de duración máxima de la renta; y d) Carezcan de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, teniendo en cuenta a éstos efectos que si tiene cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

En relación con el requisito de carencia de rentas, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la LOGILS, las víctimas de violencias sexuales que careciesen de rentas superiores, en cómputo mensual, al salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, recibirán una ayuda económica de cuantía equivalente a seis meses de subsidio por desempleo, que podrá incrementarse, en función de sus circunstancias personales y familiares, hasta ser equivalente a 24 meses de subsidio por desempleo y que en todo caso puede prorrogarse por una

[28] En el supuesto de víctimas de violencias sexuales dependientes económicamente de la unidad familiar, el límite será de dos veces el salario mínimo interprofesional.

[29] No obstante, la duración puede ser mayor en los casos de:
a) Cuando la víctima de la violencia sexual tuviera reconocida oficialmente una discapacidad en grado igual o superior al 33%, el importe será equivalente a doce meses de subsidio por desempleo, prorrogables por una sola vez, siempre que se mantengan las condiciones que dieron lugar a la concesión inicial.
b) Que la víctima tenga personas a cargo, su importe podrá alcanzar el de un período equivalente al de dieciocho meses de subsidio, o de veinticuatro meses si la víctima o alguno de los familiares que conviven con ella tiene reconocida oficialmente una discapacidad en grado igual o superior al 33%, en los términos que establezcan las disposiciones de desarrollo de la presente Ley Orgánica. será igualmente prorrogable por una sola vez, en los mismos términos que los anteriores, siempre que se mantengan las condiciones que dieron lugar a la concesión inicial.

vez si continúan cumpliéndose las condiciones que dieron lugar a su concesión (a elección de la persona, se percibirá mensualmente o en un solo pago).

Adviértase que a diferencia de la ayuda social prevista en el art. 27 de la LO 1/2004, dirigida a las víctimas de violencia de género que, además de carecer de rentas superiores al 75% del SMI- excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias -, no participan en programas de empleo para su inserción profesional por presumirse que, debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, tendrán especiales dificultades para obtener un empleo, la ayuda económica prevista en el artículo 41 de la Ley 10/2022 se dirige a las víctimas de violencias sexuales que carezcan de rentas superiores en cómputo mensual al 100% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, sin exigir requisitos adicionales en relación con sus menores posibilidades de obtener un empleo.

El apartado 4 del citado art. 41, señala que estas ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales serán compatibles con las ayudas previstas en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción, sin perjuicio de su cómputo como renta a los efectos de determinar si se cumple el requisito de carencia de rentas de la unidad familiar citado anteriormente.

Si dicha ayuda se percibe: a) Mensualmente (la cuantía correspondiente a cada mensualidad es la equivalente a la del subsidio por desempleo), la persona interesada que no tengan cónyuge ni hijos ni menores acogidos, podrá percibir también la renta activa de inserción siempre que carezca de otras rentas, o de que, la suma de todas ellas no se supere el umbral establecido en el Real Decreto 1369/2006 - 75% del salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias-; y b) Si la ayuda se percibe en un pago único, en el mes en que se perciba, la persona no cumplirá el requisito de carencia de rentas exigido en el Real Decreto 1369/2006, por lo que, en el caso de estar percibiendo la RAI, ésta se suspenderá durante un mes. A partir del mes siguiente a su percepción, y de acuerdo con el criterio de carácter general, se computará el rendimiento efectivo o presunto de la cuantía total percibida en concepto de ayuda económica, salvo prueba de que ya no se posea total o parcialmente

f) Cese en la actividad y trabajadores por cuenta propia o autónomos[30]

Del conocido como "paro de los autónomos" se ocupa también el art. 38 en su apartado 5 en el sentido de considerar el cese de la trabajadora víctima de violencia sexual para poder hacer efectiva su derecho a la protección o a la asistencia social integral como cese temporal en la actividad en los términos previstos en el art. 329 a) LGSS, quedando suspendida la obligación de cotizar durante un período de seis meses que además le serán computados como de cotización efectiva a la Seguridad Social[31] encontrándose durante dicho período en situación asimilada al alta[32]. Para su adecuación también la DF decimosexta de la LOGILS, modifica la LGSS concretamente: el párrafo segundo de la letra b) del apartado 1 del art. 329; la letra d) del apartado 1 del art. 331; la letra c) del apartado 1 del art. 332; el ordinal 4.º de la letra a) del apartado 1 y la letra d) del apartado 2 del art. 335; la letra d)

[30] En relación con los trabajadores autónomos dependientes véase las modificaciones que introduce la DF undécima de la LO 10/2022 en los arts. 14 apartado 5; en la letra g) del apartado 1 del art 15; párrafo f) del apartado 1 del art. 16 de la Ley 20/2007, de 11 julio, del Estatuto del trabajo autónomo.
Véase también la disposición final novena seis de la LO 10/2022, que modifica el art.21 LO 1/2004, de 28 diciembre, en relación con la violencia de género sufridas por las trabajadoras por cuenta propia.

[31] Se tomará como base de cotización en tal período el equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar (art. 39.5 párrafo 2 LO 10/2022).

[32] Si llegaran a demandar un empleo tendrán derecho a participar en las ayudas de contenido económico a que se refiere el art. 41 y en programas específicos de inserción laboral (art. 39.2 y art. 41 LO 10/2022).

del apartado 1 del art. 336; el apartado 2 del art. 337), básicamente para incorporar junto a la violencia de género la referencia a la violencia sexual[33]

g) Pensiones y prestaciones de orfandad

El art. 54 LOGILS, dispone que en los casos de muerte en el marco de alguna de las conductas previstas en el apartado 1 del artículo 3[34], los hijos e hijas de las víctimas, cualquiera de sea la naturaleza de su filiación, por naturaleza o por adopción, podrán percibir una pensión, o, en su caso, una prestación de orfandad, de acuerdo con lo dispuesto la LGSS. Para hacerlo efectivo la disposición final decimosexta tres de la LO 10/2022 modifica el tercer párrafo del apartado 1 del art. 224 LGSS, cuya redacción queda así:

"Tendrán derecho a la prestación de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos e hijas de la causante fallecida, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, cuando el fallecimiento se hubiera producido por violencia contra la mujer, en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, *y en todo caso cuando se deba a la comisión contra la mujer de alguno de los supuestos de violencias sexuales determinados por la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual*, siempre que los hijos e hijas se hallen en circunstancias equiparables a una orfandad absoluta y no reúnan los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad. La cuantía de esta prestación será el 70 por ciento de su base reguladora, siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluidas las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen, no superen en cómputo anual el 75 por ciento del Salario Mínimo Interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias" (lo destacado en negrita es la modificación introducida en el texto).

Un aspecto importante a tener en cuenta es que, aunque se pudiera entender de la redacción de la rúbrica del art. 54 LOGILS *"Pensión de orfandad y prestación de orfandad*", en caso de muerte de la mujer debido violencia sexual, el acceso a la protección que luego se norma en la nueva redacción del art.224.1 LGSS es la prestación de orfandad, pero no a la pensión de orfandad.

h) Asistencia sanitaria

En el ámbito de la asistencia sanitaria las medidas más relevantes son las relativas a la detección e intervención en el ámbito sanitario (art. 20) y sociosanitario y de servicio sociales (art. 21). Relacionada directamente con el derecho a la asistencia sanitaria está la recogida en la disposición final novena que modifica la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que incorpora un nuevo art. 19 bis. La novedad que incorpora a dicha LO 1/2004, es disponer que el Sistema Público de Salud garantizará a las mujeres víctimas de violencia de género, así como a sus hijos e hijas, el derecho a la atención sanitaria, con especial atención psicológica y psiquiátrica, y al seguimiento de la evolución de su estado de salud hasta su total recuperación, en lo concerniente a la sintomatología o las secuelas psíquicas y físicas derivadas de la situación de violencia sufrida. Asimismo, los servicios sanitarios deberán contar con psicólogos infantiles para

[33] En el caso de la modificación de la letra b) del apartado 1 del art. 329 lo es para incluir la referencia al art. 38.5 de la LO 10/2022.

[34] Serían las siguientes:
1. El ámbito de aplicación objetivo de esta ley orgánica comprende las violencias sexuales, entendidas como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital. Se considera incluido en el ámbito de aplicación, a efectos estadísticos y de reparación, el feminicidio sexual, entendido como homicidio o asesinato de mujeres y niñas vinculado a conductas definidas en el siguiente párrafo como violencias sexuales.
En todo caso se consideran violencias sexuales los delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Se prestará especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos.

la atención de los hijos e hijas menores que sean víctimas de violencia vicaria.. Añadiendo además, que se establecerán medidas específicas para la detección, intervención y asistencia en situaciones de violencia contra mujeres con discapacidad, mujeres con problemas de salud mental, adicciones u otras problemáticas u otros casos de adicciones derivadas o añadidas a la violencia. Adviértase, que el derecho va dirigido a las víctimas de violencia de género y situaciones de violencia contra la mujer en determinadas situaciones, sin referencia a la violencia sexual.

3. ANÁLISIS VALORATIVO DE CONJUNTO Y CONSIDERACIONES FINALES DE POLÍTICA DEL DERECHO

Estamos ante una legislación garantista estrictamente necesaria que atiende a un *problema estructural*. Se considera que las violencias sexuales son los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena. Estas violencias sexuales vulneran el derecho fundamental a la libertad, a la integridad física y moral, a la igualdad y a la dignidad de la persona y, en el caso del feminicidio sexual, también el derecho a la vida. Tales violencias que se ejercen contra las personas inciden en el derecho a decidir libremente, con el único límite de las libertades de las otras personas, sobre el desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir injerencias o impedimentos por parte de terceros y exentas de coacciones, discriminación y violencia

Por otra parte, cabe destacar que se está ante un *problema eminentemente social* en sus causas -que como todo problema de cuestión social tiene un incide también en la esfera individual de la persona. Se trata de una cuestión social de nuestro tiempo y de máxima gravedad y repercusión en una sociedad democrática. En efecto, las violencias sexuales no son una cuestión individual, sino social (pertenece al campo de "lo social"); y no se trata -como se acaba de indicar- de una problemática coyuntural, sino estructural, pero que está estrechamente relacionada con una determinada *cultura sexual* arraigada en patrones discriminatorios que debe ser transformada y superada por una cultura sexual más abierta y pluralistas acorde con las concepciones de nuestra época. Al mismo tiempo que se inflige un daño individual a través de la violencia sobre la persona agredida, se repercute de forma colectiva sobre el conjunto de las mujeres, niñas y niños que reciben un mensaje de inseguridad y dominación radicado en la discriminación, y sobre toda la sociedad, en la reafirmación de un orden patriarcal. Por ello, la respuesta a estas violencias debe emerger del ámbito privado y situarse indiscutiblemente en la esfera de lo público, como una *cuestión de Estado*.

Y es que la situación actual está marcada por una conmoción que recientemente ha afectado más intensamente en la *condición de vulnerabilidad* de mujeres, niños y niñas, que se encuentran ante un mayor riesgo de violencia, inseguridad y dominación en los distintos ámbitos de la vida social (incluidos también en el trabajo, estos es, en las relaciones sociales de producción que tiene su origen -y más generalizadamente también su objeto- en el trabajo necesario, productivo y profesional. Existe una amenaza de fractura que acosa a las sociedades contemporáneas y determine que se lleve al primer plano los temas vinculadas a estas formas de vulnerabilidad de violencia que es necesario erradicar partiendo de eliminar sus causas, sin perjuicio de atender a las medidas de respuesta cuando sucedan estos hechos. Es una vulnerabilidad, de violencia y acoso sexual, definida y vivida sobre un fondo de protecciones públicas que no han logrado exterminarla por completo, siendo entonces situaciones distintas en su contexto y persistencia respecto de otras épocas.

En este sentido, no cabe duda de que se trata de una *nueva dimensión de la "cuestión social" de nuestro tiempo*, pues la violencia y el caso (ejercida fuera o dentro de las relaciones de trabajo) es, en efecto, una aporía fundamental en la cual una sociedad experimenta la incerteza de su cohesión y trata de conjurar el riesgo de su fractura. Es un desafío que interroga, pone de nuevo en cuestión la capacidad de actuar de una sociedad organizada para existir como un conjunto vinculado por

relaciones de interdependencia y de *defensa social*. Su lugar, pues, es "*lo social"* y su solución interpela directamente a los poderes públicos y, en relación a ello, a un necesario *pacto social* de lucha permanente contra la violencia sexual en cualquiera de sus manifestaciones. Como efectivo ha cristalizado en nuestro país en el ámbito estatal, aunque limitado a la violencia de género: el Pacto de Estado contra la Violencia de Género adoptado por el Congreso de los Diputados y Senado[35].

Con ello, ésta LOGILS da cumplimiento al deber de los poderes públicos de hacer efectivo el valor de la dignidad humana como eje del sistema de derechos y libertades fundamentales[36] y al mandato promocional o de fomento del art. 9.2 de la Constitución[37], de remover los obstáculos para la prevención de estas violencias, así como para garantizar una respuesta adecuada, integral y coordinada que proporcione atención, protección, justicia y reparación a las víctimas. Para ello, esta ley orgánica extiende y desarrolla para las violencias sexuales todos aquellos aspectos preventivos, de atención, sanción, especialización o asistencia integral que, estando vigentes para otras violencias, no contaban con medidas específicas para poder abordar de forma adecuada y transversal las violencias

[35] Una versión refundida del mismo de fecha 13 de mayo de 2019 puede verse en https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf [consultado en 4 de diciembre de 2022).
De interés especial las medidas 103, 104:
"103. Realizar los cambios pertinentes en materia legislativa para la correcta aplicación del Convenio de Estambul, sobre delitos sexuales contra menores y sobre normas mínimas de reconocimiento de derechos a todas las víctimas de delitos, conforme a las directivas europeas de aplicación. Para ello se introducirá la perspectiva de género y la de derechos humanos en todas las normativas y disposiciones contra las violencias sexuales de la legislación española, revisando y evaluando para ello la Ley 35/1995 de 11 de Diciembre de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, para la posterior creación de un marco regulador que permita realizar un tratamiento integral de las violencias sexuales.
104. Los Grupos Parlamentarios que subscribimos el presente Informe señalamos la necesidad de:
1. Declarar que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación, y comprende todos los actos de violencia basados en el género que implican o puedan implicar para las mujeres, daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, así como cualquier otra forma de violencia que afecte a las mujeres de forma desproporcionada.
2. A estos efectos también se entenderá como violencia contra las mujeres, las amenazas de realización de dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.
3. Señalar la especificidad de las medidas de protección integral contenidas en la LO 1/2004, en relación con la violencia de género que se establece como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Estas medidas de protección integral tienen como finalidad prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos e hijas menores, y a los menores sujetos a su tutela o guarda y custodia, víctimas directas de esta violencia.
4. Declarar que son también formas de violencia contra las mujeres conforme al Convenio de Estambul, la violencia física, psicológica y sexual, incluida la violación; la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso sexual y el acoso por razones de género, el aborto forzado y la esterilización forzada, incluso en los casos en que no exista con el agresor la relación requerida para la aplicación de la LO 1/2004. Por lo tanto, la atención y recuperación, con reconocimiento de derechos específicos de las mujeres víctimas de cualquier acto de violencia contemplado en el Convenio de Estambul, y no previsto en la LO 1/2004, se regirá por las leyes específicas e integrales que se dicten al efecto de adecuar la necesidad de intervención y de protección a cada tipo de violencia. Hasta que se produzca este desarrollo normativo, las otras violencias de género reconocidas en el Convenio de Estambul, recibirán un tratamiento preventivo y estadístico en el marco de la LO 1/2004. Asimismo, la respuesta penal en estos casos se regirá por lo dispuesto en el Código Penal y las leyes penales."

[36] Conforme al art. 10.2 de la Constitución jurídica (Norma Fundamental de nuestro ordenamiento jurídico ex art. 9.1 de la misma), "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

[37] "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Se este apartado 2 del art. 9 de la Constitucional recoge la función promocional del Estado a través del Derecho y el conjunto de las acciones institucionales que sean precisas para alcanzar ese objetivo de libertad e igualdad no sólo jurídico-formal, sino también jurídico-material.

sexuales. Además, como novedad, se desarrolla el derecho a la reparación, como uno de los ejes centrales de la responsabilidad institucional para lograr la completa recuperación de las víctimas y las garantías de no repetición de la violencia

Pero se inserta la LOGILS en un sistema de *garantías multinivel* de los derechos de libertad sexual y de igualdad y no discriminación. Por ello pretende dar cumplimiento a las mencionadas obligaciones globales en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres, las niñas y los niños frente a las violencias sexuales, integrándose con nuestra legislación nacional al amparo del bloque normativo formado por los artículos 9.2, 10, apartados 1 y 2 y artículos 93 a 96 de la Constitución y la normativa infraconstitucional de desarrollos de las previsiones constitucionales (entre las cuales se incluye la Ley Orgánica aquí analizada).

Las referencias que contiene el "Preámbulo" al sistema internacional de garantía de los derechos fundamentales (textos que han sido ratificados o aceptados por nuestro país) confirma lo anteriormente indicado como también el que LOGILS pretende una cierta equiparación en el tratamiento integral de las víctimas de violencia sexual al recibido por las víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos. En relación a ello se persigue una abundante e intensa transformación transversal de las leyes sobre la materia que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Queda por delante todo un proceso de asimilación, engranaje y puesta en práctica de una legislación con compleja y ambiciosa en su alcance.

Es cierto, como se ha indicado antes, que van a existir problemas de acoplamiento y desacoplamiento estructural, las cuales tendrán que ir soldándose y resolviéndose a través de la praxis de los operadores jurídicos y señaladamente de las decisiones de los jueces y tribunales, como suele ser habitual de estas complejas "macro-leyes" transversales del ordenamiento jurídico propio del constitucionalismo social con Estado Social de Derecho (señaladamente, artículos 1, 6, 7, 9 y 10 de la Constitución jurídica).

Consagrando constitucionalmente el valor de la dignidad humana cabe retener el tenor y la "ratio iuris" del propio art. 10.1 CE, pero también el más limitado del art. 26 de la Carta Social Europea Revisada de 1996[38].

LOGILS, proyectándose transversalmente, incide de mantera significativa, como se ha indicado antes, tanto en el ámbito laboral como en la materia de Seguridad Social. Ambos espacios normativos están dinámica y funcionalmente interconectados.

La ordenación del LOGILS establece la obligación por parte de las empresas de promover condiciones de trabajo que impidan la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Se disponible un conjunto de medidas integradas (al menos en su propósito *holístico*) que pueden estructurarse en dos grandes bloques:

1º).Un primer bloque aglutina la regulación de los *deberes de prevención y sensibilización en el ámbito laboral,* imponiendo a las empresas una serie de obligaciones: a) promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, b) arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital, c) promover la sensibilización y ofrecer formación para la protección

[38] Monereo Pérez, J.L., y Fernández Bernat, J.A.: "Derecho a la dignidad en el trabajo (Artículo 26 de la Carta Social Europea Revisada)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 865-875.; y ampliamente, Monereo Pérez, J.L: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019, espec., pp. 161 y ss. ("La dignidad de la persona que trabaja como expresión "materializada" del principio de dignidad humana").

integral contra las violencias sexuales a todo el personal a su servicio y d) incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo formar e informar de ello.

2º). Un segundo bloque se materializa en el dato normativo consistente en que la nueva ordenación legal incorpora una serie de *derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencias sexuales,* equiparándolas a las víctimas de violencia de género o de terrorismo. Al respecto la Disposición Final Decimocuarta y la Disposición final decimosexta establecen una serie de modificaciones en la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en la Ley General de la Seguridad Social.

En tal sentido el art. 38 LOGILS, garantiza una serie encadenada de "Derechos laborales y de Seguridad Social"[39]:

1º. Las trabajadoras víctimas de violencias sexuales tendrán derecho -en los términos previstos en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre- *a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la adaptación de su puesto de trabajo y a los apoyos que precisen por razón de su discapacidad para su reincorporación, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo*. El período de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En este caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses. Al efecto, la Disposición Final 14ª, procede a modificar la regulación del ET.

2º. Las víctimas de violencias sexuales tendrán *derecho a la protección por desempleo* en los términos previstos en el texto refundido de la Ley de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

3º. Las empresas que formalicen contratos de interinidad o sustitución, siempre que el contrato se celebre con una persona desempleada, para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia sexual que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo tendrán derecho a una bonificación del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo. Cuando se produzca la reincorporación, esta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo, garantizándose los ajustes razonables que se puedan precisar por razón de discapacidad.

4º. Las *ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de las violencias sexuales se considerarán justificadas* y serán remuneradas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda,

[39] Adviértase que, paralelamente y de manera análogo, se establece un conjunto de "derechos de las funcionarias públicas" (art. 40 LOGILS): 1º. Las funcionarias públicas víctimas de violencias sexuales tendrán derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia en los términos que se determinen en su legislación específica. 2º. Las ausencias totales o parciales al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia sexual sufrida por una mujer funcionaria se considerarán justificadas y serán remuneradas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o los servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por las funcionarias a su Administración a la mayor brevedad. 3º. La acreditación de las circunstancias que dan lugar al reconocimiento de los derechos de movilidad geográfica de centro de trabajo, excedencia y reducción o reordenación del tiempo de trabajo se realizará en los términos establecidos en el artículo 37". El efecto la Disposición Final 15ª proceder a modificar la regulación del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad.

5º. A las trabajadoras *por cuenta propia* víctimas de violencias sexuales que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral se les considerará en *situación de cese temporal de la actividad*, en los términos previstos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta. A los efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se tomará una base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar.

Para las reformas en materia de Seguridad Social la Disposición Final 16ª LGSS, lleva a cabo un amplia modificación de disposiciones legales, en los términos antes indicados (art. 165.5; apartado 1.d) 7.ª del art. 207; apartado 1 del art. 224; ordinal 2.º de la letra b) del apartado 1 y la letra b) del art. 267.3; segundo párrafo de la letra b) del art. 271.4; tercer párrafo del art. 300; párrafo segundo de la letra b) del art. 329.1; letra d) del art. 331.1; ap. 1.4 del art. 332.1; ordinal 4.º de la letra a) del apartado 1 y la letra d) del art. 335.2; letra d) del art. 336.1; art. 337.2).

Por otra parte, se prevé un *programa específico de empleo para las víctimas de violencias sexuales* (art. 39 LOGILS) inscritas como demandantes de empleo, que se incluirá en el marco de los planes anuales de empleo a los que se refiere el art. 11 del texto refundido de la Ley de Empleo. Asimismo se establecen ayudas económicas específicas a las víctimas de violencias sexuales (art. 41 LOGILS).

La transversalidad finalista de la LOGILS implica una miríada de normas de reforma social que introducen modificaciones adicionales de disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias: de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Disposición Final 6ª); de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (Disposición Final 9ª); de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Disposición Final 10ª); de la LETA (Disposición Final 11ª).

Hay que tener en cuenta que la LOGILS -con su complejo programa de modificaciones- entra en vigor a los *treinta días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (Disposición Final 27ª)*[40]. *Este torbellino legislativo -propio de una legislación aluvional- puede plantear problemas de aplicación práctica susceptibles de general una cierta inseguridad jurídica.*

No es baladí hacer notar la relevancia que tiene el Convenio OIT, núm.190 (junio de 2019), y la Recomendación OIT, núm. 206 (2019), sobre eliminación de la violencia y acoso en el mundo del trabajo (en el marco de la 108ª Conferencia Internacional del Trabajo en celebración del Centenario de la OIT), *ratificado por España*[41]. Es manifiesta su conexión con Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual en su aplicación al mundo del trabajo, objeto de nuestro análisis.

[40] *No obstante, el Capítulo I del Título IV y el Título VI de la ley serán de aplicación en el plazo de seis meses desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Asimismo, la letra d) del apartado 1 del artículo 33 de esta ley será de aplicación a partir de la entrada en vigor de la modificación normativa prevista en la disposición final vigesimoprimera» (Disposición Final 27ª).*

[41] Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019 (BOE, Núm. 143 Jueves 16 de junio de 2022). Este Convenio de la OIT entró en vigor, con carácter general, el 25 de junio de 2021, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 de su artículo 14. Para España *entrará en vigor el 25 de mayo de 2023*, de conformidad con lo establecido en el apartado 3 de su artículo 14. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019, pp. 251-261, y la bibliografía allí citada.

En primer lugar, hay que tener en cuenta la amplitud y el alcance de este importante Convenio OIT, núm. 190:

1º. Aporta una definición de la "violencia y acoso" en el trabajo (Art. 1. 1.): a) La expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género; y b) la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados a) y b) del párrafo 1 del presente artículo, la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados.

2º- En cuanto a su ámbito de aplicación (Art. 2. 1): El Convenio protege, de manera especialmente extensiva en su ámbito subjetivo, a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, con inclusión de los trabajadores asalariados según se definen en la legislación y la práctica nacionales, así como a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador. Este Convenio se aplica a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales[42].

En según lugar, se diseñan los confines del derecho a un trabajo libre de violencia y acoso y una serie "principios fundamentales":

3º. Se garantiza el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso; y la obligación correlativa *obligación positiva de actuación* de los Estados miembros respetar, promover y asegurar jurídica e institucionalmente el disfrute de ese derecho (art. 4.1).

4º. Se establece, en relación a ello, un conjunto de *"principios fundamentales"* (Art. 4.2), a saber: Todo Estado Miembro deberá adoptar, de conformidad con la legislación y la situación nacional y en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Este enfoque debería tener en cuenta la violencia y el acoso que impliquen a terceros, cuando proceda, y consiste, en particular en: a) Prohibir legalmente la violencia y el acoso; b) Velar por que las políticas pertinentes aborden la violencia y el acoso; c) Adoptar una estrategia integral a fin de aplicar medidas para prevenir y combatir la violencia y el acoso; d) Establecer mecanismos de control de la aplicación y de seguimiento o fortalecer los mecanismos existentes; e) Velar por que las víctimas tengan acceso a vías de recurso y reparación y a medidas de apoyo; f) Prever sanciones; g) Desarrollar herramientas, orientaciones y actividades de educación y de formación, y actividades de sensibilización, en forma accesible, según proceda, y h) Garantizar que existan medios de inspección e investigación efectivos de los casos de violencia y acoso, incluyendo a través de la inspección del trabajo o de otros organismos competentes. 3. Al adoptar y aplicar el enfoque mencionado en el párrafo 2 del presente artículo, todo Miembro deberá

[42] El Convenio se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo: a) En el lugar de trabajo, inclusive en los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo; b) En los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios; c) En los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo; d) En el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación; e) En el alojamiento proporcionado por el empleador, y f) En los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo (Art. 3).

reconocer las funciones y atribuciones diferentes y complementarias de los gobiernos, y de los empleadores y de los trabajadores, así como de sus organizaciones respectivas, teniendo en cuenta la naturaleza y el alcance variables de sus responsabilidades respectivas.

Por último, se impone a los Estados Miembros la obligación de establecer en su espacio geopolítico las correspondientes garantías jurídicas e institucionales de efectividad y de control público para garantizar eficazmente los principios y derechos fundamentales del trabajo decente o digno:

5º. Se obliga a los Estados Miembros a implantar *garantías de efectividad y de control público* a respetar, promover y llevar (por vías de jurídicas e institucionales) a efecto los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a saber, la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, así como fomentar el trabajo decente y seguro (Cfr. Bloque normativo forma por los artículos 5 a 12).

Estudios Doctrinales

Laborum

nº 33 (4º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El suicidio de policias y guardias civiles como riesgo profesional en los tribunales[1]

Suicide of police and civil guards as a professional risk in the courts

Juan José Fernández Domínguez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León
https://orcid.org/0000-0002-5231-7566

CITA SUGERIDA: FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «El suicidio de policias y guardias civiles como riesgo profesional en los tribunales». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 33 (2022): 35-61

Resumen

El estudio aborda el análisis de todas las sentencias que una de las más prestigiosas bases de datos recoge sobre el suicidio de los agentes de la Guardia Civil y de los miembros de la Policía Nacional y de las policías autonómicas y locales. A través de su examen cabrá apreciar la evolución habida en la relación entre el acto autolítico y el riesgo profesional a lo largo del tiempo, así como las similitudes y diferencias en su tratamiento tanto en el seno de cada una de las organizaciones, como en función de los distintos tipos de reclamación (prestaciones de muerte y supervivencia o incapacidad, mejoras en la protección social, indemnizaciones de seguro o reclamaciones de responsabilidad a la Administración empleadora) y, en particular, del concreto orden jurisdiccional llamado a conocer sobre la conexión causal.

Palabras clave

Suicidio; Guardia Civil; Policía; Accidente de trabajo; acto de servicio; riesgo profesional

Abstract

The study deals with the analysis of all the sentences that one of the most prestigious databases collects on the suicide of the agents of the Civil Guard and of the members of the National Police and of the regional and local police. Through its examination it will be possible to appreciate the evolution in the relationship between the autolytic act and the professional risk over time, as well as the similarities and differences in its treatment both within each of the organizations, as well as according to the different types of claim (death and survival benefits or disability, improvements in social protection, insurance compensation or liability claims to the Employer Administration) and, in particular, of the specific jurisdictional order called to know about the causal connection.

Keywords

Suicide; Civil Guard; Police; Work Accident; Act of Service; Occupational Risk

1. PRESENTACIÓN Y PRECISIÓN METODOLÓGICA

"Estas situaciones, desgraciadamente, no son inhabilitantes, y reunir en una misma persona un arma y una situación mental difícil, por ejemplo, una depresión, a menudo desemboca en suicidios. De hecho, el suicidio es una de las principales, si no la mayor, causa de muerte entre policías"[2].

El literal, extraído de un pronunciamiento judicial de 2020 que aparece acompañado del infrecuente enlace a la página web de un periódico de difusión nacional para avalar la afirmación[3], invita por sí solo a investigar sobre la relación entre suicidio y la actividad desarrollada por los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y las policías autonómicas y locales. Más

[1] Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación Investum/21/LE/0001, titulado *La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*, financiado por la Consejería de Empleo e Industria de la Junta de Castilla y León.

[2] STSJ Aragón, Contencioso-Administrativo, 28 mayo 2020 (rec. 358/2018).

[3] El enlace lo es a https://elpais.com/politica/2018/11/04/actualidad/1541324933_697716.html.

Fecha Recepción: 30/9/2022 - Fecha Revisión: No precisa - Fecha Aceptación: 25/10/2022
Pags. 35-61

aún cuando otros pronunciamientos judiciales dejan noticia, a su vez y por ejemplo, de la preocupación del Departamento de Interior del Gobierno Vasco por la vigilancia de la Salud psicológica de los ertzainas, disponiendo en su Departamento de Seguridad de un Área de Salud Mental que cuenta con un Programa de Prevención frente a cualquier intento autolítico[4]; igualmente, el interés que la Administración de la Guardia Civil viene mostrando por la preocupante estadística de suicidios entre sus miembros, conforme consta, a título de muestra, en la Instrucción emitida por la Subdirección General de Personal de 30 de mayo de 1994[5], en el "Protocolo de actuación ante conductas anómalas por desórdenes emocionales de componentes del Cuerpo"[6] o, por no seguir, en el "Plan Preventivo de Asistencia Psicológica" y en la "Nota Técnica de los Servicios de Asistencia Sanitaria y de Psicología y Psicotécnico del Cuerpo por la Gestión de las bajas de origen psiquiátrico"[7].

El interés aumenta de manera exponencial cuando, tras una ardua revisión de la bibliografía jurídica nacional, no se obtiene ni un solo resultado destinado al análisis de la relación significada. Ni siquiera en el contexto de un cambio evidente que también se detecta en la jurisprudencia, según sintetiza aquel pronunciamiento a cuyo tenor "la concepción del suicidio como acto voluntario no deja de ser una concepción arcaica producto de visiones religiosas (el suicidio como vulneración de la ley divina) o románticas (el suicidio como acto supremo de la libertad humana) que no son consecuentes con la moderna ciencia psicológica, que pone en evidencia que el suicidio, en la gran mayoría de los casos, lejos de ser un acto voluntario, esto es, un acto decidido de forma libre y reflexiva por una persona que está en uso de sus plenas facultades mentales, es un acto propio de personas que sufren depresión o seria alteración psicológica que impide que decidan de forma libre y reflexiva sobre tal acto y que por ello puede ser considerado accidente, y en el presente caso un accidente derivado de actos de servicio cuando se determine que el suicidio ha estado originado por problemas laborales propios del desempeño del servicio, quedando excluidas otras causas, como son problemas familiares o económicos, o la existencia de una enfermedad ajena a la actividad profesional del suicidado"[8].

Con tales elementos en presencia, una primera aproximación de interés podría partir precisamente del examen de la posición de los tribunales ante los suicidios o intentos autolíticos de guardias civiles o miembros de las distintas policías. A fin de llevar a cabo un muestreo exhaustivo, se resuelve acudir a la base de datos de la editorial Aranzadi para la comprobación, justificando tal decisión en un doble motivo: en primer lugar, tratarse de la recopilación que proporciona un mayor número resultados, y con superior extensión tanto en el tiempo como en la variedad de órganos judiciales; en segundo término, y sobre todo, permitir vincular en la búsqueda las palabras claves que se quieren localizar en los pronunciamientos almacenados.

Así, para un cribado lo más minucioso posible se asociaron, de un lado, las palabras "policía" "guardia civil", "ertzaina" y "mosso d'esquadra"; de otro, unidas por la copulativa "Y" las palabras "suicidio" y "autolítico". La combinación de las cuatro primeras palabas con las dos segundas se aplicó sin ninguna restricción temporal ni de órgano judicial al conjunto de textos de toda la base, para obtener un total de 550 resultados en cuanto hace a la policía, 266 en lo atinente a guardia civil, 15 por cuanto respecta a ertzaina y 22 en cuanto afecta a mosso d'esquadra.

La tarea ulterior, mucho más laboriosa y de detalle, exigió separar el grano de la paja, para localizar los supuestos en los cuales el suicidio afecta al agente de la autoridad, dejando al margen otros casos relativos a los suicidios de las personas que custodiaban, levantamientos de cadáveres, informes o declaraciones testificales sobre fallecimientos con este origen, sanciones por demorar actuaciones que habían conducido o podían conducir a intentos autolíticos y otras variantes que nada aportan por ser el fruto accidental de la asociación.

[4] STS País Vasco, Social, 17 enero 2017 (rec. 2518/2016).
[5] SAN, Contencioso-Administrativo, 30 mayo 2002 (rec. 1239/2000).
[6] SAN, Contencioso-Administrativo, 16 septiembre 2009 (rec. 402/2008).
[7] SAN, Contencioso-Administrativo, 5 junio 2020 (rec. 943/2018).
[8] SAP Burgos, Civil, 28 octubre 2020 (rec. 67/2020).

Una vez aplicado tan exigente cedazo, su presentación mueve a otra decisión final doble: por una parte, definir las categorías bajo las cuales agrupar las distintas muestras; por otra, explicar mínimamente el camino inductivo que lleva desde cada sentencia a una ubicación concreta en el discurso.

Por cuanto a lo primero hace, los asuntos con entidad propia remiten a las prestaciones de muerte y supervivencia (viudedad y orfandad) derivadas de accidente de trabajo, en el caso de los encuadrados en el Régimen General, o de acto de servicio o como consecuencia del mismo en el de quienes lo están en Clases Pasivas; las prestaciones de incapacidad, con especial atención, también, a la extraordinaria prevista en régimen propio de los funcionarios; la reclamación de responsabilidad a la Administración por funcionamiento anormal del servicio que conduce o favorece el suicidio; las mejoras en la prestación derivadas de convenio o de decisiones de la Administración; en fin, las indemnizaciones en virtud de lo previsto en un seguro de vida o accidentes.

En lo que respecta al criterio seguido en la exposición, se ha entendido preciso atender a la continua advertencia que efectúa la jurisprudencia sobre la necesidad de asumir el relativismo en el proceso de subsunción de los hechos en la norma en cada ocasión. Por ende, proporcionando en todos los supuestos una justificación sucinta sobre los motivos en virtud de los cuales un pronunciamiento ha quedado situado en un determinado lugar y bajo una tipología en concreto, acudiendo para ello a un brevísimo resumen de sus datos fácticos más notables, para así no solo ilustrar con una perspectiva plástica el acontecimiento revisitado, sino mantener el rigor exigido en la operación inductiva. Percibirá el lector, también, la ausencia intencionada de cualquier mención a los autores que se han acercado al análisis del tema, justificado por la pretensión de que, en esta ocasión, únicamente se oiga la voz de los tribunales, sin la interferencia de opiniones doctrinales que adulterarían la muestra tal y como se quiere presentar para su cotejo por la comunidad científica.

Por último, procederá dejar noticia de que, al combinar funcionarios incorporados al Régimen de Clases Pasivas del Estado (Guardia Civil y Policía Nacional) con funcionarios y laborales encuadrados en el Régimen General (policías autonómicos y locales), y al mismo tiempo dar cabida al juego de fórmulas diversas de Seguridad Social complementaria, tanto colectivas como individuales, la perspectiva gana en riqueza, pues permite comparar los pareceres o matices distintos que respecto a esta concreta materia mantienen los órganos de las jurisdicciones civil, contencioso-administrativa y social.

2. SUICIDIO Y PRESTACIONES DE MUERTE Y SUPERVIVIENCIA DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO O ACTO DE SERVICIO

El mayor número de pronunciamientos localizados tienen que ver con litigios en los cuales cuanto se discute es la naturaleza profesional o no del acto que pone fin a la vida del agente.

2.1. Viudedad y orfandad en los encuadrados en el Régimen General

De atender a los colectivos sujetos al Régimen General, en los cuatro ejemplos localizados se niega su condición de accidente de trabajo a partir de los siguientes datos fácticos y jurídicos:

a) En la primera de las sentencias, el policía autonómico se quitó la vida disparándose en la sien con el arma reglamentaria de un compañero en los vestuarios del lugar de trabajo. Consta que dos meses antes había solicitado y se le había concedido cambio de turno por problemas de sueño y conyugales; sin embargo, apenas un mes más tarde (y previa retirada de arma por un episodio de depresión aguda en el cual había manifestado su idea e intención de arrogarse por la ventana), volvió a pedir el turno de noche porque así disponía de más días libres. Regresa a su anterior turno seis días antes del fatal desenlace y entre los hechos figura, incluso, que el día previo acudió a un reconocimiento médico extraordinario con su esposa, en el cual expresa su buen estado, porque se

había reconciliado con su pareja y había abandonado la medicación a pesar del criterio contrario del psiquiatra.

Entiende el Tribunal que de tal relato factico "no se desprende que la patología del actor tuviera algún tipo de relación con alguna situación laboral, que a consecuencia del trabajo desarrollado o por una problemática suscitada en su ejecución, se generara o al menos se agravara la sintomatología ansiosa, que el incidente se viera rodeado de un clima de conflictividad laboral o estresante para de ahí colegir que el trastorno del causante se hubiera producido con ocasión del trabajo o, al menos, que aun cuando no respondiera inicialmente a un etiología laboral, se hubiera agravado en sus síntomas, a consecuencia del entorno laboral en el que prestaba servicios"[9].

b) En la segunda, otro ertzaina se dispara el arma en los aseos de las dependencias del Centro de Entrenamiento de la Policía Vasca, desprendiéndose de la prueba practicada que carecía de antecedentes psiquiátricos personales, si bien haciendo constar que su madre y su hermano habían fallecido por suicidio. No existía ni el más mínimo atisbo de problema mental en el marco de la prestación de servicios en el Cuerpo: ni en las pruebas de ingreso (que superó sin detectarse ningún óbice en este sentido), ni con posterioridad, pese a que existe un importante control de la salud mental del colectivo a través del Área de Salud Mental de la División de Prevención y Salud Laboral. Tampoco se tenían noticias de estos problemas fuera del entorno laboral, pues no figura en su historia clínica dato ninguno que apuntara en tal sentido o algún tipo de tratamiento psico-farmacéutico. En fin, y como colofón, el juzgador de instancia recoge literalmente (e incide en ello el órgano que conoce en suplicación) cómo "no consta ningún tipo de estrés o tensión emocional derivada del trabajo ni situación conflictiva alguna ni otros factores de la prestación de servicios que hubieran podido allanar el estado mental o de ánimo del fallecido". De este modo, y aun cuando el suicidio acaece en el lugar y tiempo de trabajo, no cabe concluir su vinculación con la prestación de servicios ni, por tanto, su carácter de contingencia profesional[10].

c) El tercero de los pronunciamientos parte de dos principios diferenciados a la hora de afrontar el enjuiciamiento del caso. A tenor del primero, no sería preciso que el trabajo fuera la única causa que condujera al suicidio para poder considerar la presencia de accidente de trabajo. Acudiendo a sus palabras, "no basta con que la patología se desencadene a consecuencia del modo en que el trabajador vivencia determinados avatares de la relación laboral, sino que también ha de darse que no confluyan otros elementos desencadenantes y, además, que no venga provocada por una personalidad de base del afectado. En este concreto tipo legal de accidente laboral no basta con que el trabajo sea un elemento que incida en la génesis de la enfermedad, sino que ha de ser el fruto de la confluencia de varias causas, alguna de las cuales provienen del trabajo, pero no otras. Así pues, no es suficiente para la calificación accidental el que el proceso mórbido esté relacionado más o menos directamente con el trabajo, sino que es indispensable que se derive únicamente del ejercicio profesional, lo que excluye aquellos supuestos en los que el trabajo ha podido interactuar con otros agentes en su aparición".

Añade, como segundo postulado y para el caso concreto del suicidio, que solo será accidente de trabajo "cuando quede probado que la situación emocional determinante de esta decisión se encuentra directamente relacionada con las condiciones laborales del trabajador que adopta tan drástica medida fruto de la angustia y tensión que su vida laboral le produce. El fundamento de ese planteamiento parte de que el suicidio es siempre resultado de una previa situación de trastorno o patología mental del suicida, de forma que si la génesis de este último es laboral estaremos ante un accidente de trabajo. En cambio, si el estado de perturbación mental no puede imputarse directamente al trabajo, no sería procedente la calificación de accidente de trabajo".

Aplicando tal doctrina al suicidio de un agente de la Policía Foral de Navarra, la prueba practicada vino a revelar que "no fueron los motivos familiares, ambientales o laborales los

[9] STSJ Madrid 4 abril 2016 (rec. 667/2015).

[10] STSJ País Vasco, Social, 17 enero 2017 (rec. 2518/2016).

determinantes o causantes del suicidio (…), sino que el acto autolítico obedeció a una causa endógena derivada de su trastorno bipolar". "Enfermedad" diagnosticada y de origen no laboral que le había ocasionado varias crisis de gravedad "con carácter previo" a cuanto, por ello, se califica como accidente común[11].

d) La última de las sentencias, tras señalar que los testimonios de los compañeros (aunque no se dude de su veracidad) "carecen de valor científico en cuanto a la fijación de la patología depresiva del fallecido", admite que "en la historia clínica obrante en autos aparecen dos antecedentes de baja por depresión, pero en ambos casos por enfermedad común". Por tal motivo, el argumento último para negar su origen profesional -y se enfatiza como lo más significativo— radica en "que la parte demandante no ha aportado ni un solo informe psiquiátrico ni psicológico que relacione el estado depresivo del fallecido con su actividad laboral. A mayor abundamiento, existen otro datos que refuerzan la anterior conclusión, como que el primer testigo [aquí otorgando mayor validez a la testifical] declaró que [el agente] estaba muy afectado por circunstancias familiares, y concretamente por el fallecimiento de un sobrino en accidente de trabajo (circunstancias totalmente ajena a su trabajo) o que el suicidio se produjera meses después de que se le hubiera concedido el traslado y, por tanto, de haberse alejado del supuesto origen de sus problemas"[12].

2.2. Prestaciones extraordinarias por muerte y supervivencia en Clases Pasivas

Por cuanto hace a la reclamación de las prestaciones extraordinarias de viudedad y orfandad, y dejando aparte aquel pronunciamiento que recuerda la importancia de los plazos en esta materia para evitar que las resoluciones administrativas adquieran firmeza[13], el doble sentido de los pronunciamientos localizados exige parar la atención en los argumentos que conducen a su inclusión, o no, dentro del supuesto contemplado en el art. 47.3 del Real Decreto Legislativo 670/1989, de 30 de abril, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (LCP).

2.2.1. Razones para denegar la prestación extraordinaria

Entre cuantos recogen la exclusión de esta especial protección, tres motivos básicos son los utilizados:

A.- El fundamento más clásico y simple viene dado por inferir algo repetido continuamente en este y otros contextos, a saber, que "la materia de Clases Pasivas está sujeta a una normativa jurídica totalmente ajena a la que resulta aplicable a la materia de Seguridad Social, relativa al régimen laboral, como lo acreditan los distintos preceptos legales que regulan uno y otro de tales regímenes de previsión social y sean distintos las jurisdicciones llamadas a conocer de tales litigios"[14].

Con este expreso alejamiento de cuanto muestra una evidente evolución en el orden jurisdiccional social, se mantiene con una inercia argumental capaz de prescindir prácticamente de cualquier otra consideración que "el hecho de que la muerte del causante se haya producido exclusivamente por un acto inopinado e intencional de suicidio, determina obviamente que tal muerte sea por completo ajena a la naturaleza del servicio desempeñado en aquel momento por el funcionario policial"[15].

De este modo, y sin necesidad de detenerse más en otros datos, varias son las sentencias para las cuales "el necesario nexo causal entre el acto de servicio y el accidente que origina el deceso se

[11] STSJ Navarra, Social, 19 septiembre 2019 (rec. 269/2019).
[12] SJ Social, núm. 1, Cartagena, 14 febrero 2007 (autos 539/2006).
[13] SAN, Contencioso-Administrativo, 12 julio 2006 (rec. 296/2004).
[14] SAN, Contencioso-Administrativo, 16 junio 2002 (rec. 1471/2000).
[15] SAN, Contencioso-Administrativo, 18 junio 2002 (rec. 1471/2000).

rompe cuando la muerte deriva de un acto voluntario del fallecido, dando fin a su propia vida de forma espontánea y violenta, como ocurre en las causas del suicidio"[16].

B) En variante un poco más elaborada, se abandona el criterio precedente atendiendo a la circunstancia de que "la relación causal no existe en el supuesto contemplado, no porque dicho nexo quedase roto por la conducta del propio funcionario fallecido, ya que (…) los hechos causantes no fueron producidos por el funcionario de forma libre y voluntaria". A pesar de ello se niega la existencia de accidente de trabajo, pues el suicidio acaba siendo imputado a la personalidad del fallecido, a "una patología depresiva (…) que no guardaba ninguna relación directa con el servicio desarrollado, es decir, con las actividades propias que un policía desarrolla, sino con otras vicisitudes que derivan de su relación funcionarial, tales como denegación de ascenso, inadaptación y desarraigo en sus destinos y alejamiento de su familia; circunstancias estas que bien podrían haber causado el mismo resultado cualquiera que hubiese sido la profesión ejercida por el causante de la función pública"[17].

Vinculación genética como causa más viable que obra igualmente en el supuesto del guardia civil a quien se diagnostica depresión reactiva al estrés laboral que sufría y que le llevó a un tratamiento con psicofármacos y a prescribirle la baja. Admitido tal dato, la Sala argumenta, empero, cómo lo realmente importante es que, "pese a la dureza de los acontecimientos narrados por el apelante, no es acto de servicio a estos efectos el realizar sus tareas profesionales, de otra parte totalmente normales y exentas de riesgo. Cosa bien diferente es la reacción que frente a ello asuma el propio actor; reacción subjetiva que, por ende, no puede derivar en que una conducta de este tipo sea el factor causante de un acto voluntario como es el suicidio"[18].

C.- Por último, otros dos pronunciamientos se inclinan por negar la solicitud debido a la falta de prueba suficiente, aportada por quien invoca la naturaleza profesional, en torno a la existencia de nexo causal entre la enfermedad padecida y la prestación de servicios como agente de la policía. En este sentido, el primero de los supuestos valora que "la adquisición o aparición de la enfermedad en el tiempo y en el lugar del trabajo o servicio es una condición necesaria para ser considerada enfermedad contraída en acto de servicio, pero no suficiente, pues, además, ha de quedar acreditada la conexión directa de la enfermedad con el acto de servicio, o que la misma se ha producido como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado, como exigido viene por el transcrito art. 47 (LCP); la relación de la causalidad (…) no ha quedado probada ni, desde luego, ha de presumirse por el mero hecho que fuera policía con varios destinos a lo largo de su vida laboral [o que el médico de la mutua apreciara en su día 'tensión nerviosa debida al estrés causado por el trabajo' y la familia en otra ocasión decidiera su internamiento hospitalario], pero sin que exista una estrecha conexión con el servicio desempeñado; y sin que esté acreditado de manera indudable que la enfermedad mental estuviera relacionada directamente con el trabajo en los términos que incluso ha sido reconocida por la jurisprudencia"[19].

---

[16] SAN, Contencioso-Administrativo, 16 febrero 2006 (rec. 168/2004), con cita en el mismo sentido, y con idéntica doctrina, de las no localizadas SSAN, Contencioso-Administrativo, 18 febrero 2002, 2 junio 2004 y 17 enero 2005; pronunciamiento, este último, que a su vez remite, entre otras, a SSAN, 23 abril 1998 y 21 enero y 31 marzo 1999.

[17] SAN, Contencioso-Administrativo, 12 diciembre 2005 (rec. 693/2003).

[18] SAN, Contencioso-Administrativo, 30 octubre 2013 (rec. 129/2013). El pronunciamiento recuerda el criterio de esa Sección del Tribunal en orden a este tipo de acontecimientos que resulta harto esclarecedor sobre su parecer: "las vicisitudes laborales normales y ordinarias en el ámbito de la relación funcional como Guardia Civil […] que difícilmente puede elevarse a la categoría de elemento externo generador de una enfermedad psíquica de la gravedad que padece el recurrente, como dato objetivo desencadenante de la misma, y ello sin perjuicio de que, subjetivamente, en estos supuestos, la persona que percibe este entorno, dada su psicovulnerabilidad, genere la existencia del padecimiento crónico con la categoría de la enfermedad invalidante, pero que su origen, a los efectos jurídicos que aquí interesan, devienen por la propia naturaleza endógena de la persona que lo sufre y no de las concretas vicisitudes profesionales en el ejercicio de su función como Guardia Civil", SSAN, Contencioso-Administrativo, 3 noviembre 2010 (rec. 132/2010) y 30 marzo 2011 (rec. 245/2010).

[19] SAN, Contencioso-Administrativo, 10 octubre 2005 (rec. 289/2003).

En la segunda de las sentencias también se rechazan las declaraciones de los compañeros acerca de que fueron las comisiones de servicio forzosas fuera de su destino las causantes de un proceso de depresión, pues el agente carecía de problemas personales o familiares con anterioridad, siendo estas nuevas circunstancias laborales las que provocaron problemas para atender a la familia. Impresión corroborada por el informe del psiquiatra cuando estableció que "se quejaba de los constantes cambios de comisaría, compañeros, tareas, turnos y jefes. Cambios a los que le costaba mucho adaptarse. Había llegado a sentir angustia por el simple hecho de tener que ir a trabajar, siendo todo ello [para el agente] una importante fuente de estrés".

A pesar de estos elementos de convicción, la Sala presta atención al matiz añadido de aquel informe mencionando cuando reseña cómo, "no obstante, se hace difícil pensar que ello constituye por sí solo la causa única del fatal desenlace. Más bien cabe pensarlo, en todo caso, como un factor añadido, que en conjunción con otros factores contribuyó, tal vez, a desencadenar un cuadro psicopatológico subyacente (…) Por desgracia, no hubo tiempo material (solo pudimos tener tres encuentros) para avanzar en la comprensión y origen de sus autorreproches, ni para poder detectar antecedentes diagnósticos y apuntar un posible diagnóstico. En definitiva, no hubo tiempo para esclarecer la causa del sufrimiento (…) y así poder ayudarle".

Sobre tal base considera que el parecer médico "en absoluto acredita que el desgraciado suceso (…) fuera motivado en un acto de servicio o como consecuencia de acto de servicio". Aparte de que ningún dictamen de los aportados establece literalmente esa relación de causalidad, el último expuesto alude a "la posibilidad de concurrencia de varias causas, incluso se aprecian problemas familiares. Tampoco hay que olvidar que el hecho sucede cuando el causante no se encontraba de servicio, sin que consten en la Unidad a la que pertenecía informes médicos que acreditaran las causas de la enfermedad que le mantuvo en baja hasta su fallecimiento, lo que unido a la ausencia de solicitudes de cambio de destino, etc. que acreditarían si efectivamente dicho funcionario se encontraba a disgusto en su trabajo, [la Sala] solo puede ratificar lo expuesto de inexistencia de esa relación causal necesaria para acceder a la pretensión"[20].

2.2.2. Pronunciamientos que reconocen la pensión extraordinaria de viudedad y orfandad.

De las cinco sentencias localizadas que reconocen el carácter profesional del suicidio, tres provienen de la jurisdicción social, al afectar a policías autonómicos y locales, dos a lo contencioso-administrativo, en tanto referidas a policías nacionales.

A.- La primera de ellas presenta el supuesto de un policía local con antecedentes previos de tensión y nervios derivados del desempeño de sus tareas y funciones que se suicida en el lugar y tiempo de trabajo. La consideración como accidente de trabajo, una vez probado tal vínculo, aparece afianzada cuando, "por otra parte, las demandadas [recurrentes en la ocasión] no han practicado prueba alguna que desvirtué la presunción legal (…), y sin que en modo alguno pueda conceptuarse el suicidio como una conducta dolosa o de imprudencia temeraria del fallecido"[21].

B.- La segunda parte de igual presunción en quien fue descubierto ahorcado cuando estaba de servicio, vistiendo el uniforme y utilizando el vehículo de la Policía Municipal, pues se argumenta que la Mutua con quien el Ayuntamiento había concertado la cobertura de los riesgos derivados de contingencias profesionales "no ha desvirtuado con prueba alguna la presunción legal". Añade cómo "no resulta discutible la influencia de los factores laborales en la formación o desencadenamiento de la decisión autolítica (…), además de que el hecho ocurrió en el tiempo en que el causante rechazaba su servicio de policía municipal encargado de las notificaciones del Ayuntamiento, y ya al causante anteriormente y como consecuencia de su estado de tensión y nervios hubo de cambiársele el servicio, aunque si algún policía municipal estaba de baja debía realizar servicio nocturno, algo esto último

[20] SAN, Contencioso-Administrativo, 9 febrero 2009 (rec. 436/2007).

[21] SJ Gáldar, Social, 27 enero 2006 (procedimiento 547/2005, resolución 17/2006).

previsible en fiestas navideñas. Extremo este que posiblemente elevó el estrés y tensión del causante en la fecha del hecho e incidió en su patología mental, lo que avala la conexión de causalidad entre el trabajo y la conducta de suicidio, determinando todo ello que la muerte de aquel deba considerarse accidente de trabajo"[22].

C.- El tercero de los pronunciamientos parte de una sentencia previa en la cual se había concedido la indemnización prevista por el seguro colectivo para los supuestos de accidente, incluido el suicidio. A esta petición había sido acumulada indebidamente la pretensión de indemnización adicional por omisión de medias de seguridad, sobre la cual versa el recurso de suplicación. La Sala considera -como se había hecho en instancia- que no puede prosperar la pretensión instada por la viuda e hijas del fallecido, por cuanto no constaba ningún antecedente médico psiquiátrico del mismo, ni se acreditaba síntoma alguno de alteración psicológica previo que hubiera determinado la aplicación del protocolo sobre salud mental o que hubiera debido impedir el acceso al arma reglamentaria que tenía en su propia taquilla días antes del fatal desenlace en periodo vacacional. Al no haberse acreditado ninguna señal de alerta en tal sentido, difícilmente cabrá aducir la falta de la adopción o insuficiencia de medidas y controles psicológicos o de armas[23].

Los pronunciamientos localizados relativos a la solicitud de las prestaciones extraordinarias de viudedad y orfandad recogidas en el art. 47.3 LCP[24] abordan dos supuestos bien diferenciados:

D.- El primero de ellos aplica el viejo bocardo latino *causa causae est causa causati*, para entender que las lesiones en la rodilla que sufre el policía con ocasión del servicio que estaba prestando "es determinante de la enfermedad psíquica que padece, pues estando realizando rehabilitación para recuperarse de dichas lesiones es cuando comienza una situación depresiva, por entender que no podrá reintegrarse al servicio activo. Hasta tal punto es manifiesta la situación anímica, que la propia doctora que dirige su rehabilitación lo deriva hacia asistencia médica psiquiátrica, que dictamina que padece un trastorno adaptativo, sufriendo un estado depresivo que fue determinante de su suicidio, sin que tal decisión fuera adoptada libremente por el fallecido, sino esclavo de la depresión que sufría. Por todo lo expuesto, y a la vista del informe pericial médico psiquiatra evacuado en trámite procesal, debe llegarse a la conclusión que las lesiones sufridas en acto de servicio fueron determinantes de la enfermedad psíquica padecida determinante de su suicidio. Existiendo relación de causa a efecto entre el servicio prestado y su muerte"[25].

E.- La segunda conduce a un escenario que se repetirá en varias ocasiones más, pues remite a la gran tensión a la que estuvieron sometidos algunos miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado destinados al País Vasco. En su fundamentación, la Sala entiende "que el luctuoso suceso que tuvo su desenlace mediante acto suicida sí puede relacionarse causalmente, muy probablemente, con la sicopatología trastorno de estrés postraumático, que venía sufriendo (…), y cuyo principal desencadenamiento lo fue el ejercicio de su profesión de policía en el País Vasco durante nueve años. Dicho de otra manera, sería posible afirmar que, de no haber sufrido la experiencia traumática de su prolongado destino en el País Vasco, hubiera desarrollado su actividad laboral con total normalidad, sin padecer trastorno psicológico alguno y, por supuesto, no habría tenido lugar el trágico desenlace de su suicidio, acto impulsivo y desesperado que llevó a cabo con su pistola reglamentaria resultado de su enfermedad"[26].

[22] STSJ Canarias/Las Palmas, Social, 6 octubre 2008 (rec. 547/2005).
[23] STSJ País Vasco, Social, 8 septiembre 2020 (rec. 830/2020).
[24] Cabría unir la mención a las no localizadas SSTSJ Cantabria 7 septiembre 1996 (rec. 1637/1995) y 9 julio 1993 (rec. 436/1999), aludidas en este sentido en la SAN, Contencioso-Administrativo, 18 junio 2002 (rec.1471/2000).
[25] SAN, Contencioso-Administrativo, 3 octubre 2005 (rec.31/2004).
[26] SAN, Contencioso-Administrativo, 30 junio 2004 (rec. 1741/2002).

3. INTENTO AUTOLÍTICO PREVIO E INCAPACIDAD

Si no es precisamente copiosa la literatura jurídica sobre la consideración del suicidio a efectos de las prestaciones de muerte y supervivencia, salvo error u omisión ninguna aportación ha sido posible localizar respecto a la incidencia de intentos autolíticos previos sobre las situaciones de incapacidad.

3.1. La retirada de armas vinculada al suicidio

Tomada en un sentido amplio, podría entrar en la categoría de incapacidad (parcial) la decisión de retirar la licencia de armas a un policía que, en cuanto tal, aparece en los antecedentes de hecho de varios pronunciamientos. Como objeto principal de litigio, sin embargo, únicamente se han localizado dos sentencias.

En una de ellas, cuando el policía estaba en activo vivió una situación de tensión y sufrió un trastorno psíquico de etiología e intensidad desconocida, por no haberse aportado informe fidedigno al respecto y constar tan solo la información de parte de obedecer a una situación de acoso moral por un superior. En virtud de tal trastorno, diez años antes se había considerado necesario retirarle el arma, porque -según se comenzaba el discurso en el presente estudio- "en esa situación podría haber sido peligroso para terceros o para sí. Estas situaciones, desgraciadamente, no son inhabilítales, y reunir en una misma persona un arma y una situación mental difícil, por ejemplo, una depresión, a menudo desemboca en suicidios".

Cuando con el trascurso del tiempo y el cambio de situación (pase a segunda actividad) insta de nuevo la licencia de armas del tipo A, recibe la respuesta negativa del Director General de la Policía, que encuentra el aval del Tribunal al amparo de un doble motivo: "a) En primer lugar que, a tenor de cuanto dispone el art. 3.2.2º RD 1156/1995, de 21 de septiembre, por el cual se desarrolla la situación de segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía, 'el Director General de la Policía podrá acordar, en cualquier momento, la retirada de las armas (…) a aquellos funcionarios para los que, por sus condiciones psíquicas o físicas, la posesión y uso de armas representa un riesgo propio o ajeno'; es decir, se trata de una 'potestad discrecional', y sobre la base de esa discrecionalidad [bastará acreditar] un motivo razonable para su no concesión".

En este sentido, argumenta que, ante la situación de duda razonable ("es cierto que aportó el certificado médico de los que exigen para obtener los permisos de armas, pero es sabido que los mismos no van acompañados de una profunda evaluación de las condiciones psíquicas, e incluso se desconoce si el agente pudo indicar sus antecedentes o no a quien lo expidió"), cabía exigir o "imponer una carga" al interesado de mayor diligencia probatoria en el caso (como "una pericial, o un informe de un psiquiatra en el que se justificara que esa situación no volverá a producirse"), que no tuvo lugar. b) En segundo término, y a partir de cuanto dispone el art. 117 RD 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, concurre un triple motivo para la negativa: el interesado no realiza ninguna función policial, al estar en segunda actividad sin destino; tiene antecedentes psiquiátricos por los que se le retiro el arma, sin haber probado su desaparición; en fin, y aunque nunca se esgrimió, tampoco concurren razones para sentirse amenazado[27].

Muy importante es el supuesto enjuiciado en otro pronunciamiento que afecta en esta ocasión a un guardia civil a quien, tras un posible intento de suicidio mediante disparo con arma de fuego corta en su domicilio, se le retiró la licencia "APR" (especial para personal de la Guardia Civil en reserva). Tras un extenso repaso de la jurisprudencia generada por los arts. 7 y 98 del Reglamento de Armas, el órgano judicial procede a aplicarla al caso, justificando la decisión original como una medida cautelar, por "creer que por parte del interesado existió una conducta irresponsable, negligente o carente del equilibrio necesario para la tenencia y uso de armas de fuego".

[27] STSJ Aragón, Contencioso-Administrativo, 28 mayo 2020 (rec. 358/2018).

La decisión encuentra aval del órgano judicial, amén de en la discusión sobre la autoría y momento de emisión y del informe del psiquiatra presentado como prueba, en lo razonable de la resolución adoptada, a partir de "un soporte fáctico que está en directa e inmediata relación con su tenencia y que es reveladora de un riesgo que la norma trata de evitar, en la medida [en] que a través de ellos se acredita un comportamiento que presenta claros signos de falta de prudencia de las normas elementales de seguridad en relación con la tenencia de armas". Incluso aunque fuera cierto el argumento de parte sobre la inexistencia de un intento o amago autolítico, y en realidad todo obedeciera a un "desafortunado malentendido", no habría de caber duda sobre el carácter "incomprensible, por su evidente peligrosidad, en quien es titular de una licencia de armas, además con la experiencia de ser guardia civil en la reserva, de proceder a su limpieza estando cargada, pues el resultado de tal *modus operandi* no se podría calificar de fortuito, sino de una negligencia reveladora igualmente de un riesgo que la propia norma trata de evitar"[28].

3.2. La relación entre suicidio e incapacidad temporal

Otro lugar donde el riesgo cierto o probable de suicidio aparece con relativa frecuencia en las sentencias, casi siempre al calor de los informes descritos en los autos, es en la concesión o mantenimiento de la situación de incapacidad temporal. No obstante, tan solo se ha localizado una en la cual el riesgo moderado de suicidio aparece como argumento fundamental para que un policía municipal de Bilbao impugne el alta médica emitida por el INSS, al sostener que el tratamiento que sigue con antidepresivos, antipsicóticos e hipnóticos resulta incompatible con la ejecución de las funciones propias de policía.

De los datos que obraban en autos, el Tribunal observa que el servicio de psiquiatría donde se efectuó el primer diagnóstico consideró que el policía sufría distimia, afirmando el facultativo, literalmente, que "no veo gran inconveniente en dicha reincorporación (laboral) salvo las intrínsecas a la propia medicación (conducción, manejo de armas…)"; por su parte, el informe médico de evaluación de la incapacidad temporal, a la luz del anterior criterio médico, consideró que el agente presentaba "hipotimia variable y persistente, sin datos de afectación vital e incapacitante".

A la luz de estos dos informes se emite el alta médica, aun cuando tras ella ha lugar a nuevos episodios críticos y, después de un ingreso en los servicios de hospitalización por empeoramiento sintomatológico (ante tres intentos de suicidio por intoxicación medicamentosa), consta informe emitido por la responsable médica del Ayuntamiento declarando al agente no apto.

La secuencia anterior lleva al Tribunal a considerar que la existencia de un riesgo moderado de suicidio, a partir de una depresión moderada calificada como distimia o hipotimia y no considerada incompatible con las labores fundamentales de su puesto, hace que en la fecha en la cual fue emitida el alta el agente no pudiera ser considerado como impedido para el trabajo, "sin que pueda tomarse aquí en consideración que con posterioridad hubiera podido sufrir un empeoramiento en su sintomatología por la aparición de nuevos factores estresantes"[29].

3.3. Incapacidad permanente y suicidio

El grueso de los pronunciamientos en este ámbito que analizan la aptitud laboral se centran en la incapacidad permanente, no en vano, y como ocurría con la prestación recogida en el apartado 3 del art. 47 LCP, el apartado 2 del precepto contempla la pensión extraordinaria de jubilación por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad del personal, en los términos del art. 28.2 c) LCP, siempre y cuando derive de un accidente o enfermedad en acto de servicio o como consecuencia del mismo.

[28] STSJ Castilla La Mancha, Contencioso-Administrativo, 7 diciembre 2020 (rec. 456/2019).
[29] STSJ País Vasco, Contencioso-Administrativo, 21 diciembre 2010 (rec. 248/2010).

La referencia objetiva al origen que común en ambos supuestos hace que quepa una construcción en paralelo, casi una reiteración de pareceres, aun cuando en esta ocasión, ciertamente, la argumentación pierde algunos matices de la riqueza antes reseñada. Así, las sentencias pueden ser sistemáticamente agrupadas en dos grandes bloques: cinco que deniegan la prestación extraordinaria y que dos que la conceden.

3.3.1. Denegación de la prestación extraordinaria de jubilación por incapacidad

Las seis que deniegan la prestación extraordinaria lo hacen en atención a los siguientes hechos y argumentos en Derecho:

A) En la primera en el tiempo se argumenta que el policía nacional afectado, quien prestó servicio en el País Vasco durante nueve años hasta pasar a segunda actividad, sufrió persecución que le llevó a dos intentos de suicidio por padecer un trastorno delirante (paranoide) de aquel tipo de asedio, motivo por el cual el interesado considera que debería tener derecho a la pensión extraordinaria de jubilación por incapacidad permanente.

La refutación del Tribunal, a partir de lo aclarado en el expediente y el recurso, lleva a entender que el informe del Servicio Médico Sanitario de la Dirección General, sin perjuicio de observar perturbaciones psicopatológicas desde 1981, estimó que el pase a la segunda actividad se debió a la patología "diabetes grado I". Añade este tipo de diabetes insulinodependiente suele ser de aparición temprana (en la infancia o juventud) y "constituye un estrés psicológico formidable que puede desbordar las capacidades adaptativas y defensivas del paciente". En consecuencia, y habida cuenta de que las enfermedades presentes en el caso, diabetes y secuelas psicológicas, "se padecen sin ser policía y la actividad profesional no lleva directamente a esas enfermedades", niega el vínculo causal entre la patología y el trabajo[30].

B) La segunda, además de negar que el retraso en el preceptivo expediente de averiguación de causas determine la estimación por silencio administrativo de la pretensión, razona que la jubilación del policía obedeció a un trastorno mixto ansioso-depresivo al cual procedería añadir antecedentes de consumo perjudicial de alcohol, relacionado con una enfermedad de etiología "constitucional", y no con el desempeño de la profesión. En la medida en la cual en el procedimiento de jubilación por incapacidad "el dictamen emitido por los servicios técnicos de la Administración posee una indudable fuerza de convicción, dada la garantía que ofrecen sus conocimientos científicos y la objetividad de su nombramiento", la Sala pone de relieve que todos los informes no relacionaban el trastorno depresivo con las actuaciones policiales, pues si bien el agente permaneció en el País Vasco y la difícil situación vivida pudo influir en su estado de ánimo, no constan amenazas concretas dirigidas a su persona; tampoco que él o sus compañeros sufrieran algún atentado[31].

C) Cuatro causas físicas y una psíquica ("trastorno adaptativo reacción mixta ansioso-depresiva") confluyen como determinantes de la incapacidad del policía que sostiene la pretensión en el tercero de los supuestos. Su historia clínica muestra un ingreso por un "gesto de suicidio frustrado", vinculado causalmente a un accidente previo y a sus secuelas resultantes, que se cronifican y llevan a desarrollar una sintomatología ansioso-depresiva.

Con todo, al Tribunal prescinde de ese vínculo próximo reflejado en el informe psicológico (pues "merece la pena recordar los problemas del método científico en Psicología, y que el método científico es un camino de acceso a la interrelación de la realidad, y que sin embargo presenta aspectos problemáticos en todos los momentos y fases del complejo proceso del método científico") y presta mayor credibilidad a otros informes, a partir de los cuales colige que el proceso degenerativo que ofrecen las causas físicas no obedece a esa causa exclusiva, "pues se denota la existencia de un

[30] STSJ Andalucía/Granada, Contencioso-Administrativo, 14 septiembre 1998 (rec. 3300/1995).
[31] SAN, Contencioso-Administrativo, 9 junio 2008 (rec. 298/2006).

proceso degenerativo de la columna vertebral con anterioridad" al siniestro. Motivo, por tanto, para negar la pensión extraordinaria[32].

D) "Trastorno mixto de la personalidad con rasgos esquizoides paranoides. Trastorno mixto ansioso depresivo" es el diagnostico contenido en la resolución en virtud de lo cual se establece que no procede el pase a segunda actividad, y sí a la situación de jubilación por incapacidad, del policía en cuyo historial también figura el llamado "síndrome del norte", derivado de su estancia durante casi diez años en el País Vasco, así como dos episodios de "ideación autolítica en el contexto de trastorno distímico" y trastorno con riesgo de suicidio.

Bajo tal relato, y recordando una vez más que las prestaciones son distintas en el Régimen General y en Clases Pasivas (al serles de aplicación normativa diversa y resolver dos órdenes jurisdiccionales distintos), alude a "la super protección al interesado o sus familiares que proporcionan las pensiones extraordinarias, lo cual pone de manifiesto que no son las necesidades emergentes las que tienen en cuenta para graduar la protección, pues son iguales cualesquiera que sean la causa de la muerte o la invalidez, sino que es el origen de la contingencia (la enfermedad o accidente de servicio y no la enfermedad o accidente común) la que se tiene en cuenta. El tratamiento privilegiado que hace el Régimen de Clases Pasivas de los accidentes o enfermedades del servicio se manifiesta concediendo a los incapacitados por estas causas o a los familiares de los fallecidos por causa de aquellos una pensión vitalicia de cuantía superior (el doble) a la que se concede a los jubilados o familiares de los fallecidos por incapacidad derivada de enfermedad o accidente común. Al ser normas de privilegio, su aplicación debe hacerse de modo restringido, limitando la concesión de pensiones extraordinarias a quienes padecen accidente o enfermedades del servicio, interpretados en ambos casos de manera restrictiva por la exigencia de requisitos especiales, como son que aquellos se produzcan en conexión directa con el servicio o como consecuencia directa y exclusiva de la naturaleza del servicio desempeñado".

En esta ocasión la Sala considera que no cabe afirmar categóricamente una relación causa-efecto "directa y exclusiva" entre las secuelas por las cuales el policía fue jubilado por incapacidad permanente y la estancia en el País Vasco, pues del conjunto de todos los informes "no puede deducirse que dichas patologías sean únicamente debidas a la prestación de servicios o consecuencia directa de los mismos, pues no guardan en su totalidad relación con la prestación del servicio, bien por tratarse de enfermedades de origen degenerativo, no traumático, o bien por no tener relación directa y acreditada con el desempeño del servicio, siendo consideradas como enfermedades comunes (…), pues el recurrente ya venía predispuesto en potencia a sufrir las mismas por los rasgos genéticos de su personalidad de origen ['causa cuyo carácter es ajeno en realidad a la prestación de servicio'] y, efectivamente, al ejercer funciones de riesgo y tensión evidente, como son las normales propias de la policía y en especial en los destinos en el País Vasco y otras situaciones excepcionales, se desencadenó de forma relativamente súbita, aunque gradual en el tiempo el proceso de incapacidad permanente a raíz de tal momento"[33].

[32] SAN, Contencioso-Administrativo, 23 abril 2012 (rec. 41/2011).

[33] Por si no hubiera quedado claro el determinismo genético, el pronunciamiento abunda en tal línea argumental, significando que procederá resaltar el dato de conformidad con el cual el interesado, y "como policía destinado en el País Vasco, asumió en general las mismas circunstancias de peligrosidad, tensión y estrés que otros miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que estuvieran destinados en el País Vasco y que en cambio no se vieron afectados por estas enfermedades; y así, no consta en las actuaciones documento o informe alguno sobre acto terrorista en el que se viera involucrado como víctima (…), siquiera de forma presencial, ni tampoco listas o panfletos en las que apareciese su nombre, domicilio o vehículo, como objetivo preciso de los terroristas, o de vigilancia o seguimiento por parte de los mismos, al margen del relato efectuado por el propio afectado en su declaración ante el instructor sobre varios sucesos, amenazas, normas de seguridad, etc., que se producían en su entorno profesional y que obviamente, como es natural y lógico, le preocupaban e inquietaban gravemente, como a todos los demás miembros de la Policía o de la Guardia Civil que se encontraban en sus mismas circunstancias", SAN, Contencioso-Administrativo, 2 diciembre 2013 (rec. 82/2013).

E) La última sentencia es la relativa a la solicitud de pensión extraordinaria planteada por el actor, Guardia Civil, a quien se declaró en situación de inutilidad y su vinculación directa al hecho de haber estado destinado a la Comandancia de Navarra prácticamente durante toda su vida profesional. Aduce quien la sostiene que tras la desactivación de una bomba los síntomas de ansiedad se agravaron con el subsiguiente atentado sufrido, siendo dado de baja en varias ocasiones, con reiteradas conductas autolesivas e irregularidades soco-profesionales.

Con todo, el Tribunal fija su atención en el informe del oficial médico, a cuyo tenor, y desde que lo trataba en los últimos años, el paciente sufría pesadillas y rememoraba los intentos de suicidio en los diferentes reconocimientos médicos, pero no los relacionaba con el ambiente de trabajo ni con una acción terrorista, "debiéndose más bien a problemas disciplinarios, alcoholismo, digestivos y familiares (…); frente a estos datos vitales, y según sus propias manifestaciones, nunca tuvo relación directa con atentado alguno". A su amparo, la Sala "considera endeble la remisión a lo que ha venido en llamarse el síndrome del norte como una contribución al argumento de la enfermedad, trastorno bipolar, que (…) no deriva de esa estancia [en el País Vasco] [(…), [sino que constituye] una patología de naturaleza endógena, que formando parte de la personalidad del individuo no tiene la relación directa y total con el servicio que se exige"[34].

3.3.2. El reconocimiento de la prestación extraordinaria vinculada a una incapacidad permanente o inutilidad

Al lado de los anteriores, cabrá dar cuenta de dos supuestos en los cuales se aprecia esa relación entre el trabajo y la incapacidad permanente:

A.- En el primero, el trastorno de personalidad (no especificado) por depresión mayor que motivó el pase a segunda actividad se conecta por la Sala con el hecho de que los síntomas depresivos aparecen relacionados con la actividad policial, comenzando con el atentado que sufren compañeros de su Unidad, del cual resulta el trágico balance de un muerto y cinco heridos graves; pero manteniéndose en el tiempo, incluso tras el traslado fuera del País Vasco, al precisar consultas con el psiquiatra y tratamiento con ansiolíticos e hipnóticos, bajas laborales e ingresos hospitalarios por trastorno psicopatológico e ideas y riesgo de suicidio, mantenido en el tiempo y cronificado.

La ausencia de antecedentes personales de padecimientos psíquicos previos al ingreso en el Cuerpo Policía y la sucesión de acontecimientos narrados convencen al órgano judicial de que el trastorno mental crónico padecido por el interesado constituye la "respuesta a un estresante psicosocial identificable la situación conflictiva de su profesión de policía, que ha actuado como causa en la génesis de su patología"[35].

B.- La segunda presenta igual vínculo con la actividad en el País Vasco, donde el policía sufrió varios atentados directos, algunos con lesiones que llegaron a requerir intervención quirúrgica, incluido el llevado a cabo con una bomba donde falleció un compañero y buen amigo que iba en el coche que le precedía. Desde entonces venía padeciendo graves afecciones psicológicas que le provocaron dos intentos de suicidio y un cuadro final de estrés postraumático crónico que incidieron de manera muy negativa en su comportamiento profesional y social. Los dictámenes examinados por la Sala consiguieron convencer a sus integrantes de que el trastorno de ansiedad o estrés postraumático del policía jubilado por incapacidad derivaba, directa y fundamentalmente, de la naturaleza del servicio que desempeño en el País Vasco[36].

[34] SAN, Contencioso-Administrativo, 19 enero 2011 (rec. 149/2010).
[35] STSJ Asturias, Contencioso-Administrativo, 13 febrero 2002 (rec. 3802/1997).
[36] SAN, Contencioso-Administrativo, 16 abril 2012 (rec. 591/2010).

3.3.3. La incapacidad permanente en el Régimen General

Un último inciso procederá abrir en este apartado para ubicar los efectos de los intentos autolíticos en los policías encuadrados en el Régimen General.

A.- La primera muestra presenta a un ertzaina a quien se había denegado la incapacidad permanente y, tras ser dado de alta y ver denegada su reclamación, realizó un intento autolítico por sobredosis de medicamentos, sin que en el hospital donde fue trasladado observaran una clínica psicótica ni alteraciones sensoperceptivas, llegando incluso a hacer autocrítica de su actuación. La valoración fue que no presentaba riesgo de nuevo intento a corto o medio plazo; sin embargo, dado el antecedente, así como por observar el psiquiatra peligro, para sí y para otros, derivado de tener acceso a un arma, se le retiró la utilizada en el trabajo.

Instada con posterioridad la incapacidad permanente, le fue reconocida en su grado de total, pero no de absoluta: "vistas las circunstancias, sin que los menoscabos funcionales de origen físico conlleven limitaciones incompatibles con la ejecución de todo tipo de trabajo, y dado que las patologías psíquicas presentes, generadoras de trastorno de ansiedad generalizado, depresión y alteración del sueño, carentes de clínica psicótica o sensoperceptiva, si bien le impiden afrontar debidamente tareas con las exigencias señaladas de concentración, estrés o con riesgo para sí mismo o terceros, razón por la que se le ha reconocido la incapacidad permanente total para la profesión de ertzaina, sin embargo no presentan la entidad necesaria para estimar que no pueda desarrollar actividades laborales de tipo liviano carentes de esas características"[37].

B.- El segundo de los pronunciamientos, además de evidentes problemas físicos del policía local, incorpora el relato de sus padecimientos psíquicos. Así, tras una primera consulta por estrés, insomnio e irritabilidad de la que fue tratado durante un año, vio cómo se reproducía diez años después, bajo la forma de trastorno ansioso depresivo que el policía relacionaba con su situación laboral, y que durante los tres años fue seguido de distintas revisiones, para un diagnóstico final de trastorno ansioso depresivo y trastorno adaptativo, tras cinco episodios depresivos en todos los cuales se informa de riesgo autolítico, en uno de ellos como intento frustrado.

Sobre estos antecedentes, colige la Sala que el policía local estaba "inhabilitado de manera previsiblemente definitiva para la realización de las fundamentales tareas, no solo de su profesión habitual de policía local con un alto componente de responsabilidad, sino también para el desempeño de todo tipo de ocupaciones, en la medida que la situación evidencia en el actor la carencia de la imprescindible aptitud psíquica para poder dedicarse a alguna actividad útil y valorable en el mercado laboral, porque cualquier actividad laboral, por sencilla o cómoda que sea, precisa en su realización personal de un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia de modo continuo que el actor no posee, pues no a otra conclusión puede llegarse ante el síndrome depresivo grave recurrente con ideación autolítica repetida, y en un caso intento, que padece el demandante que llegó a requerir ingreso en agudos cuando el trabajador estaba alejado de su entorno laboral, que es uno de los focos que han dado lugar al problema, pero no la causa exclusiva, como lo revela la contingencia común por la que se le ha reconocido la incapacidad permanente, todo lo cual le hace que actualmente tenga una grave limitación para cualquier actividad socio-laboral"[38].

4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES POR EL FALLECIMIENTO DEL AGENTE

Al amparo de cuanto en la actualidad regulan los arts. 91 y 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, así como los arts. 32 a 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, hasta

[37] STSJ País Vasco, Social, 15 marzo 2016 (rec. 335/2016).
[38] STSJ Andalucía/Granada, Social, 13 febrero 2020 (rec. 1177/2019).

doce muestras se han localizado de sentencias que resuelven sobre pretensiones de indemnización derivadas de un presunto funcionamiento anormal de los servicios de la Guardia Civil y de la Policía relacionado de manera directa con el suicidio final de agente.

En todas las ocasiones el punto de partida, con mayor menor extensión, recuerda que el sistema de responsabilidad en España es: "*a) unitario, rige para todas las Administraciones; b) general, abarca toda la actividad -por acción u omisión— derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si estos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa, la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral".*

De este modo, una doctrina sólida colige que para la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración es preciso "1) Apreciar una relación de causalidad entre la acción/omisión y el resultado lesivo. 2) La antijuridicidad, o, lo que es lo mismo, que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo y ello supone: a) que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y b) que el ordenamiento no imponga al perjudicado expresamente el deber de soportar el daño. 3) Carácter indemnizable del daño demandado: a) daño efectivo; b) evaluable económicamente; y c) individualizable en relación a una persona o grupo de personas".

Bajo esta premisa compartida y que constituye doctrina general, el conjunto puede quedar sistematizado en tres grupos distintos que recogen otros tantos puntos de vista sobre la relación entre el suicidio, en tanto acto que unánimemente se califica como voluntario, y el funcionamiento de la Administración, ya como eventual causa principal de aquel, ya como causa concurrente en el resultado final, ya, en fin, carente de incidencia digna de mayor relieve en el deceso.

4.1. El funcionamiento de la Administración como responsable principal del trágico suceso

A.- El examen del primer grupo de supuestos lleva a reflexionar sobre las sentencias, de la Audiencia Nacional[39] y del Tribunal Supremo[40], llamadas a resolver sobre la impugnación de la resolución del Ministerio del Interior que desestimó la reclamación de indemnización planteada por la viuda y huérfanos del funcionario de policía que se suicidó en las dependencias de la Jefatura Superior donde estaba destinado.

El prolijo relato de los hechos declarados probados narra una detención "extemporánea" por la Unidad de Asuntos Internos (en la medida en la cual cuantos la presenciaron consideraron que se estaba produciendo el secuestro de un policía al cual conocían de vista), su conducción a comisaría donde desde los primeros momentos mostró tales síntomas de abatimiento que uno de los funcionarios a quienes se encomendó la custodia pronto sospechó -y así lo comunicó a los responsables- que podría tomar la infausta decisión de poner fin a su vida. A pesar de la situación, y de haber estado de servicio la noche anterior (con lo cual cabría presumir que no había descansado nada), el detenido por presunto delito de descubrimiento y revelación de secretos fue mantenido aislado entre el mediodía y las dos de la mañana, sometido a un constante trasiego de una dependencia a otra hasta finalmente dejarlo solo e incomunicado en el interior del despacho de un compañero, sin ningún tipo de control visual y sin reparar en la posibilidad de que pudiera acceder al arma que quien allí trabajaba tenía depositada en uno de los cajones de su mesa de trabajo. Tras descubrir el arma, y solicitando ir al servicio, la

[39] SAN, Contencioso-Administrativo, 3 marzo 2004 (rec. 1967/2001).
[40] STS, Contencioso-Administrativo, 13 octubre 2008 (rec. 5030/2004).

advertencia realizada por el titular de que portaba su arma llegó demasiado tarde, pues el suicidio ya se había consumado.

Bajo el parecer del primero de los pronunciamientos, la forma de proceder en el caso concreto permite detectar "un elemento de anormalidad en el servicio público policial; hecho que determina por sí mismo la existencia de responsabilidad patrimonial imputable a la Administración". Añade, empero, que en el resultante final "cooperaron varias circunstancias, unas derivadas del funcionamiento de los servicios y otras de carácter personal, ajenas al mismo, como es la actuación del propio detenido que tomó la decisión de quitarse la vida".

En virtud de este doble razonamiento, destaca la jurisprudencia sobre la imputación "en exclusiva" de la determinación suicida al anormal funcionamiento del servicio, poniendo de relieve que debe ser entendida en sentido relativo y no absoluto (a fin de hacerla compatible con la concurrencia de causas y, por ende, abierta a criterios de compensación de la indemnización o a su moderación en atención a las circunstancias en presencia), así como el hecho de tratarse de una responsabilidad donde no rige el principio de culpabilidad, sino el de objetividad, bastando que medie adecuada relación causal entre la operatividad (normal o anormal) de los servicios y la lesión efectiva, individualizada y económicamente evaluable en bienes y derechos particulares. Sobre los datos facticos subsumidos bajo tal argumentación jurídica, la conclusión deviene lógica: "en la generación del daño ha habido concurrencia de causas, por parte de la Administración la existencia de la anormalidad del servicio concretada en una actuación negligente al permitir que el [fallecido] llegara a apoderarse de un arma de fuego cuando se encontraba detenido en un despacho de la Jefatura Superior de Policía, cuando fácilmente se podían haber adoptado las prevenciones oportunas al respecto, con lo que se hubiera impedido el acceso al arma, con ello, el suicidio, y por otro, la propia voluntad [de la víctima] que de forma voluntaria decide suicidarse, lo que implica que ambos han de compartir la responsabilidad. Concurrencia que no aprecia que sea una más relevante que la otra, por lo que se estima en un cincuenta por ciento".

En casación obra una rectificación importante, pues se entiende que "no cabe atribuir al difunto ninguna participación en su fallecimiento". Afirmación que mantiene en sus propios términos "aunque parezca paradójico", al entender "que, por definición, todo suicidio es voluntario".

Para alcanzar tal conclusión parte de "*la posición de garante que ostenta la Administración respecto de un detenido en dependencias policiales, al igual que la que tiene en relación con un interno en un centro penitenciario o con un enfermo en una clínica psiquiátrica, [la cual] modula singularmente el instituto de la responsabilidad patrimonial. Se da en tales casos una especial relación jurídica, que origina un entramado de derechos y deberes recíprocos entre la Administración y el recluido, el detenido o el interno, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, la integridad y la salud del segundo, valores constitucionalmente declarados y reconocidos como derechos fundamentales (artículo 15 CE), que dichos individuos siguen ostentando en la peculiar situación en la que se encuentran"*.

A partir de tal premisa, expone la abundante jurisprudencia existente -que cita-, a cuyo tenor, y "pese al carácter esencialmente voluntario del suicidio, [se] declara en ocasiones la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración por la muerte que se inflige a sí misma una persona sometida a su custodia por estar cumpliendo una pena privativa de libertad, encontrarse detenida o ingresada en un centro frenopático. Así, considerando la previsibilidad del evento y la ausencia de medidas precautorias por parte de la Administración, se ha declarado la responsabilidad patrimonial al apreciar la existencia de un nexo causal entre el fatal desenlace y la omisión de las autoridades y funcionarios que no desenvolvieron la diligencia exigible para evitar un resultado predecible".

La novedad en este supuesto, así como la rectificación frente al criterio de sostenido por la Audiencia Nacional, viene dado por separarse de cuanto resulta ser su forma de proceder habitual,

consistente en ponderar la conducta del fallecido para atemperar la indemnización procedente, en el entendimiento de que su decisión autodestructiva operó como concausa. Sostiene, de este modo, que en el supuesto sometido a consideración no hay concurrencia de culpas, "porque dada las circunstancias, ninguna intervención cabía atribuir a la voluntad del suicida".

El juego conjunto de las particularidades relatadas, "estado anímico, aislamiento e incomunicación durante buena parte de la noche y disposición de un arma preparada para su uso, que individualmente consideradas pueden carecer de relevancia a los presentes efectos determinan que la decisión de quitarse pierda relevancia en la producción del resultado lesivo, otorgando todo el protagonismo a la muy deficiente prestación del servicio público policial (…). Este modo de acometer el análisis de la relación causal permite afirmar que, en el caso debatido, de no mediar la cadena de desafueros en la actuación administrativa, no se hubiera producido el lamentable suicidio (…), hasta el punto de que la decisión de atentar contra su vida no hubiera tenido lugar, bien por recibir un trato diferente, más atento a las especiales circunstancias por las que pasaba, bien por evitar dejarlo solo con un arma de fuego a su alcance. En suma, en el supuesto actual no aparecen elementos que permitan hablar de una relación causal manifestada de forma mediata, indirecta o concurrente. El fallecimiento se debió exclusivamente al modo, a todas luces anormal, en que se desenvolvió aquella jornada la actuación policial en la Jefatura Superior de Murcia".

4.2. La concurrencia causal en el desenlace fatal

La segunda de las muestras viene dada por el pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Justicia del País Vasco, en su resolución del recurso planteado contra la orden del Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco destinataria de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la viuda e hijos del agente de la Policía Autónoma Vasca que se suicidó con su arma a pesar de estar fuera de servicio[41].

En la relación de hechos probados destacan, como más salientes, el dato de que el agente, a pesar de estar de vacaciones, y por tanto carecer de autorización para portar su arma, no solo acudió a comisaría, sino que, sin que nadie se percatara de ello, pudo acceder al búnker y llevarse su arma, con la cual acabaría suicidándose.

Falla por su base cuanto dispone la instrucción del Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco, a cuyo tenor los responsables policiales de cada unidad o centro deben adoptar cuantas medidas de seguridad fueran necesarias para evitar la pérdida, sustracción, robo o uso inadecuado de armas. Diversas testificales de diferentes agentes corroboran que no existía control alguno sobre si los agentes se llevaban o no su arma; pero es que, en esta ocasión, además, el fallecido ni siquiera debió haber tenido la oportunidad de acceder al búnker.

En atención a estos elementos de convicción, la sentencia colige la falta de la diligencia debida en la custodia de armas, atribuible en exclusiva a la Administración. Argumenta, de este modo, cómo "es cierto que el agente rompió la confianza que se había puesto en él. Ahora bien, lo hizo sin que se pusiera ningún límite ni cortapisa para evitarlo. De tal manera que le fue muy sencillo sacar el arma de la comisaria pese a que no debía haberlo hecho. Es verdad que cada agente tiene la responsabilidad de hacer un uso correcto del material que se le entrega. No obstante, en el caso [se trata de] un material tan lesivo como es una pistola, que puede ser utilizado por el agente para atentar contra sí mismo o contra terceros. Ello exige que la Administración extreme las precauciones a la hora de comprobar que se hace un uso adecuado de las armas puestas a disposición de los agentes de policía".

Frente al argumento en virtud del cual el agente estaba decidido a quitarse la vida, y tal acto voluntario suponía romper el nexo casal existente entre la conducta negligente de la Administración y el resultado fatal, el Tribunal entiende que, en efecto, el único responsable del suicidio es quien decide

[41] STSJ, País Vasco, Contencioso-Administrativo, 23 diciembre 2021 (rec. 1011/2020).

llevarlo a cabo; "ahora bien, también es cierto que un comportamiento negligente puede favorecer que el suicidio se lleve a cabo". Y esto es cuanto aprecia en el supuesto en presencia, a pesar del argumento en sentido contrario, bajo cuyo parecer el agente se hubiera quitado la vida incluso si no hubiera dispuesto de un arma, pues "aun cuando ello parezca probable, lo cierto es que no cabe nunca llegar a saberlo, porque el fallecido pudo hacerse con su arma y utilizarla para pegarse un tiro. No cabe duda de que ello hizo más fácil que pudiera llevar a término su decisión".

Cuestión distinta es que la responsabilidad deba ser imputada en exclusiva a la Administración. En esta ocasión la sentencia aprecia un claro supuesto de concurrencia de culpas: "la Administración, con su negligente actuar, permitió que los hechos sucedieran de esta forma concreta; ahora bien, fueron la decisión y la voluntad [del fallecido] las que lo llevaron a perder la vida. De tal modo que esta intervención del propio fallecido ha de ser tomada en consideración como un elemento de moderación de la indemnización pretendida".

4.3. La ausencia de cualquier responsabilidad patrimonial de la Administración

El último de los bloques temáticos recoge pronunciamientos donde se desestima la pretensión de cualquier responsabilidad de la Administración, tres referidos a la Policía Nacional y otros seis en los cuales se ve afectada la Guardia Civil.

A.- En el primero de ellos se insta una indemnización fundamentada en la actitud omisiva de la Administración al permitir que un policía nacional con problemas conocidos de hepatopatía etílica determinante de problemas psíquicos dispusiera de su arma reglamentaria, con la cual se suicidó.

Ante tal simplicidad fáctica, señala cómo "la cuestión básica en este caso se centra en establecer la relación de causalidad que debe existir entre el funcionamiento de los servicios públicos y la conducta determinante del suicidio. Establecer tal relación supone admitir la existencia de un mal o delatorio (sic) funcionamiento de la Administración, y que este inadecuado proceder sea precisamente la causa determinante o eficiente del daño causado. Uno y otro aspecto están estrechamente relacionados. La disponibilidad de la pistola con la que se suicidó no puede ser calificada como causa determinante del daño causado, el acto pudo llevar a efecto el suicidio por cualquier otro medio contundente para conseguirlo; no es confundible la disponibilidad del medio utilizado con la causa determinante del suicidio. Tan solo una conducta irregular en la actuación administrativa podría haber refluido en la conducta del policía fallecido".

Añade, para cerrar el círculo, cómo "la ponderación de este factor es subjetivamente imposible de precisar puesto que muy distintos factores pudieron determinar la conducta suicida. Esto conduce precisar si pudo existir objetivamente una causa tan poderosa e influyente en la conducta del fallecido que pudiera determinarla. Pues bien, las actuaciones seguidas por la Administración no permiten alcanzar tal convicción, dado que ni se aprecian dilaciones indebidas en la tramitación del expediente de jubilación por incapacidad psíquica, ni una actuación ilegal y desfavorable para los intereses del policía fallecido"[42].

B.- El segundo de los supuestos abandona las referencias objetivas al arma como elemento protagonista para fijar la atención en los distintos componentes del caso con resultado de suicidio y consecuencia de responsabilidad patrimonial de la Administración[43].

A tenor de los hechos declarados probados en instancia, el fallecido había quedado adscrito de manera voluntaria al grupo operativo que tramitaba expedientes de extranjeros y, aunque en tal destino no debía hacer frente a una excesiva carga de trabajo, no le gustaban las labores de oficina. En alguna ocasión había manifestado haberse sentido discriminado por la inspectora a cargo del grupo por el hecho de haberle pedido explicaciones por escrito ante la falta de tramitación de un expediente,

[42] SAN, Contencioso-Administrativo, 17 enero 2001 (rec. 924/1999).
[43] SAN, Contencioso-Administrativo, 18 junio 2014 (rec. 188/2012).

por ser la primera vez que eso se hacía y no se limitaba a una mera advertencia verbal; e igualmente por haberle llamado la atención en dos ocasiones. Tal valoración queda desmentida a través de una triple vía: la declaración de los compañeros sobre la ausencia de cualquier discriminación o acoso por los superiores, la falta de trascendencia de las quejas tramitadas y el hecho de habérsele concedido la totalidad de los permisos, salvo uno, así como la ausencia de cualquier medida disciplinaria o instrucción de expediente sancionador.

A tales datos objetivos durante la prestación, incorpora otros acaecidos con posterioridad, cuando el finado estaba de baja, donde tiene lugar un primer intento de suicidio. Consta en su historia clínica que, tras ese episodio autolítico, y a pesar de encontrarse mejor, reaparecieron las ideas suicidas y fue ingresado en una unidad psiquiátrica, permaneciendo más tarde bajo control en el medio familiar. Estando en tal situación, acude a la comisaría local, se apropia del arma que un compañero guardaba en la taquilla y, tras escribir una nota en la explicaba que su acción obedecía a la humillación a la cual se veía sometido por sus superiores, se quita la vida.

En su razonamiento, la sentencia utiliza un triple argumento para rechazar cualquier imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración:

1.- La fundamental viene referida a cómo, "si bien es cierto que el fallecido sufría una enfermedad psiquiátrica derivada de una cierta conflictividad en el ámbito laboral, no se puede admitir en ningún caso la existencia de *mobbing*, para la que se precisa una violencia psicológica, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o destruir su reputación y lograr que finalmente que esa persona acabe abandonando el lugar de trabajo".

En esta ocasión valora que "el trato recibido de sus superiores no puede considerarse constitutivo de acoso, y muchos menos entender que su comportamiento pudiera ser determinante del fallecimiento por suicidio de su subordinado. Hay que recordar que son frecuentes las situaciones de desacuerdo y, en ocasiones, incluso de tensión entre jefes y subordinados en una organización jerarquizada, sin que ello implique un comportamiento discriminatorio o vejatorio hacia estos últimos".

2.- Añade cómo, "a pesar del intento autolítico anterior, la Administración no podía prever que en el fallecido persistieran las ideas suicidas. En la historia clínica se señala que no consta que tuviera tales intenciones, encomendando, en cualquier caso, su control a los familiares con los que residía durante la baja, por la propia voluntad del funcionario".

3.- Por último, no considera que pueda mediar reproche alguno derivado del acceso del fallecido a las taquillas para obtener el arma, cuando finalmente se suicidó en otra localidad donde residía y reposaba de su enfermedad. Completa el argumento con el dato significativo de que, "además (…), abrió la taquilla de un compañero y sustrajo la pistola, de modo que la obtuvo ilegalmente".

C.- Ciertamente original es la tesis mantenida por el tercero de los pronunciamientos, en esta ocasión del Tribunal Supremo, cuando, tras revisar lo que figura en el pronunciamiento de la Audiencia Nacional en torno a la personalidad de la víctima, sus antecedentes y las denuncias presentadas por la esposa, así como las actuaciones internas del Cuerpo Nacional de Policía, entiende -con aquel— que "nada hacía previsible el desenlace que se produjo y nada contribuía a que la Administración procediese a suspender al funcionario del uso del arma reglamentaria, porque para ello hubiese sido preciso arbitrar el procedimiento disciplinario necesario y acordar la medida cautelar correspondiente que nadie solicitó y para la que en las circunstancias que concurrían no había motivo alguno".

Ratifica así el criterio de instancia de conformidad con el cual "el desgraciado suceso (…) se encuadra dentro de lo que es la fuerza mayor, como circunstancias enervantes de esa responsabilidad. En definitiva, ese resultado era imprevisible, es más, la reacción del marido no parece que fuera

imaginable para la actora [la mujer del fallecido], ya que ni ella misma puso en marcha los posibles trámites para incapacitarle como funcionario ni para el uso de armas"[44].

Por cuanto hace a los seis supuestos atinentes a miembros de la Guardia Civil, la variedad fática en presencia no evita la clara percepción de lo que podría ser considerado un patrón en el quehacer administrativo que conduce al mismo resultante final.

D.- El único que accede al Tribunal Supremo plantea el suicidio de quien. tras haber concluido el programa de formación y cumplido el año como eventual, es nombrada guardia civil profesional con un destino forzoso desde donde solicita diferentes vacantes, una de las cuales le es concedida. En los años de servicio tiene varias bajas por accidentes de tipo físico, sufre un arresto domiciliario y se le inicia un expediente por dejar de prestar servicio por supuesta enfermedad. Preparándose para el traslado a aquella vacante instada, y estando de servicio, los compañeros la descubren muerta, con su arma reglamentaria en la mano derecha.

El argumento de sus padres aparece asentado sintéticamente en "el trato discriminatorio por parte de sus mandos directos, al extremo de sufrir constantes humillaciones, vejaciones y críticas que cambiaron su carácter y personalidad, transformándose en una persona enferma psíquica que no recibió la atención y tratamiento necesario que hubiera permitido su recuperación, aportando informe psiquiátrico al efecto". Frente a tal invocación de parte, y a partir de la prueba practicada, la Sala de lo Contencioso-Administrativo colige que "no se vislumbra ninguna manifestación de los compañeros y amigos de la fallecida, de la que se deduzca que la misma presentara manifestación o signos externos inequívocos y claros de la existencia de síntoma alguno de hallarse en situación de depresión o enfermedad psíquica; asimismo, no se han acreditado trato discriminatorio o vejatorio alguno, ni permite deducirse, con criterios de racionalidad lógica, que por el hecho de pedir destinos en distintos lugares de la geografía española, la fallecida adoleciera de una situación laboral de persecución, discriminatoria o vejatoria, y por tal concepto no puede integrarse la incoación de un expediente disciplinario por la presunta comisión de una falta grave; en el expediente administrativo origen de este proceso no existe el más mínimo dato fáctico que permita, siquiera indiciariamente, acreditar la concurrencia de actuación discriminatoria o vejatoria, como causa adecuada y eficiente para que la finada atentara contra su vida".

Señala, además, que "el informe psiquiátrico aportado está emitido después del fallecimiento; carece, por ello, de soporte real alguno, son juicios de valor de un psiquiatra, que desconoce y no ha tratado a la persona sobre la que pretende emitir un juicio clínico".

Partiendo del dato a partir del cual la prueba de la relación de causalidad entre el suicidio y el funcionamiento del servicio corresponde a quien reclama, así como que tal material fáctico ha sido ya valorado por la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo colige que, ante la "falta de una situación de depresión o enfermedad psíquica previa que exigiera unas concretas medidas de atención o cuidado y [la] no concurrencia de actuación discriminatoria o vejatoria como causa adecuada o determinante de los hechos, se impone la conclusión de la Sala sobre la inexistencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio y el resultado lesivo cuya reparación se pretende".

A sus resultas, que procede exonerar a la Administración cuando la intervención del propio perjudicado revista la suficiente intensidad como para determinar el resultado lesivo cuya actualización se imputa al funcionamiento del servicio, del cual no se ha justificado que fuera incorrecto o no ajustado a la legalidad, ni siquiera como concausa, respondiendo a la sola voluntad de la víctima[45].

[44] STS, Contencioso-Administrativo, 14 octubre 2013 (rec. 1058/1999).

[45] STS, Contencioso-Administrativo, 19 junio 2007 (rec. 10231/2003). Obra un voto particular formulado por la Magistrada Margarita Robles Fernández a cuyo tenor, "pese a actuaciones de la fallecida indicativas cuando menos de ciertos incumplimientos de obligaciones que la misma fundamentaba en determinadas enfermedades, la Administración las calificó como 'supuestas', no realizando los adecuados estudios médicos de la agente, estudios que son especialmente relevantes en aquellas personas que por su profesión tienen como misión el aseguramiento de

E.- En la primera sentencia en el tiempo de la Audiencia Nacional, el alegato de parte se asienta sobre el hecho de que el guardia civil fallecido sufría un estado depresivo (derivado, con toda probabilidad, de un problema de índole sentimental y personal) que debió ser conocido por sus mandos, dada la convivencia en un acuartelamiento con pocos integrantes: A pesar de tales circunstancias locativas y vitales no se aplicó la Instrucción emitida por la Subdirección General de Personal de 1994 para evitar estas secuelas luctuosas.

En la valoración conjunta de las pruebas practicadas, se acredita que el cadáver presentaba 2,26 gramos/litro de alcohol en sangre y que unos días antes del suicidio el fallecido había suspendido temporalmente la relación sentimental con su novia; así mismo, que ni superiores ni compañeros tenían conocimiento de su depresión, y ni siquiera su propio hermano, guardia civil con quien vivía fuera del acuartelamiento, había puesto en conocimiento de mandos o compañeros que sufriera algún problema psicológico.

Tal falta de indicios sobre el desenlace final hace que resultara inviable aplicar unas "instrucciones" que, por otra parte, y como nombre indica, carecen de rango normativo y, por tanto, cuya mínima inobservancia pueda convertir en antijurídica e ilícita la no evitación de la conducta[46].

F.- El segundo de los supuestos aborda el suicidio de un guardia civil con su arma reglamentaria, imputándole a la Administración el hecho de no haber asegurado la inaccesibilidad a un arma que podía constituir peligro cierto para el propio funcionario (u otro ciudadano) de efectuar un uso inadecuado; en concreto, de no haber tomado medida alguna, dados los antecedentes de otros intentos autolíticos previos del fallecido.

Sin perjuicio de la discrepancia patente en las declaraciones efectuadas por compañeros y mandos, algunos de los cuales conocían tales episodios, desconociéndolos otros, el Tribunal fija su atención en que el primero había ocurrido hace quince años, y la intoxicación por medicamentos (se ignora si con intenciones suicidas o no) hacía 8 años, habiendo desarrollado desde entonces con normalidad la prestación y sin que ningún familiar hubiera puesto en conocimiento problemas psicológicos de ningún tipo. Por este motivo, considera "lógico y normal que el mando no adoptara precaución especial sobre el guardia civil, al no ser racionalmente previsible una fatal decisión como la que adoptó, atribuible exclusivamente a una decisión suya, libre y voluntaria, de quitarse la vida"[47].

G.- La tercera de las sentencias describe el supuesto de un guardia civil que, tras una crisis de ansiedad, y en aplicación del "Protocolo de actuación ante conductas anómalas por desórdenes emocionales de componentes del Cuerpo", vio cómo se procedió a la inmediata retirada de su arma reglamentaria.

Tras una baja laboral de un mes, con tratamiento médico y psiquiátrico, ha lugar al alta en el servicio, sin posesión de su arma durante la primera semana; sin embargo, tras ese plazo y una entrevista con el capitán de la compañía, en la cual manifestó encontrarse bien (pudiendo constatar aquel que así era), se le permitió acudir al ejercicio de tiro programado para el día siguiente, retirando el arma oficial del depósito. Tras participar con plena normalidad en tal actividad, al día siguiente se quita la vida utilizando su arma.

El Tribunal rechaza cualquier responsabilidad, al entender que el proceder descrito se ajustaba al deber genérico de cautela y precaución que cabía esperar y demandar. Significando, a renglón seguido, que la obligación "de aseguramiento exigible en esta materia a la Administración ha de residenciarse en criterios de normalidad y racionalidad, teniendo en cuenta la capacidad de valoración

la seguridad ciudadana, a cuyo fin están habilitados para el uso del arma de fuego. Por todo ello (…), de instancia resulta acreditada una conducta de la fallecida que hubiese exigido el necesario estudio médico de la misma para detectar y prevenir en su caso resultados como el que se produjo".

[46] SAN, Contencioso-Administrativo, 30 mayo 2002 (rec. 1239/2000).

[47] SAN, Contencioso-Administrativo, 7 noviembre 2007 (rec. 167/2006).

y decisión que ha de presuponerse en un funcionario militar, con la preparación adecuada y los conocimientos suficientes para tomar una decisión en el ámbito profesional, como la que acontece en el caso de autos, para valorar su estado personal en orden a asumir una incorporación a su puesto de trabajo y portar el arma reglamentaria; máxime cuando esta misma persona había instado su retirada al ser consciente de su estado emocional, sin que a la Administración militar le sea exigible una precaución o adopción de cautelas que van más allá de lo razonable y adecuado a las circunstancias concretas del caso"[48].

G.- El penúltimo de los supuestos describe la situación de quien sufrió un grave accidente de tráfico en acto de servicio y nueve meses después, tras el tratamiento oportuno, es examinado por el Tribunal Médico Militar, que analiza y estudia los informes de distintos especialistas, entre los cuales el de traumatología consideraba necesaria una demora en la incapacidad de 6 meses. Por su parte, los de digestivo, respiratorio y psiquiátrico lo consideraron apto; este último añadiendo que "no refiere síntomas psiquiátricos, ni está en seguimiento ni tratamiento psiquiátrico". Transcurridos los seis meses, y previa declaración de aptitud para el servicio de traumatología, recibe el alta para el servicio activo, suicidándose once meses más tarde.

Frente a la imputación de haber sido reincorporado sin practicar todos los reconocimientos necesarios, la respuesta es sencilla, con solo parar mientes en la documentación médica reseñada, a partir de la cual "no puede inferirse con mínimos visos de realidad que fuera indebida o improcedente la reincorporación al servicio ante los informes técnicos que avalaban esta decisión (…). Nótese, igualmente, que entre la reincorporación y el hecho luctuoso transcurrieron más de diez meses"[49].

H.- La última de las muestras recoge una solicitud de indemnización fundada en el dato de que cuando el guardia civil se suicidó seguía en tratamiento por el servicio público de salud, y a pesar de ello había sido dado de alta por el Servicio de Psicología de la Guardia Civil y le había sido devuelta el arma reglamentaria, con la cual se quitó la vida tras regresar de vacaciones.

El órgano judicial constata que en las dos situaciones en las cuales el finado manifestó ansiedad y depresión se le aplicaron los dos protocolos existentes, con baja y retirada inmediata del arma reglamentaria (en la segunda de las ocasiones en contra del criterio de capitán psicólogo, quien consideraba que sería útil el alta para reforzar su confianza), así como tratamiento psicológico completo y exhaustivo. Únicamente recibió el alta tras una doble valoración positiva del Servicio Psicología de la Guardia Civil, donde constaba un alta para el servicio sin ningún tipo de restricciones solicitada por el propio interesado.

El hecho de seguir tratamiento en un centro sanitario público no puede hacer olvidar al Tribunal un triple dato: de un lado, ambos servicios de salud coinciden en reseñar una mejoría apreciable, que en uno de los casos apuntó al pleno restablecimiento, pero que en el diagnóstico hospitalario también era patente; de otro, la entrega del arma no solo se produjo dentro los periodos de baja para el servicio, sino incluso durante alguno de los siguientes a la incorporación, que tuvo lugar con limitación o restricción de armas; en fin, ni por el interesado ni por ninguna otra persona medió comunicación a los servicios médicos y de psicología de la Guardia Civil sobre el tratamiento que continuaba el interesado en el servicio público de salud. A partir de tales datos, colige que las actuaciones no revelaban factor alguno imputable a la Administración con entidad suficiente como para considerarlo causa del perjuicio reclamado[50].

[48] SAN, Contencioso-Administrativo, 16 septiembre 2009 (rec. 402/2008).
[49] SAN, Contencioso-Administrativo, 8 mayo 2013 (rec. 895/2020).
[50] SAN, Contencioso-Administrativo, 5 junio 2020 (rec. 943/2018).

5. MEJORAS EN LA ACCIÓN PROTECTORA

Un único supuesto ha sido localizado en relación con la reclamación de la mejora voluntaria de prestación de Seguridad Social derivada de convenio colectivo. Alude a un ayuntamiento con convenio único para personal funcionario y laboral que contemplaba la obligación de suscribir un seguro para cubrir la contingencia de muerte de sus empleados, así como otro (por un importe doble) para hacer lo propio con el riesgo de fallecimiento a resultas de un accidente.

Habiéndose admitido parcialmente en instancia la demanda formulada por la viuda del oficial jefe de la policía local del ayuntamiento, a la sazón funcionario de carrera que se suicidó con su arma reglamentaria, e interpuesto recurso de suplicación por la entidad local, no obra sentencia de fondo, pues la dictada por el Tribunal Superior de Justicia apreció la excepción de incompetencia de jurisdicción social[51], al entender que, "si bien el art. 2 c) LRJS establece la competencia de la Jurisdicción Social para conocer de los litigios sobre mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, siempre que deriven de un contrato de trabajo o de un convenio colectivo (…), tal precepto corrobora que la competencia de este orden jurisdiccional se da con respecto a las mejoras que derivan de un contrato de trabajo, de una relación de servicios laborales. Por tanto, aunque la mejora se pactase en un convenio colectivo, debe concluirse la incompetencia de esta jurisdicción, pues el propio convenio reconoce en su artículo 1 que los funcionarios se regularán por su normativa específica, lo que en realidad supone el reconocimiento de la mejora por acuerdo de la corporación, sin que con ello se altere la normativa que regula la relación de la Administración con el personal a su servicio que sigue siendo administrativa, lo que excluye la competencia de esta jurisdicción para resolver las cuestiones entre las partes en supuestos en los que la empleadora omitió el deber de suscribir la póliza de seguro, pues la indemnización que tal incumplimiento puede generar debe reclamarse en la vía contencioso-administrativa".

Otros tres pronunciamientos han sido localizados relacionados con las ayudas concedidas por el Ministerio de Interior a favor de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, o de sus familiares, en los casos de muerte o inutilidad total producida en acto de servicio.

Las dos iniciales, a partir de lo dispuesto en la Orden comunicada de 15 de julio 1988, deniegan el acceso a la viuda del agente que se suicidó con su arma reglamentaria. A tenor de la primera, y una vez acreditado que se disparó "voluntariamente" cuando estaba prestando servicio, sigue que esta intención consciente supone apartarse del "desarrollo normal de tareas propias del servicio"; única referencia del art. 5 de la Orden en la cual podía encajar el supuesto[52].

La segunda encuentra igual fundamento en la voluntariedad del acto, pero añade la inviabilidad de aceptar el criterio de otras sentencias mencionadas en la demanda (y que no ha sido posible localizar en la base de datos) en las cuales el suicidio fue considerado "accidente" a estos efectos. El motivo para no considerarlo así, y denegar la ayuda, lo fija en el hecho de que "los suicidios fueron debidos a depresiones en que se había probado que tenían su origen precisamente en la condición de policías de los afectados; en ambos casos, por sus traumáticas experiencias en el País Vasco; en el caso presente, sin embargo, nada se ha acreditado ni indiciariamente sobre el origen de la depresión del lamentablemente fallecido"[53].

El tercero de los supuestos encuentra fundamento en las ayudas recogidas en la Orden comunicada del Ministerio de Interior de 1 de junio de 1993, por la que se deja sin efecto la anterior, y que presenta como mayor innovación la cobertura de las indemnizaciones mediante la suscripción de una póliza de seguro de accidentes. Recuerda, por tanto, cómo "del tenor de las sucesivas Ordenes

[51] STSJ Andalucía/Sevilla, Social, 23 noviembre 2001 (rec. 315/1999).

[52] STSJ Castilla y León/Valladolid, Contencioso-Administrativo, 10 febrero 2004 (rec. 381/1999).

[53] STSJ Madrid, Contencioso-Administrativo, 28 enero 2005 (rec. 73/2002). Las sentencias mencionadas, y no localizadas en la base de datos, son las SSTS País Vasco, Contencioso-Administrativo, 7 septiembre 1996 y Andalucía/Sevilla, Contencioso-Administrativo, 12 diciembre 2000.

del Ministerio del Interior se desprende que la pretensión de la Administración al promulgar tales disposiciones no fue otra que la de establecer un sistema de cobertura de riesgos profesionales, luego (sic) la actividad desempeñada, y el hecho de que las lesiones o el fallecimiento debían acontecer como consecuencia del servicio prestado jugaban como presupuesto, o si se quiere, condición legal del derecho a la indemnización, que no era debida por la simple condición personal de miembro del Cuerpo Nacional de Policía".

Sobre tal premisa da cuenta, en este supuesto, del largo periplo seguido por la viuda del agente para lograr, primero, que se considerara el suicidio de su esposo como acto de servicio y, en consecuencia, y tras haber logrado tal declaración, la concesión de las ayudas aquí sometidas a consideración.

En este sentido, "toda acción ejercitada con el fin de remover la voluntad contraria de la Administración a considerar el suicidio como un acto conectado con el desempeño profesional [del agente] tenía la virtualidad de interrumpir la prescripción de la acción de indemnización garantizada en principio por la aseguradora. No por tener como garante financiero una compañía de seguros la acción sobre la que se discute deja de sustraerse a las reglas generales de prescripción de las obligaciones de las Administraciones Públicas, materia eminentemente presupuestaria y regulada por ello en las Leyes del ramo".

A la postre, y en el caso en concreto, se entiende que hasta tanto no alcanzó firmeza la sentencia de la Audiencia Nacional que consideró la muerte de policía como un acto de servicio (al vincularlo "al malestar psíquico mostrando desde la estancia profesional en el País Vasco, y entra por ello en la condición de accidente, por derivar de una causa externa y ajena al fallecido") no dio comienzo el plazo de prescripción para solicitar de la aseguradora la indemnización, que no resulta controvertida por traer causa en el reconocimiento judicial del suicidio como accidente de trabajo o acto de servicio[54].

6. EL SUICIDIO DEL POLICÍA O DEL GUARDIA CIVIL COMO ACCIDENTE COMÚN EN EL SEGURO DE VIDA Y ACCIDENTES

A partir de cuanto dispone el art. 93 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS), "salvo pacto en contrario, el riesgo de suicidio quedará cubierto a partir del transcurso de un año del momento de la conclusión del contrato". Reaccionando frente a un pasado cuya inercia se arrastra, y en línea con una imparable tendencia internacional, el literal del precepto presenta la contundencia suficiente como para evitar una alta litigiosidad a partir de la inclusión del suicidio como siniestro cubierto[55].

Así ocurre en el supuesto de suicidio de policías, donde únicamente cabe dar cuenta de tres pronunciamientos en los cuales figura la mentada relación:

A.- En el primero, obra el intento de neutralizar la excepción de prescripción, argumentando que hasta tanto no se hubieran determinado las causas de la muerte, no cabía ejercitar la acción, por entender que el seguro colectivo (del Sindicato Unificado de Policía) solo cubría los accidentes procedentes de la actividad laboral.

El motivo encuentra rápida réplica del Tribunal cuando comprueba que "el riesgo pactado no es el de muerte en acto de servicio, sino el de muerte por accidente, sin más, y, por tanto, en razón de cualquier causa que reuniese las características que recoge el art. 100 de la Ley, y aún en el primer caso no sería necesario esperar al resultado de la reclamación administrativa, salvo si la póliza así lo exigiese para el reconocimiento del derecho, estando los tribunales civiles facultados para conocer cualquier asunto del orden contencioso administrativo a los solos efectos prejudiciales,

[54] SAN, Contencioso-Administrativo, 30 diciembre 2010 (rec. 65/2007).

[55] A partir del comentario a la ilustrativa STS, Civil, 21 julio 2016 (rec. 2218/2014).

como obviamente lo están para examinar y practicar cuantas pruebas fuesen pertinentes en orden a resolver el objeto del proceso y, en concreto, la razón por la que el agente actuó como lo hizo y si dicha causas o razones podrían o no integrarse dentro de las exigencias de falta de intencionalidad recogidas en los artículos 100 y 102 de la norma"[56].

B.- El segundo de los pronunciamientos discute precisamente el argumento de la compañía aseguradora en virtud de cual se reproduce el debate clásico en virtud del cual el suicidio, por ser un acto completamente voluntario del asegurado, no entraría dentro del concepto legal de accidente definido en el art. 100 LCS.

La Audiencia Provincial toma en consideración cuatro datos fundamentales para emitir su parecer:

A) El fallecido antes de su destino en el País Vasco era una persona extrovertida, afable y con una conducta normal.

B) En el País Vasco, como consecuencia del ejercicio de su profesión, estuvo sometido a fuertes presiones y estímulos derivados de la actividad terrorista desplegada por la organización terrorista ETA, viéndose obligado a llevar una vida anormal de precauciones y miedos, soportando asesinatos y muertes de compañeros derivados de la barbarie terrorista, estímulos poderosos que, según el perito psiquíatra, son capaces de producir la enfermedad alegada.

C) A raíz de dicha situación, según el informe pericial, dicha persona cambia de personalidad, produciéndole depresión y presentando, de nuevo según el perito, los síntomas típicos y consecuentes del referido trastorno postraumático.

D) El asegurado sufrió, aproximadamente un mes antes de su fallecimiento, fractura de la rótula izquierda; sin embargo (de nuevo según el experto), a pesar de que el fallecido era muy deportista y dicha rotura le impedía seguir practicando normalmente deporte, no es causa por sí sola del suicidio, especificando en su informe que las afecciones físicas que pueden dar lugar al suicidio son la artritis reumatoide y el dolor crónico; dolencias que no presentaba el fallecido en el momento de suicidarse.

A pesar de carecer de prueba directa y concluyente sobre la existencia de trastorno de estrés postraumático, tales antecedentes llevan al Tribunal a entender de manera harto gráfica que "el suicidio no fue un acto de voluntad libre y consciente, ni mucho menos derivado de la rótula, sino que derivó de una ideación suicida que fue desarrollándose en su mente derivada del trauma sufrido en el ejercicio de su profesión como consecuencia de la barbarie terrorista de la banda criminal etarra, por lo que su muerte entra perfectamente en el concepto de accidente definido en el artículo preliminar de las condiciones generales de la póliza, como 'la lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez permanente o muerte'. Constituyendo su muerte uno más de los crímenes de la banda terrorista ETA, que ha de añadirse a la lista, ciertamente abultada, de crímenes contra la Humanidad cometidos por dicha organización terrorista"[57].

3.- En el tercero de los supuestos, el seguro colectivo de accidentes concertado por la Secretaria de Estado de Seguridad con una aseguradora cubría el riesgo de muerte e invalidez para los integrantes de la Guardia Civil producida con ocasión o como consecuencia de un acto de servicio; matizando, además, que "estas situaciones serán automáticamente aceptadas e indemnizadas por el asegurador cuando sean declaradas o reconocidas por el Organismo competente para ello".

A pesar de que la Subsecretaría de Defensa dicta resolución entendiendo que el suicidio del capitán constituía un accidente derivado de un acto de servicio, en instancia se acepta el doble criterio de la aseguradora, a tenor del cual, de un lado, no procede que sea el órgano administrativo

[56] SAP, Asturias, Civil, 4 noviembre 2009 (rec. 399/2009).
[57] SAP Sevilla, Civil, 12 diciembre 2001 (rec 5655/2001).

competente el encargado de determinar unilateralmente cuándo un accidente responde a un acto de servicio o no; de otro, porque difícilmente cabría entender como tal al acto de dispararse un tiro en la cabeza encontrándose en su casa.

En apelación el Tribunal corrige con severidad la doble apreciación anterior. Por una parte, y "en principio, parece lógico y natural que sea la propia Administración en el procedimiento reglado la que defina que una muerte de un funcionario asegurado se ha producido en acto de servicio o como consecuencia de actos de servicio, lo cual refuerza la seguridad jurídica y evita controversias futuras (…), y además la fijación de que un fallecimiento u otra situación asegurada se ha producido en acto de servicio o como consecuencia de actos de servicio es algo de que de forma natural corresponde determinar a los órganos administrativos competentes, dada la naturaleza administrativa del acto de servicio".

Por otra parte, "tal resolución no es arbitraria, pues se dicta en el marco de un procedimiento reglado en el que se investigó las causas que llevaron a la muerte y se concluyó de modo taxativo que la misma era consecuencia de la situación laboral sufrida por el susodicho, que se vio afectado por serios problemas laborales (…) y que determinaron una situación de angustia y depresión, y en definitiva alteración psíquica que le llevaron al suicidio, por lo cual cabe señalar que tal suicidio tiene por causa inmediata y directa los problemas laborales sufridos por el fallecido, y por ello su fallecimiento por suicidio debe considerarse, según dispone la resolución administrativa dictada, un accidente derivado de actos de servicio, descartándose en el procedimiento seguido que el suicidio tenga otras causas, como lo son los problemas familiares o económicos, que no se detectaron".

En el sentido precedente, "si bien la consideración del suicidio como accidente a los efectos del art. 100 LCS es algo discutible, lo que no implica dudas es que, al margen de prueba concluyente en contrario, el suicidio no puede considerarse como un acto doloso por parte del asegurado que excluya la cobertura del seguro cuando su consideración como accidente se derive (…) de la aplicación de una cláusula contractual que define el objeto de la cobertura. Por ello, habiéndose dictaminado que el suicidio del asegurado es consecuencia de alteraciones psíquicas producidas por serios problemas laborales, cabrá excluir un acto intencionado del asegurado, es decir doloso, pues dicho acto no fue producto de una decisión libre, reflexiva, adoptada por un hombre en pleno uso de sus facultades mentales, sino un acto adoptado por alguien que sufría serias alteraciones psicológicas, y que por ello no estaba en condiciones de adoptar un acto reflexivo en pleno uso de sus facultades mentales"[58].

4.- La última de las sentencias localizadas aborda la validez de una póliza de seguros de vida renovada pocos meses antes de que el agente se quitara la vida. En este sentido, la compañía aduce que el interesado no respondió como debía al cuestionario presentado, pues ocultó datos importantes en el apartado relativo a las patologías padecidas; en concreto, no informó sobre el cuadro de ansiedad que le había sido diagnosticado, considerándolo como una enfermedad mental de la cual cabía esperar el riesgo del suicidio ulterior. Además, valora que la proximidad entre la renovación de la póliza y el acto autolítico supone un proceder fraudulento del asegurado.

Ante tales alegaciones, y tratándose de cuestión de prueba, el órgano judicial sostiene que: 1) No cabe equiparar un cuadro de ansiedad a una enfermedad mental, que no ha quedado descrita por ningún facultativo en los dictámenes incorporados al litigio. 2) A la luz del cuadro de ansiedad conocido por la aseguradora, en ningún momento manifestó, dentro del plazo, voluntad rescisoria alguna o trató de reducir la cobertura con alteración de las sucesivas primas. 3) No ha quedado acreditado que el policía tuviera la voluntad de quitarse la vida antes de renovar el seguro con la finalidad de mejorar la situación económica de los sucesores; más aún, los indicios apuntan en otro sentido, pues precisamente en la renovación acaecida en los últimos meses se redujo el capital asegurado, lo cual juega en contra de haber planeado una desgracia. 4) "No ofrece duda alguna que la forma de quitarse la vida, arrojándose desde una ventana inopinadamente, viene a noticiar que

[58] SAP Burgos, Civil, 26 octubre 2020 (rec. 67/2020).

ninguna premeditación temporal hubo de existir acerca de tal extremo; [más bien indica] que se trató de una conducta impulsiva cuando estaba en su casa y acompañado de sus familiares".

A resultas de tal valoración, confiere plena validez a las pólizas suscritas y condena a la aseguradora a abonar a los beneficiarios el capital asegurado como si de una muerte normal se tratara[59].

7. CONCLUSIÓN

La singularidad del estudio acometido obliga a abandonar, también, la práctica tradicional consistente en emitir un juicio de valor último y estrictamente personal sobre el discurso previo. Si han sido los órganos judiciales los que han hablado para el lector a lo largo de las páginas precedentes, que de ellos parta, también en este momento final, la invitación a examinar con tiento las diferencias y similitudes a la hora de trabar la relación causal entre riesgo profesional y suicidio en los tres escenarios principales descritos, para contraponer a trabajadores y funcionarios, separar dentro de ambos según su adscripción orgánica y ponderar las variaciones que cabrá seguir en función de la jurisdicción civil, contencioso-administrativa o social a la que pertenezca el tribunal llamado a conocer del litigio.

[59] SAP Murcia, Civil, 16 octubre 2017 (rec. 390/2017).

nº 33 (4º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La reforma del modelo de gestión institucional como instrumento para la garantía de la sostenibilidad del sistema de seguridad social. La creación de la agencia estatal de la administración de la Seguridad Social

Reform of the institutional management model as a tool for ensuring the sustainability of the social security system. Establishment of the State Agency for Social Security Administration

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.: «La reforma del modelo de gestión institucional como instrumento para la garantía de la sostenibilidad del sistema de seguridad social. La creación de la agencia estatal de la administración de la Seguridad Social». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 33 (2022): 63-80

Resumen

La reforma del modelo de gestión institucional de nuestro sistema de Seguridad Social se viene planteando desde hace décadas. La Ley 27/2011 autorizaba al Gobierno para la creación de la Agencia Estatal de Seguridad Social, que vendría a sustituir a la mayoría de las actuales entidades gestoras y servicios comunes, con la finalidad de llevar a cabo la gestión y demás actos de aplicación efectiva del sistema. No obstante, diversas razones, principalmente la falta de interés político y social, han determinado que, a día de hoy, no se haya acometido esa unificación de un modelo de gestión necesitado, sin duda, de un replanteamiento que dé respuesta a las actuales necesidades y demandas de la ciudadanía y que resulta imprescindible como medio para contribuir a la garantía de la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social

Transcurridos más de once años, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, vuelve a contemplar esa creación de la Agencia Estatal de la Seguridad Social. A la espera de si, finalmente, se lleva a cabo, son varios los retos a los que habrá de dar respuesta la nueva entidad gestora si se pretende conseguir el objetivo perseguido con la reforma, que no es otro que la mejora de la eficacia, eficiencia y calidad de la actividad gestora.

Abstract

The reform of the institutional management model of our social security system has been under consideration for decades. Law 27/2011 authorized the Government to create the State Social Security Agency, which would replace most of the current management entities and common services, in order to carry out the management and other acts of effective implementation of the system. However, several reasons, mainly the lack of political and social interest, have determined that, to date, this unification of a management model has not been undertaken, undoubtedly, a rethinking that responds to the current needs and demands of citizens and that is essential as a means to contribute to guaranteeing the sustainability of the social security system

After more than eleven years, Law 21/2021, of December 28, again contemplates the creation of the State Social Security Agency. Pending whether, finally, it is carried out, there are several challenges to be met by the new management entity if the objective pursued by the reform is to be achieved, which is none other than improving the effectiveness, efficiency and quality of the management activity.

Palabras clave

servicios públicos; gestión; Seguridad Social; agencias estatales

Keywords

public services; management; social security; state agencies

Fecha Recepción: 8/8/2022 - Fecha Revisión: 13/9/2022 - Fecha Aceptación: 14/9/2022
Pags. 63-80

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. LA FIGURA DE LA AGENCIA ESTATAL COMO INSTRUMENTO DE MODERNIZACIÓN Y MEJORA DE LA EFICACIA Y LA CALIDAD DE LA GESTIÓN PÚBLICA

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, vuelve a contemplar en su disposición adicional tercera, la creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social. Se retoma, así, el objetivo de modificación del modelo de gestión institucional de nuestro sistema de Seguridad Social, ya previsto normativamente, desde hace más de una década, en la disposición adicional séptima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social que autorizaba al Gobierno para la creación de la Agencia, con la naturaleza de agencia estatal para la mejora de los servicios públicos, con el objeto de *llevar a cabo, en nombre y por cuenta del Estado, la gestión y demás actos de aplicación efectiva del sistema de la Seguridad Social, así como aquellas otras funciones que se le encomienden*.

La figura de las Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos ha tenido una, podríamos calificar, "azarosa" vida jurídica. Fue creada por Ley 28/2006, de 18 de julio, con el objetivo de configurar un modelo al que debía migrar toda la Administración institucional. Objetivos como la modernización de las Administraciones, la superación de las rigideces y limitaciones de los modelos organizativos anteriores, la búsqueda de la calidad y de la eficiencia en la actuación administrativa… sirvieron de fundamento y justificación de esta nueva fórmula organizativa.

Pero cuando aún no habían transcurrido diez años desde su creación, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público procedió a suprimirlas al constatar, según indicaba de manera expresa en su Exposición de Motivos, su escaso grado de implantación y con la finalidad de incrementar el control sobre el gasto público.

La Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021, modifica la Ley 40/2015 y, entre otras reformas, vuelve a recuperar la figura de las Agencias estatales, con la finalidad de dotar a la Administración Pública de una fórmula organizativa caracterizada por una mayor autonomía y flexibilidad en la gestión, que cuenta con mecanismos de control de eficacia y que promueve una cultura de responsabilización por resultados. Un modelo que cuenta con una filosofía subyacente de gestión dirigida al cumplimiento de objetivos que previamente hayan sido fijados de forma concreta y evaluable (tal y como establece en su Exposición de Motivos el RD ley 36/2020, de medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del plan de recuperación, transformación y resiliencia). Una nueva apuesta por la figura de las Agencias en la que, sin duda, influyó de manera determinante la conveniencia de contar con un organismo que permitiese agilizar la gestión de los fondos Next Generation.

1.1. Las agencias estatales como instrumento para la modernización de la gestión pública

No es el objetivo de este trabajo llevar a cabo un análisis en profundidad de la figura de las Agencias Estatales. No obstante, sí pretenden recogerse una serie de aspectos generales de su régimen jurídico que, de manera sintética, permitan situarnos ante el modelo de gestión institucional que pretende el legislador al retomar esta figura, instaurada en 2006 en nuestro ordenamiento jurídico para, a continuación, entrar, ya sí detenidamente, en el estudio de la tan traída y llevada Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social.

La figura de la agencia como fórmula organizativa no es exclusiva de nuestro país. Antes al contrario, y partiendo de la dificultad de realizar una equiparación entre diversas entidades existentes en otros países de nuestro entorno -muy diferentes entre sí-, agrupadas bajo esta denominación de

"agencias", cierto es que las mismas suelen identificarse por los principios de eficacia, autonomía, flexibilidad y descentralización y, en general, por la optimización de la gestión administrativa[1].

Este objetivo de mejora en la gestión de los servicios públicos está presente en la instauración normativa de las agencias en nuestro país. Como ya se ha apuntado, la Ley 28/2006, con el objetivo de reformar el modelo de gestión pública en aras de una mayor eficacia y calidad y de dar una adecuada respuesta a las necesidades y demandas de la ciudadanía, crea la figura de las Agencias Estatales como fórmula organizativa general[2] -hacia la que, progresivamente, deberían reconducirse el resto de organismos públicos existentes- dotada de capacidad de decisión sobre los recursos asignados y de autonomía en su funcionamiento, como premisas necesarias para poder exigirles una responsabilidad efectiva sobre el cumplimiento de los objetivos encomendados[3]. Se trataba, así, según se indicaba de manera expresa en la Exposición de Motivos, de "equilibrar adecuadamente los principios de autonomía, control y responsabilización por resultados" en la gestión de los servicios públicos correspondientes a la Administración General del Estado, intentando superar las rigideces y limitaciones que habían hecho fracasar a los modelos organizativos anteriores[4].

Así, el objetivo general de esa reforma planteada en 2006 se situaba, pues, en dos planos:

a) Por una parte, la creación de la figura de las Agencias Estatales se presentaba como un instrumento clave para dar cumplimiento a la demanda de simplificación administrativa como requisito indispensable en la búsqueda de una actuación más eficaz. Las rigideces de los modelos de gestión existentes hasta el momento y la consecuente escasa autonomía con que tradicionalmente venían contando los organismos públicos, principalmente los organismos autónomos, había dado lugar a la proliferación de una gran cantidad de entes con un régimen jurídico singular, básicamente de derecho privado, en un intento de superar esas rigideces y carencias características del régimen general y que se acentuaban más en aspectos como el presupuestario o el de gestión de personal[5]. Así, de una categoría que inicialmente nació como complementaria de las categorías generales -organismos autónomos y entidades públicas empresariales- para regular a una serie de entes que, por sus peculiaridades y su mayor grado de independencia respecto de la Administración General del Estado, no encajaban en esas figuras, se había pasado a un tipo organizativo habitual en la Administración.

b) Y, por otra parte, la creación de las Agencias atendía a la necesidad de reforzar los mecanismos de control de eficacia y promover una cultura de responsabilización por resultados, como instrumentos claves para la mejora de la calidad de la actuación administrativa. A través de esta nueva figura se pretendía, pues, incorporar a la gestión de los servicios públicos una técnica tradicionalmente ajena a la misma, la responsabilización por objetivos claros, evaluables y orientados hacia la mejora en la prestación del servicio, lo que, sin duda, exigiría la mejora de las funciones de planificación, evaluación y control de la actuación administrativa.

[1] Boto Álvarez, A.: "La agencia como forma organizativa de optimización de servicios públicos. Pasado, presente y futuro en una España en crisis". *Revista Digital de Derecho Administrativo,* nº 13, 2015. Pág. 48.

[2] Esta figura ha sido objeto de profundos análisis entre la doctrina administrativista. Así, v.gr. Álvarez Carreño, S.M.: "El proceso de institucionalización de las Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos en España". *Vía Iuris,* nº 7, 2009. Págs. 13-26; Salvador Armendáriz, M.A.: "Modelo de administración institucional en la Ley de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos", en AA.VV.: *Organización y procedimientos administrativos. Libro Homenaje al profesor Francisco González Navarro.* Aranzadi, Pamplona, 2007. Págs. 397-426; Boto Álvarez, A.: "Las agencias estatales como nuevo modelo organizativo general". *Actualidad jurídica Aranzadi,* nº 726; Pérez Gálvez, J.F.: *Las Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos.* Comares. Granada, 2007; Cosculluela Montaner, L.: "Las Agencias Estatales". *Revista Española de Control Externo,* nº 24, 2006. Págs. 29-53.

[3] Antes de 2006 existían en nuestro país organismos bajo la denominación de "Agencias" aunque en realidad se trataba de una identificación meramente formal. Así, entre ellas la Agencia Estatal de la Administración Tributaria; la Agencia española de Protección de Datos; Agencia española del Medicamento y Productos Sanitarios.

[4] Boto Álvarez, A.: "La agencia como forma organizativa de optimización de servicios públicos…", op. cit. Pág.51.

[5] La propia Exposición de Motivos dejaba constancia de esta realidad. De un total de 138 Organismos Públicos que existen en la actualidad, 47 presentan la peculiaridad de disponer cada uno de su propio régimen regulador.

La Ley de Agencias se configuró, así, como una herramienta para conseguir un fin: crear el entramado institucional necesario para conseguir la modernización administrativa y la optimización en la prestación de servicios[6].

Pese esta ambiciosa intención legislativa de transformar el modelo orgánico de gestión de los servicios públicos y a que acreditadas opiniones consideraban que la apuesta por las Agencias permitía "albergar esperanzas respecto a una mayor transparencia y apertura frente a la tradicional opacidad de la organización pública"[7], la realidad fue bien distinta. A finales de 2008 (momento en que finalizaba el plazo establecido en la Ley para la transformación en agencias de los organismos públicos existentes), solamente se habían creado siete agencias estatales, de las doce cuya creación autorizaba la Ley de manera expresa[8].

Tras varias ampliaciones del plazo para llevar a cabo la transformación y el establecimiento de limitaciones a la creación de agencias (número máximo de agencias a crear al año, necesario informe preceptivo del Ministerio con competencias en Economía y Hacienda), sin duda derivadas del contexto de crisis económica[9], la Ley 40/2015, como ya se ha apuntado, procedió a la eliminación de la figura de las agencias, justificando esa decisión en el escaso grado de implantación de las mismas y con el objetivo, sin duda, de incrementar el control sobre el gasto público.

Y en otro nuevo cambio de rumbo, cuando la apuesta legislativa por la figura de la agencia como instrumento de organización administrativa parecía haberse descartado, de nuevo las consecuencias de un nuevo contexto de crisis socio-económica, derivada en esta ocasión de la situación de pandemia, determinaron el "rescate" de esta figura por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021, cuya disposición final trigésima cuarta (apartados ocho a trece) procede a integrar una nueva Sección 4ª ("Agencias Estatales") en el Capítulo III del Título II de la Ley 40/2015.

1.2. Las "nuevas" agencias estatales como organismos públicos de gestión

El nuevo modelo de agencias de 2021 resulta bastante similar -si bien es cierto que con alguna diferencia sustancial- al de 2006. Así, según establece el art. 108 bis Ley 40/2015, las agencias estatales se configuran como "entidades de derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias".

Sin afán de exhaustividad, como rasgos principales de estas "nuevas" agencias como instrumento para la gestión de los servicios públicos pueden señalarse:

a) En primer lugar, una diferencia esencial respecto a la regulación de 2006 -y que refleja claramente el objetivo perseguido al retomar esta figura- reside en que para su creación no se va a requerir ahora la autorización por ley, como preveía el art. 3 de la Ley 28/2006, sino que, como acaba de indicarse, la misma la llevará a cabo el Gobierno "para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias"; una posibilidad esta que contraviene lo establecido con carácter

[6] Boto Álvarez, A.: "La agencia como forma organizativa de optimización de servicios públicos…", op. cit. Pág. 52.

[7] Álvarez Carreño, S.M.: "EL proceso de institucionalización de las agencias estatales…", op. cit. pág. 23.

[8] En concreto fueron: la, posteriormente derogada, Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, la Agencias Estatal del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, la Agencia Estatal Antidopaje (actual Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte) y la Agencia Estatal de Meteorología. Posteriormente, en 2011 se creó la Agencia Estatal "Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

[9] Un análisis de las mismas en Boto Álvarez, A: "La agencia como forma organizativa de optimización de servicios públicos…", op. cit. págs. 55 y ss.

general en el art. 91.1 Ley 40/2015, según la cual "la creación de los organismos públicos estatales se efectuará por Ley".

b) Respecto a su régimen jurídico, las agencias estatales están sujetas a la Ley 40/2015, a sus estatutos y al resto de normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación (art. 108 ter.1). Su actuación se rige por el plan de acción anual, con arreglo al contrato plurianual de gestión[10].

c) En lo relativo al régimen jurídico del personal, profusamente regulado en el art. 108 quarter, estará constituido por: a) el personal que esté ocupando puestos de trabajo en servicios que queden integrados en la agencia cuando esta se constituya; b) el personal que se incorpore desde cualquier administración pública mediante los procedimientos de provisión de puestos de trabajo correspondientes; c) el personal seleccionado por la agencia, precia superación de las pruebas selectivas, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad y conforme a lo previsto en el apartado cuatro del art. 108 quarter; y d) el personal directivo que será el que ocupe puestos de que aparezcan establecidos como tales en el estatuto de la agencia por la especial responsabilidad, competencia técnica y relevancia de las tareas.

Respecto a este último tipo de personal encontramos un aspecto controvertido en la regulación de estas nuevas agencias y es que la Ley no reserva estos puestos directivos a funcionarios[11], pudiendo prever el estatuto correspondiente que puestos directivos de máxima responsabilidad sean cubiertos por personal laboral mediante contratos de alta dirección[12]. Así, se establece la posibilidad de que el proceso para la cobertura de esos puestos directivos pueda llevarse a cabo por un órgano de selección especializado que formulará una propuesta motivada al director de la agencia estatal que incluya tres personas candidatas para cada puesto a cubrir (art. 108 quarter.5 Ley 40/2015).

d) En relación al régimen económico y financiero, en línea con el resto de organismos públicos, las agencias estatales podrán financiarse con: a) las transferencias consignadas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado; b) los ingresos propios que perciban como contraprestación por las actividades que puedan realizar para otras entidades públicas, privadas o personas físicas, en virtud de contratos, convenios o disposición legal; c) la enajenación de los bienes o valores que constituyan su patrimonio; d) el rendimiento que proceda de sus bienes o valores; e) las aportaciones voluntarias, donaciones, herencias, legados y otras aportaciones a título gratuito de entidades privadas y de particulares; f) los ingresos que reciban de personas físicas o jurídicas derivados del patrocinio de actividades o instalaciones; g) los demás ingresos de derecho público o privado que estén autorizadas a percibir; y h) cualquier otro recurso que pueda serle atribuido (art. 108 quinquies.1).

Además de estas fuentes de ingresos, en aquellos casos previstos en los estatutos y siempre que la agencia tenga capacidad para generar recursos propios suficientes, podrá financiarse con cargo

[10] Según el art. 108 ter.2, el contenido mínimo de este plan de acción anual para el período de su vigencia comprenderá: a) los objetivos a alcanzar, los resultados a obtener y, en general, la gestión a desarrollar; b) los planes necesarios para alcanzar esos objetivos, especificándose los marcos temporales, los proyectos asociados a cada una de las estrategias y los indicadores para evaluar los resultados; c) las previsiones máximas de plantilla de personal y el marco de actuación en recursos humanos; d) los recursos (personales, materiales y presupuestarios) a aportar para la consecución de los objetivos; e) los efectos asociados al grado de cumplimiento de los objetivos establecidos, así como el montante de masa salarial destinada al complemento de productividad o concepto equivalente; f) el procedimiento para cubrir déficits anuales que puedan producirse y las consecuencias de responsabilidad en la gestión que, en su caso, puedan derivarse; y g) el procedimiento para llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones anuales que procedan.

[11] *El personal directivo de las agencias estatales es nombrado y cesado por su Consejo Rector a propuesta de sus órganos ejecutivos, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia entre titulados superiores preferentemente funcionarios…* (art. 108 quarter.10).

[12] Lozano Cutanda, B. y Rey Pinedo, M.: "Recuperación de la figura de las agencias estatales en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021", https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2021/01/Recuperacio%CC%81n_agencias_estatales.pdf (consultado el 4 de julio de 2022).

a los créditos previstos en el capítulo VIII de los Presupuestos Generales del Estado, adjudicados de acuerdo con procedimientos de pública concurrencia y destinados a financiar proyectos de investigación y desarrollo, siempre dentro de los límites previstos legalmente (art. 108 quinquies.2).

Con carácter general se prohíbe que las agencias puedan recurrir al endeudamiento, regla general que admite dos excepciones: cuando legalmente se disponga lo contrario o en aquellos casos en que necesiten recurrir a la contratación de pólizas de crédito o préstamos, para atender desfases temporales de tesorería y siempre que el saldo vivo no supere el 5% de su presupuesto (art. 108 quinquies.4).

e) Y como aspectos principales del régimen presupuestario, contable y control económico financiero, el art. 108 sexies establece que el presupuesto de la agencia, que será elaborado por el Consejo Rector, una vez analizado por el Ministerio al que se encuentre adscrita y por el Ministerio de Hacienda, se incorporará al de Presupuestos Generales del Estado para su aprobación por el Consejo de Ministros y posterior remisión a las Cortes Generales.

Y en respecto al régimen de control (art. 108 sexies.10), el control externo de la gestión económico financiera lo realizará el Tribunal de Cuentas, mientras que el control interno corresponde a la Intervención General de la Administración General del Estado, que lo llevará a cabo mediante las modalidades de control financiero permanente y de auditoría pública en los términos y condiciones establecidos en la Ley General Presupuestaria.

Junto a este control, las agencias estatales estarán sometidas a un control de eficacia y de supervisión continua, ejercido a través del contrato de gestión y hasta su aprobación, a través del plan de actuación.

2. LA FIGURA DE LA AGENCIA ESTATAL Y EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL

En nuestro sistema de Seguridad Social la fragmentación orgánica ha sido uno de los rasgos característicos de su estructuración. La reforma del modelo de gestión operada por el Real Decreto ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo, llevó a cabo la unificación material del modelo precedente, heredado del sistema de seguros sociales, sobre la base de una delimitación funcional en un conjunto limitado de entidades de derecho público con capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines. Subsiste, por tanto, pese a la simplificación y racionalización operada, cierta fragmentación organizativa que, según numerosas voces, resulta ciertamente prescindible y difícil de explicar en la actualidad[13].

La propuesta de reforma de este modelo orgánico de gestión instaurado en 1978, no es algo nuevo. Desde la creación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria[14], se comenzó a barajar la posibilidad de que la Seguridad Social siguiese ese mismo camino, desde el punto de vista de su organización administrativa. Una unificación del modelo que venía siendo demandada desde hacía tiempo por un gran sector de la doctrina en el que había quienes consideraban implícita a la propia noción de la Seguridad Social "la concentración de la autoridad, de la administración de los medios financieros, de la responsabilidad, en un organismo único, cuya competencia ha de ejercitarse en sobre toda la nación"[15].

[13] Palomar Olmeda, A.: "La Agencia Estatal de la Administración de Seguridad Social", en AA.VV. (García Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R. dirs.): "La reforma de la Seguridad Social 2011". Lex Nova. Valladolid, 2011. Pág. 415 y 416.

[14] Ley 31/1990, de 27 de diciembre.

[15] Gete Castrillo, P: "Pluralidad orgánica e integración de funciones: los límites de la eficiencia gestora en los servicios sociales y de la Seguridad Social". *Foro de Seguridad Social,* nº 3, 2001. Pág. 41. En esta misma línea, Rodríguez Ramos, M.J., Gorelli Hernández, J. y Vilchez Porras, M.: *Sistema de Seguridad Social*. Tecnos. Madrid, 2000. Pág. 104; o Palomar Olmeda, A.: "EL modelo de la Seguridad Social en el seno del Estado Autonómico: las

Esta opción por un modelo unificado de gestión se vio concretada en el año 2003 cuando desde el entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se anunciaba el proyecto de una entidad que unificaría a todos los organismos con competencias en la gestión del sistema; proyecto este que, además de buscar reducir la burocracia y facilitar la lucha contra el fraude, tenía como objetivo principal blindar la caja única del sistema ante las demandas competenciales de los nacionalistas. Una iniciativa esta que finalmente no llegó a materializarse, quedando interrumpida por el cambio de Gobierno producido en 2004 que apostó por la consecución de los objetivos de aumento de la eficacia, calidad y racionalización del sistema del sistema a partir de la profundización en el modelo existente.

Por su parte, ya en el año 1995, el Pacto de Toledo defendía la integración de la gestión, estableciendo en su Recomendación séptima la necesidad de "reafirmar la eficacia gestora del sistema de Seguridad Social a través de una mayor integración orgánica de las funciones de afiliación, recaudación y gestión de las prestaciones, que facilite nuevos avances en este ámbito".

En su Informe de Evaluación y Reforma de 2011 (Recomendación octava), la Comisión del Pacto de Toledo da un paso más al considerar que una gestión eficaz y eficiente que proporcione una respuesta adecuada, comprensible y ágil a las demandas de la ciudadanía se configura como un elemento clave para la legitimidad del sistema de Seguridad Social y que la consecución de esa mayor eficacia gestora pasa necesariamente por la simplificación de nuestro modelo orgánico, apostando por "un mecanismo unitario de gestión desde el que se garantice, no solo la simplificación, racionalización, economía de costes y eficacia social, sino la más efectiva aplicación de los principios de solidaridad, igualdad y equidad que informan el sistema español de Seguridad Social". Un planteamiento este que supone extrapolar las decisiones sobre la estructura del sistema de Seguridad Social, trascendiendo el mero plano organizativo y configurándose como un elemento más para contribuir a la sostenibilidad del mismo[16].

Recogiendo esta Recomendación, la Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social[17], en su disposición adicional séptima, autorizaba al Gobierno para la creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social, que asumiría todas las funciones necesarias para aplicar el sistema de la Seguridad Social a todas las personas incluidas en su ámbito de aplicación. La Ley desarrollaba los aspectos básicos de esa futura creación de la Agencia de Seguridad Social, difiriendo su entrada en vigor a la aprobación de sus Estatutos[18]. Pero, de nuevo, un cambio de Gobierno, producido apenas tres meses después de la publicación de la Ley, impidió que este proyecto llegase a ver la luz. Y es que, aunque el nuevo Ejecutivo manifestó su intención de continuar con la proyectada reforma, una vez más las prioridades fueron por otros derroteros y la misma no llegó a materializarse.

Así, tras los avatares legislativos que han caracterizado a la figura de las agencias estatales en nuestro ordenamiento jurídico, su recuperación por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021 vuelve a abrir la posibilidad de abordar la modificación del modelo orgánico de gestión del sistema en los términos de unificación ya planteados, apostando por una figura basada en la gestión conforme al cumplimiento de objetivos previamente fijados, claros y evaluables, como instrumento para la mejora de la actividad gestora.

consecuencias de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 1996. *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1997. Pág. 581.

[16] Palomar Olmeda, A.: "La Agencia Estatal de la Administración de Seguridad Social", op. cit. Pág. 423.

[17] Las medidas establecidas en la Ley 27/2011 derivaron de las contenidas, en el marco del diálogo social, del Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, en concreto de su parte II en la que se contenía el Acuerdo para la reforma y el fortalecimiento del sistema público de pensiones

[18] El anteproyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social sí establecía un plazo concreto de entrada en vigor de la D.A. séptima, concretándolo en el día primero del quinto mes siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Así, el último Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, de noviembre de 2020, continúa en la misma línea de 2011 y, en su Recomendación 8, vuelve a insistir en la idea de que una gestión eficaz y eficiente que proporcione respuesta ágil y adecuada a las demandas de la ciudadanía constituye un elemento más de legitimidad del sistema. Por ello, apuesta por la mejora del sistema de Seguridad Social, incluida la correspondiente a su régimen económico, a través de una regulación integradora del modelo y de las funciones propias del mismo, y de una gestión acorde a la Constitución y los diferentes estatutos de autonomía. Y con esta finalidad apuesta expresamente por la conveniencia de crear una agencia de Seguridad Social.

Pues bien, dentro del primer bloque de medidas dirigidas a la reforma del sistema de pensiones aprobado por la Ley 21/2021 -y, una vez más, "diluida" en este caso entre el grueso de las reformas del régimen jurídico de la pensión contributiva de jubilación- el legislador vuelve a "recoger el guante" del Pacto de Toledo y retoma el objetivo de llevar a cabo la simplificación del modelo orgánico de gestión, encomendando al Gobierno -ahora sí estableciendo un período temporal concreto-, que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley (debiera haberse producido, por tanto, antes del 1 de julio), elaborase un proyecto de ley que dé cumplimiento a lo establecido en 2011. Y reitera, una vez más, que esa reforma de nuestro modelo de gestión institucional debe, por una parte, garantizar los principios de simplificación, racionalización, economía de costes y eficacia del sistema y, por otra, preservar los principios informadores de nuestro sistema como son el de solidaridad, igualdad en el trato y equidad entre generaciones y el actual nivel de prestaciones públicas del régimen de reparto en el que se fundamenta nuestra Seguridad Social.

2.1. La "esperada" Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social. ¿Qué establecía la disposición adicional séptima de la ley 27/2011?

Como se ha indicado, el legislador en 2021 realiza una remisión a lo ya establecido una década atrás para acometer la creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social. Una modificación de la organización gestora contemplada en la disposición adicional séptima de la Ley 27/2011 que, como se ha apuntado, suponía una transformación completa de la estructura organizativa y el pilar administrativo del sistema de la Seguridad Social[19], en aras, como se indicaba en la Exposición de Motivos, de conseguir una gestión que permita dar respuesta adecuada, ágil y simplificada a las demandas de la ciudadanía.

¿Cuáles eran los aspectos principales que aparecían previstos en la disposición adicional séptima de la Ley 27/2011 y que deben servir ahora para llevar a cabo la creación y regulación de la Agencia como entidad gestora única -o al menos principal, como veremos más adelante- de nuestro sistema de Seguridad Social? Los rasgos básicos pueden sintetizarse en los siguientes:

a) El objeto de la Agencia es llevar a cabo, en nombre y por cuenta del Estado, la gestión y demás actos de aplicación efectiva del sistema de la Seguridad Social, así como aquellas otras funciones que se le encomienden, con el objetivo de que la Seguridad Social se aplique a todas las personas incluidas en su campo de aplicación. De manera expresa, la Ley hace referencia a los procedimientos de encuadramiento, inclusión o exclusión en los distintos regímenes, cotización, liquidación de sus recursos, recaudación voluntaria y ejecutiva de dichos recursos, gestión y pago de las prestaciones económicas del sistema, así como los demás actos de gestión de los recursos económicos y administración financiera del sistema.

b) Además de esta integración funcional, normativamente se contempla también de manera expresa la integración orgánica. Así, en la Agencia se habrán de integrar las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, así como su personal y funciones, cuyo régimen habrá de ser regulado en los estatutos de creación de la entidad. De manera expresa se alude al Instituto Nacional

[19] Cea Ayala, A.: "La nueva organización administrativa de la Seguridad Social Española". *Actualidad Administrativa*, nº 2, 2012. Pág. 143.

de la Seguridad Social; al Instituto Social de la Marina, en aquellos ámbitos que se correspondan con las funciones inherentes a la gestión del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar[20]; a la Tesorería General de la Seguridad Social; a la Gerencia de Informática de la Seguridad Social y al Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social.

Expresamente también, se excluyen de la actuación de la Agencia las prestaciones y subsidios por desempleo y los servicios sociales del sistema de la Seguridad Social y, con carácter general, la asistencia sanitaria[21]. Esto supondría, desde el punto de vista orgánico, el mantenimiento de las actuales entidades gestoras encargadas de estos ámbitos, el SEPE, el IMSERSO y el INGESA, sin perjuicio de la posibilidad de estas entidades de suscribir convenios con la Agencia. Esta exclusión no resulta exenta de discusión, y desde su previsión legislativa, distintas voces consideraron que la misma no contribuiría a la consecución de la simplificación gestora y el incremento de la calidad y eficacia de la actuación administrativa, lo cual necesariamente habría de pasar, según estas opiniones, por la integración del ámbito de la protección por desempleo[22].

En este sentido actualmente la línea de actuación parece orientarse hacia la transformación del SEPE en una Agencia independiente, la Agencia Estatal de Empleo, con la que, en palabras de la Ministra de Trabajo, modernizar el organismo, avanzar en el proceso de digitalización y mejorar en rapidez y agilidad en las gestiones[23]. La financiación se llevaría a cabo con la propia dotación presupuestaria del SEPE, los presupuestos de los fondos europeos y de las políticas activas de empleo. Una transformación esta que en principio está prevista para finales de 2022. Habremos, pues, de esperar, pero desde algunos sectores ya se plantean dudas sobre si esa transformación es el instrumento adecuado para solucionar los problemas actuales del SEPE, apostando esas voces porque donde habría que incidir en el aumento de la inversión en plantilla y en innovación tecnológica como vía para mejorar la gestión.

Quedan excluidos también del ámbito de la Agencia Estatal de Seguridad Social los regímenes especiales de la Seguridad Social de funcionarios (Funcionarios Civiles del Estado, Fuerzas Armadas y Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia), que, excepto en aquellas materias en que de manera expresa se establezca lo contrario, seguirán siendo gestionados por los órganos y entidades correspondientes conforme a lo establecido en las normas específicas que los regulan. No se consideró el momento en 2011 de abordar la simplificación e integración orgánica de las entidades gestoras de este Régimen Especial. Y sigue sin considerarse el momento adecuado en 2021, pese al papel, cada vez más limitado, de las mismas, derivado del carácter, cada vez más residual, del Régimen Especial de funcionarios.

Y, por último, en la norma no se contiene referencia expresa a la Intervención de la Seguridad Social, lo que permite concluir que la misma quedaría al margen de la Administración única.

A la vista de este panorama, queda claro, pues, que la pretendida unificación del modelo institucional de gestión de nuestra Seguridad Social no es abordada de una manera completa por el

[20] No se lleva a cabo, pues, la inclusión íntegra de este Instituto, subsistiendo en el resto de competencias ajenas a la gestión del Régimen Especial del Mar, cuestión esta que convendría que fuese debidamente desarrollada vía reglamentaria.

[21] Salvo en los ámbitos en los que la LGSS, sus normas de aplicación y desarrollo y demás disposiciones complementarias prevean la actuación, respecto de dicha prestación, de los organismos que se integran en aquella.

[22] Así se preveía en la enmienda nº 26, de modificación, presentada al proyecto de Ley por el grupo parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida Iniciativa per Catalunya Verds, o en la enmienda nº 229, de supresión, presentada por el grupo parlamentario Popular. En esta línea se manifestó también la Unión Sindical Obrera, USO.

[23] En esta línea transformadora, el RD ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, ya contemplaba la integración del SEPE y del FOGASA en un único organismo, estableciendo un plazo de seis meses desde su entrada en vigor para la adopción de las disposiciones necesarias para la integración y el funcionamiento del nuevo organismo (Disp. final primera). Un organismo que, como es sabido, tampoco llegó a ver la luz.

legislador, contemplando la pervivencia de una serie de entidades razones que poco tienen que ver con la eficacia y calidad de la actividad gestora y con la simplificación del modelo orgánico como medio para conseguirla.

c) Respecto a la participación en el control y vigilancia de la labor gestora de la Agencia, se mantiene, en esencia, el modelo actualmente existente -unificado evidentemente-, estableciéndose que la misma se llevará a cabo por el Consejo General, la Comisión Delegada del Consejo General y las Comisiones Provinciales, como órganos tripartitos de participación, a nivel estatal y local, dando cumplimiento así al principio constitucional de participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social.

d) Se mantiene también el régimen de dirección y gestión contable y control interno previsto en la actualidad para las entidades gestoras, correspondiendo el mismo a la Intervención General de la Administración del Estado a través de la Intervención General de la Seguridad Social.

e) Se establecía en 2011 que la constitución y entrada en funcionamiento de la Agencia se producirá mediante la aprobación, por real decreto, de su estatuto[24]; real decreto acordado en Consejo de Ministros, adoptado a propuesta conjunta de los Ministerios con competencia en la materia y previa negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. En este estatuto habrán de contemplarse las especialidades contenidas en la normativa vigente de aplicación en materia de Seguridad Social.

Sobre esta cuestión relativa a la fórmula jurídica de creación y desarrollo de la Agencia se plantearon posturas contrapuestas entre quienes defendían esta fórmula de creación mediante sus estatutos, aprobados por real decreto, y voces partidarias de una norma específica con rango de ley que llevase a cabo la regulación detallada de todos los aspectos relativos a la Agencia, al considerar que en caso contrario se estaría privando al Parlamento del conocimiento preciso y del debate sobre los aspectos esenciales de la estructura y funcionamiento de la Agencia[25], y se estaría entregando el Ejecutivo un "cheque en blanco" -si bien sometido al previo diálogo con los agentes sociales- a la hora de regular aspectos fundamentales, no abordados por la disposición adicional séptima de la Ley 27/2011, como la estructura básica de la Agencia, las competencias de los órganos de dirección, el régimen jurídico de sus funciones o la naturaleza jurídica de sus actos, el régimen de funcionamiento en materia de recursos humanos, de contratación, patrimonial….

La opción adoptada por el legislador en 2011 de dejar en manos del Gobierno la creación de la Agencia mediante la aprobación de los Estatutos encaja, como hemos visto anteriormente, con lo establecido con carácter general por el art, 108 bis Ley 40/2015 tras la reforma operada en el mismo por la LPGE para 2021 y el objetivo perseguido con la "recuperación" en nuestro ordenamiento jurídico de la figura de las Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos que no es otro que el disponer de instrumentos de gestión más flexibles, que contribuyan a superar las rigideces y limitaciones de los modelos organizativos anteriores como herramienta para contribuir a la mejora de la calidad y de la eficiencia en la actuación administrativa.

No obstante, a este respecto, como se ha señalado, la Ley 21/2021, contempla la aprobación por el Gobierno de un proyecto de ley "para dar cumplimiento a la disposición adicional séptima de la Ley 27/2011… relativa a la creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social". Un proyecto de ley y una unificación del modelo de gestión en los que habrán de quedar garantizados los principios básicos de nuestro sistema (solidaridad, igualdad, equidad intergeneracional, simplificación, racionalización, autonomía de costes y eficacia).

[24] Este será, como ha quedado indicado con anterioridad, la norma reguladora de la Agencia, junto a la Ley 40/2015 y el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le resulten de aplicación (art. 108 ter.1 Ley 40/2015).

[25] Así se contemplaba en la práctica totalidad de las enmiendas presentadas en su tramitación parlamentaria a la disposición adicional séptima.

Por otra parte, también cuestionada desde algunos sectores resulta la previsión legislativa relativa a la negociación con las organizaciones sindicales y empresariales, previa a la aprobación del estatuto por real decreto, al tratarse la Agencia de un órgano de gestión pública y considerar que esa preceptiva negociación con los agentes sociales constituiría una limitación de la potestad de autoorganización y del poder de dirección de la entidad con difícil encaje conceptual[26]. Más allá de estas dudas, no se contemplaba normativamente la posibilidad de que el proceso negociador finalice sin acuerdo, aunque de la literalidad de la Ley parece desprenderse que lo preceptivo será que se lleve a cabo el trámite de negociación, sin que la ausencia de acuerdo pueda impedir la creación de la Agencia.

f) Y de manera expresa la disposición adicional séptima ley 27/2011 estableció una cláusula de salvaguarda de las competencias que las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social, según lo establecido en el reparto competencial de los arts. 148 y 149 CE y en los respectivos estatutos de autonomía. Y es que entre los aspectos discutibles de la reforma organizativa del sistema no solo se encontraban los derivados de su configuración, sino también los derivados de la atribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y las consecuencias que la creación de la Agencia pudiera tener en ese reparto competencial, lo cual determinó la "conveniencia" de dejar constancia expresa de esa salvaguarda[27]. Es decir, el cambio del modelo de gestión institucional pretende consagrar un modelo organizativo diferente, pero ni cuestiona el marco competencial establecido en la Constitución ni supone un reforzamiento de las competencias estatales en materia de Seguridad Social.

3. LAS VENTAJAS DE LA UNIFICACIÓN DEL MODELO ORGÁNICO DE GESTIÓN. ¿SON SUFICIENTES PARA QUE SE MATERIALCE LA CREACIÓN DE LA AGENCIA ESTATAL DE SEGURIDAD SOCIAL?

Con independencia de los avatares y dificultades producidos en el proceso de modificación del modelo de gestión institucional de nuestra Seguridad Social, reflejo de la ausencia de una auténtica voluntad legislativa, política y social por abordar la reforma del mismo, la mayoría de las opiniones coinciden en que, al menos teóricamente, son múltiples los beneficios que derivarían de la unificación de la gestión[28]. Entre ellos se encontrarían: a) la realización del principio de unidad, ya presente en la Ley de Bases de 1963 (base 17, º 69), b) la simplificación y reducción de la complejidad procedimental, al unificarse en una entidad los trámites conducentes al reconocimiento de derechos y al pago de prestaciones, aumentando la rapidez y agilidad de la gestión; c) la contribución a la reducción de los costes derivada de la unificación de estructuras administrativas; etc.

Sin embargo, como ya se ha apuntado, la creación de la Agencia Estatal de la Seguridad Social sigue, de momento, sin concreción real. Algunas voces señalan a finales del año 2022 como horizonte, por fin, para su creación. Pero si analizamos la experiencia y trayectoria seguida en el proceso de reforma del modelo de gestión de nuestra Seguridad Social no es de extrañar que, cuanto menos hayamos de ser cautelosos -hay quienes incluso escépticos- sobre cuándo verá la luz la Agencia o, incluso, si su creación llegará a materializarse (recordemos que la Ley 21/2021 fijaba el plazo de seis

[26] Palomar Olmeda, A.: "La Agencia Estatal de la Administración de Seguridad Social", op. cit. pág. 427.

[27] Cea Ayala, A.: "La nueva organización administrativa de la Seguridad Social española", op. cit. pág. 145. Varias de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley por los grupos parlamentarios nacionalistas ponían de relieve la preocupación por esa posible afectación de las competencias autonómicas en materia de Seguridad Social derivada de la creación de la Agencia (v.gr. enmienda nº 26, presentada por el Grupo parlamentario de Esquerra Republicana de Cataluña; enmienda nº 184 del grupo nacionalista vasco; o enmienda nº 307 de los nacionalistas catalanes).

[28] Villar Cañada, I.M.: "La reforma del modelo de gestión de la Seguridad Social en España. ¿Para qué?, ¿para cuándo?", en AA.VV. (Lozano Ortiz, J.C.): "Sostenibilidad y lucha contra el fraude en la Seguridad Social". Thomson Reuters, Aranzadi. Pamplona, 2014. Pág. 325.

meses desde su entrada en vigor para elaborar el proyecto de Ley, plazo que, una vez más ha resultado incumplido).

Son varias las razones que, desde hace tiempo, se han venido señalando para intentar justificar el retraso reiterado de la reforma en el ámbito de la gestión del sistema.

Así, desde algunos sectores, se apuntó en su momento hacia el proceso de "financiarización" de nuestra Seguridad Social[29], al acercamiento entre la figura de las cuotas y los tributos como causa de la no creación de la Agencia de Seguridad Social. La existencia de la Agencia Tributaria, erigida por la propia doctrina como modelo o referente a seguir en la unificación gestora en el ámbito de la Seguridad Social[30], era vista por algunos como un freno para la creación de la Agencia Estatal de Seguridad Social desde el momento en que podía suponer una limitación de la "hegemonía" de la Agencia Tributaria en la gestión de recursos públicos[31].

No obstante, sin negar la posible influencia que, en momentos concretos, este proceso haya podido tener en la decisión de no acometer el proceso de reforma del modelo orgánico de gestión de nuestra Seguridad Social, pensamos que el alcance de la misma ha sido muy relativo. Y es que la Seguridad Social constituye un ámbito con sustantividad propia, cuya finalidad trasciende la simple recaudación, extendiéndose al otorgamiento de una protección suficiente y adecuada frente a las demandas de la ciudadanía (art. 41 CE) y con entidad suficiente como para limitarse a ocupar un papel secundario respecto al ámbito tributario.

Por otra parte, se ha venido apuntando también como causa del retraso la complejidad del proceso de integración que supondría la creación de la Agencia Estatal de la Seguridad Social. Resulta algo incuestionable las dificultades que han de derivar de la unificación del actual modelo de gestión coordinada en una única y gran entidad gestora[32] y eso pese a que la exclusión de este proceso de integración de las prestaciones por desempleo, supone, evidentemente, una importante simplificación del proceso. La integración de las entidades gestoras y servicios comunes actuales habrá de realizarse de manera progresiva, y habrá de ir dándose adecuada respuesta a los problemas que, fruto de esa integración, sin duda, irán surgiendo en la práctica. Pero a nuestro juicio, esta dificultad no puede justificar que no se acometa el proceso de reforma de un ámbito que adolece de importantes problemas que requieren de una intervención urgente, que se dilata demasiado en el tiempo.

Asimismo, probablemente haya tenido incidencia en el retraso la propia incertidumbre sobre la consecución de los objetivos sobre los que se fundamenta el cambio del modelo de gestión institucional; sobre hasta qué punto, la unificación del mismo va a contribuir a una mejora significativa de la eficacia y la calidad de la gestión que justifique la "utilidad" del cambio. Una incertidumbre derivada en buena medida de las conclusiones recogidas en los informes que fueron elaborados por la Agencia Estatal de Evaluación de las políticas públicas y la calidad de los servicios sobre la actividad desplegada por las Agencias Estatales y sus compromisos para mejorar la calidad de los servicios prestados a la ciudadanía desde su creación en 2006 y durante la primera etapa de la vida de esta figura

[29] Un proceso este que se contempló normativamente de manera expresa en la reforma que la Ley 52/2003, de 10 de diciembre de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social llevó a cabo sobre la LGSS en materia de recaudación. El propio preámbulo de la Ley 52/2003 establecía como uno de sus objetivos "la aproximación de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social a la que rige en el ámbito tributario".

[30] En este sentido Gete Castrillo, P.: "Pluralidad orgánica e integración de funciones…", op cit. págs. 42 y 43 quien, no obstante, apuntaba que, si bien la Agencia Tributaria podía constituir un referente útil, debía serlo como punto de partida, pero nunca de llegada, siendo necesario en el caso de la Agencia de Seguridad Social acentuar una mayor autonomía y mayor garantía de profesionalidad justificada por las peculiaridades del ordenamiento en el que habrá de actuar.

[31] Sempere Navarro, A.V., y Pérez Campos, A.I.: "La TGSS cumple XXV años". *Aranzadi Social*, nº 5, 2003. Págs. 247 y ss.

[32] Estas dificultades fueron puestas de relieve por el profesor De La Villa Gil, L.E.: "Especialidad funcional y autonomía gestora. Las servidumbres de la autonomía gestora de los Servicios Sociales y de la Seguridad Social". *Foro de Seguridad Social*, nº 3, 2001. Pág .36.

organizativa en nuestro ordenamiento jurídico[33]. En ellos se dejaba constancia de que "cambiar la forma de organización de un organismo no garantiza la solución a sus problemas de rendimiento. La autonomía, por sí misma, no ha demostrado ser una condición suficiente para mejorar la gestión de las Agencias Estatales y su rendimiento, sino que para mejorar el desempeño organizacional será necesario incidir, además, en otros factores como fomentar las relaciones de confianza mutua, promover una cultura organizacional estimulante con empleados cualificados, motivados y comprometidos o diseñar estructuras de gobierno apropiadas y con capacidad de gestión".

Pero, más allá de todas estas razones, si hemos de identificar la causa principal de que a día de hoy no se haya acometido la reforma integral del modelo de gestión, sin duda, la misma tiene que ver con la influencia del contexto socio-económico, sus consecuencias en la situación económico-financiera de la Seguridad Social y la incertidumbre sobre la viabilidad futura del sistema. Esta realidad ha venido determinando que las prioridades legislativas para garantizar su sostenibilidad se hayan orientado hacia otros ámbitos (reformas profundas en el régimen jurídico de la pensión contributiva de jubilación, política de reducción de costes del sistema…), obviando u olvidando, de manera a todas luces errónea, la trascendencia que para esa sostenibilidad tiene un modelo de gestión eficaz, eficiente y de calidad como elemento de legitimación del propio sistema de Seguridad Social[34].

4. RETOS PENDIENTES PARA LA AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Pues bien, ante este panorama y en espera de ver si, finalmente, en este nuevo intento legislativo contenido en la Ley 21/2021 se materializa la, tantas veces planteada, unificación del modelo organizativo, pensamos que resulta interesante incidir en el contexto que se encontrará la futura Agencia de Seguridad Social y los retos ante los que se habrá de enfrentar esta nueva macroentidad cuando llegue a ver la luz.

Algunos de estos retos aparecen expresamente contemplados en el Informe del Pacto de Toledo de 2020, siendo intensamente demandados todos ellos, y desde hace tiempo, desde dentro de la propia administración de la Seguridad Social.

- Así ocurre con la necesidad de avanzar en la inversión en recursos humanos. En este sentido, resulta imprescindible mejorar la política de personal, lo que viene constituyendo una reivindicación permanente del personal al servicio de la Administración de la Seguridad Social. Es necesario, pues, reforzar la dotación de las plantillas. Así, como elemento imprescindible para mejorar la actividad gestora y garantizar el carácter público del sistema, resulta conveniente abordar un plan integral de recuperación y renovación de la plantilla de personal al servicio de la Seguridad Social que, de manera "ordenada, paulatina e ininterrumpida" -según se establece de forma expresa en el Pacto de Toledo- permita cubrir el elevado número de plazas que han ido quedando vacantes en las últimas décadas en los diferentes niveles de gestión del sistema de Seguridad Social, con el objetivo de evitar que la pérdida de recursos humanos afecte a la eficiencia, calidad y agilidad del servicio prestado.

- Por otra parte, es esencial también, evidentemente, la inversión en medios materiales, particularmente en recursos electrónicos, en inversión tecnológica, herramientas esenciales en la actuación administrativa, siendo igualmente imprescindible en este ámbito la adecuada formación de las plantillas, suficiente para adaptar los conocimientos jurídicos y administrativos a las TICs.

[33] https://www.mptfp.gob.es/portal/funcionpublica/gobernanza-publica/calidad/informes/agencias.html

[34] Esta falta de interés se refleja asimismo en el tratamiento que la doctrina iuslaboralista viene prestando a las cuestiones relacionadas con la gestión del sistema de Seguridad Social. Y es que el hecho de encontrarnos ante una materia próxima al Derecho Administrativo ha derivado en que este ámbito de la gestión haya sido, y sigua siendo, un gran olvidado por la mayor parte de los/as investigadores/as, siendo escasos los estudios que entran a analizar aspectos relacionados con el modelo institucional de nuestro sistema de Seguridad Social

La Comisión Europea constata expresamente el papel clave de la inteligencia artificial (IA) como instrumento para contribuir a resolver algunos de los principales retos a los que se enfrenta el mundo en la actualidad[35]. Si bien es cierto que el proceso de implementación de TICs en el sector público lleva un ritmo considerablemente más lento que en el ámbito privado, su incorporación a la Administración se ha sustentado sobre la búsqueda de mayores niveles de calidad y eficacia en la actuación administrativa que permita ofrecer una respuesta adecuada a las necesidades y demandas actuales de la ciudadanía[36].

Y es incuestionable, tal y como viene señalando desde su origen el Pacto de Toledo, el potencial de las nuevas tecnologías como instrumento para la mejora de la calidad y eficacia del sistema de SS. Las posibilidades que ofrece la utilización de las herramientas de *big data* resultan claves para contribuir a la consecución del que es el objetivo esencial de nuestro sistema de Seguridad Social, proporcionar una respuesta -protección- suficiente y adecuada frente a las cambiantes situaciones de necesidad de la ciudadanía[37]. Así, un adecuado tratamiento y análisis de datos a través de modelos predictivos, que permita anticipar escenarios futuros, cuantificar sus efectos y actuar sobre los mismos, es clave para la mejora de la gestión del sistema el que se maneja una elevada y compleja cantidad de información, procedente de diversas fuentes, cuya adecuada evaluación es imprescindible[38].

Conscientes de ello, el proceso de digitalización es ya una realidad en la actuación de las entidades gestoras y los servicios comunes en los últimos años. Así el uso de la analítica predictiva en la gestión de los procesos de incapacidad temporal, concretamente en el procedimiento que corresponde realizar a la Inspección Médica del INSS en la revisión de las bajas laborales, en el cual se debe decidir la continuación de la situación de baja de la persona trabajadora o su declaración de alta[39]. O la utilización de herramientas *big data* por la TGSS en la prevención y control del fraude, empleadas para identificar a las empresas con riesgo elevado de entrar en procedimiento concursal en los 5 meses siguientes al inicio de la observación, porcentaje alto de incumplimiento en los casos de solicitud de aplazamientos de cuotas, etc. y así anticiparse a esas situaciones y ejecutar, en su caso, las acciones preventivas que se consideren necesarias[40].

En este sentido, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2022 proyecta la creación de la Agencia Estatal de Administración Digital con el objetivo de dirigir, coordinar y ejecutar el proceso

---

[35] "Inteligencia artificial para Europa". Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 25 de abril de 2018 (COM (2018) 137 final) (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237&from=ES).

[36] En este sentido ya se manifestaba la derogada Ley 30/1992 en cuya Exposición de Motivos se establecía que una respuesta satisfactoria a las necesidades sociales requería de la tecnificación y modernización de la actuación administrativa en su vertiente de producción jurídica y de la "adaptación permanente al ritmo de las innovaciones tecnológicas".
Clara manifestación de esta apuesta por la digitalización de la administración en el ámbito socio-laboral lo constituye el RD-Ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo que, entre otras cuestiones relacionadas con la automatización de la gestión de trabajo y Seguridad Social, viene a modificar el art. 53.1 del RD legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, permitiendo a la Inspección de Trabajo emitir actas de infracción basadas en actuaciones automatizadas.

[37] Villar Cañada, I.M.: "La digitalización y los sistemas de protección social: oportunidades y desafíos". *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF,* nº 459, 2021, pág. 177.

[38] Joyanes Aguilar, L.: *Big Data. Análisis de grandes volúmenes de datos en organizaciones.* Alfaomega. Madrid, 2013.

[39] Un análisis detenido de este empleo de técnicas de analítica predictiva en el INSS en REDONDO RINCÓN, G.: "Las nuevas tecnologías en el control de la incapacidad temporal. La aplicación de la analítica predictiva. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, nº extra 11, 2020.

[40] Un pormenorizado estudio de este empleo de la tecnología *big data* por la TGSS es realizado por Aibar Bernad, J.: "El *big data* y el análisis de datos aplicados por la Tesorería General de la Seguridad Social como medio de lucha contra el fraude en la Seguridad Social. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, nº extra 11, 2020.

de digitalización de todos los organismos públicos. Así, con la misión de mejorar la accesibilidad de los servicios públicos digitales a la ciudadanía, superar la actual brecha digital y favorecer la eficiencia y eficacia de los empleados/as públicos/as, la Agencia se ocupará de prestar apoyo a los distintos departamentos TICs del resto de instituciones públicas y de llevar a cabo las medidas contenidas en el Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas 2021-2025.

Y en este ámbito de la inversión tecnológica, no puede obviarse que ha de ocupar un papel clave la ciberseguridad. Son frecuentes los ataques informáticos que en los últimos tiempos vienen afectando a las Administraciones Públicas. Una realidad esta que momentos como el que estamos viviendo, con la invasión rusa de Ucrania, nos sitúa en un primer plano, pero que trascienden de una coyuntura concreta, constituyendo un problema estructural al que resulta necesario hacer frente, renovando equipos y reforzando las herramientas de seguridad en los sistemas informáticos de la administración.

Nos hallamos, sin duda, ante la que debe constituir una línea prioritaria de actuación en el proyectado nuevo modelo de gestión institucional para cuyo éxito (recuérdese, mejora de la eficacia y eficiencia gestora, mejora de calidad de los servicios, respuestas satisfactorias a las necesidades y demandas sociales), sin duda, resultará imprescindible la adecuada planificación y disposición de los recursos, tanto humanos como materiales, suficientes y adecuados.

- En tercer lugar, y relacionado con lo anterior, resulta clave asimismo la lucha contra el fraude, en cuanto este se configura como un elemento grave de deslegitimación social del sistema (Recomendación 10 Pacto de Toledo 2020) y las herramientas de IA se presentan como un instrumento particularmente útil para el control de las obligaciones en materia de Seguridad Social y el acceso y mantenimiento de las prestaciones[41].

Así pues, resulta imprescindible, sin duda, que la futura Agencia siga avanzando en el aprovechamiento de la potencialidad que en este ámbito tienen las nuevas tecnologías y en la necesaria colaboración interadministrativa con el objetivo de aumentar los recursos del sistema, haciendo aflorar la economía sumergida, perseguir las altas fraudulentas, mejorar los mecanismos de control y seguimiento de las prestaciones…

- Y es que otro ámbito clave para la Agencia Estatal de Seguridad Social ha de ser el de la cooperación entre Administraciones. Como ha quedado expuesto, la Ley 27/2011 prevé que las funciones atribuidas a la Agencia se desarrollarán sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social. La reestructuración y unificación organizativa y la transformación y vertebración territorial han de ser, pues, procesos coincidentes y coordinados para "evitar un modelo de mayor complejidad que la que pretende evitarse"[42].

Resulta imprescindible así, como indica la Comisión del Pacto de Toledo, "una más estrecha y adecuada coordinación entre el sistema de prestaciones de la Seguridad Social y los sistemas asistenciales autonómicos, apostando por el desarrollo de políticas cooperativas que permitan conocer con detalle el destino de las prestaciones y reforzar las mejores prácticas con el propósito de mejorar el grado de cumplimiento de los objetivos perseguidos" (Recomendación 8, Pacto de Toledo 2020).

Una colaboración clave, como se ha apuntado, tanto desde el objetivo del aprovechamiento de la potencialidad de las TICs como para la lucha y control del fraude, cuya consecución exige seguir avanzando por la vía de la "aprobación de planes conjuntos entre Tesorería General de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Servicios Públicos de Empleo, Inspección de

[41] Pérez Marqués, M.: *Big Data. Técnicas, herramientas y aplicaciones.* Alfaomega, Madrid, 2015.
De esta utilidad deja constancia expresa la Asociación Internacional de la Seguridad Social ("Directrices de la AISS sobre los errores, la evasión y el fraude en los sistemas de Seguridad Social", 2019).

[42] Palomar Olmeda, A.: "El modelo de la Seguridad Social en el seno del Estado Autonómico…", op. cit. Págs. 582 y 585.

Trabajo y Seguridad Social, Agencia Estatal de Administración Tributaria, Instituciones Tributarias Forales, organismos autonómicos competentes y Ministerio del Interior, de modo que, en la medida de lo posible, todas estas administraciones puedan cruzar y compartir la información existente en sus bases de datos"[43].

La eventual creación de la Agencia Estatal de Seguridad Social habrá de continuar, por tanto, por esa vía de la colaboración interadministrativa[44] que habrá de ir más allá del mero intercambio de información con otras Administraciones, explorando otros ámbitos como la coordinación de actividades de información y formación, de prevención del fraude, etc.

En definitiva, a la hora de afrontar la creación y regulación de la Agencia resulta esencial no olvidar cuál es el objetivo principal de este proyectado cambio radical del modelo de gestión institucional que tiene más de cuarenta años. Y el mismo no es sino la mejora en la eficacia, eficiencia y calidad del servicio prestado. Si esta finalidad no se plantea como punto de partida y de llegada, corremos el riesgo de que nos encontremos ante un mero cambio de forma, al tiempo que se abrirían todas las dudas sobre la utilidad del mismo y de la indudable inversión inicial necesaria para llevarlo a cabo[45].

5. CONCLUSIONES

Durante las dos últimas décadas, la dialéctica entre un modelo de gestión centralizado en una gran entidad gestora u otro, como el actual, en el que dicha gestión sea asumida por un número limitado de entidades ha sobrevolado las distintas reformas acometidas en el sistema de Seguridad Social. Así, han sido variadas las opiniones sobre la utilidad y la conveniencia de acometer un cambio integral del modelo de gestión institucional del sistema y sobre si esa transformación contribuiría realmente a mejorar la eficacia, eficiencia y calidad de la actuación gestora.

Pese a ello, y a que parece fuera de toda duda que es necesaria una reforma del actual modelo de gestión, que hace aguas, resulta una realidad incuestionable la falta de interés político y social que hasta ahora ha existido en torno a esta reforma del modelo orgánico de gestión de nuestra Seguridad Social, lo que ha determinado que la misma no haya sido abordada de una manera real y adecuada, más allá de meras declaraciones de intenciones. Así, pese a algunos intentos, -más formales que reales- de abordar esta cuestión y a que, como hemos visto, desde el año 2011 está previsto legislativamente el cambio del modelo, las prioridades legislativas, en busca de la garantía de la sostenibilidad del sistema, se han venido orientando hacia otros ámbitos, olvidando, equivocadamente, el ámbito de la gestión.

Resulta necesario revertir esta situación, puesto que de poco sirven las reformas que se lleven a cabo en el sistema si las mismas no van acompañadas de la toma de conciencia sobre la importancia de contar con un modelo de gestión eficaz. Y es que una adecuada gestión se configura, sin duda, como un instrumento clave de confianza en el propio sistema, como factor de legitimidad del mismo frente a la ciudadanía y, por tanto, imprescindible para su mantenimiento y sostenibilidad[46].

---

[43] El intercambio de información entre Administraciones mediante la firma de los correspondientes convenios de colaboración aparece contemplado, con carácter general, en los arts. 47 a 53 de la Ley 40/2015, como instrumento para mejorar la eficiencia en la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios y contribuir a la realización de actividades de utilidad pública.

[44] El RD -ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo, incide en esta línea de la colaboración interadministrativa en el ámbito de la Seguridad Social (intercambio de información, colaboración con la Administración sanitaria…)

[45] El anteproyecto de regulación de la Agencia de 2003, ya estimaba que serían necesarios al menos mil millones de euros con el objeto de afrontar la transformación administrativa que conllevaría la adaptación de oficinas, la compra de material, los cambios de diseño y la adquisición de nuevos inmuebles.

[46] Villar Cañada, I.M.: "La reforma del modelo de gestión de la Seguridad Social en España. ¿Para qué?, ¿para cuándo?", op. cit. Pág. 316.

El objetivo de la mejora de los niveles de eficacia y racionalización en la gestión, presente en los distintos procesos de reforma operados a lo largo del tiempo en el ámbito de la gestión de nuestra Seguridad Social, se encuentra también en la base de la sustitución del modelo actual por otro centralizado en una única macroentidad gestora. Y es que, sin duda, la creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social se presenta como una oportunidad para contribuir a superar los problemas que presenta el actual modelo orgánico y para la modernización de los esquemas de funcionamiento del sistema. Resulta incuestionable que el contexto actual hace necesario replantear algunos de los pilares básicos de la gestión pública. Y no puede pretenderse ofrecer una adecuada respuesta a las necesidades y demandas de la ciudadanía si no se incide de manera profunda en los aspectos organizativos.

A la espera estamos de ver si finalmente se materializa la, tan traída y llevada, creación de la Agencia Estatal para la Administración de la Seguridad Social. Un macroorganismo que se calcula que gestionaría un presupuesto de recaudación en torno a los 125.000 millones de euros, lo que supone más del 10% del Producto Interior Bruto, y que daría ocupación a más de 30.000 empleados/as públicos/as. En palabras del ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, esta creación supondrá una importante reducción de costes, la eliminación de determinados directivos y una mejor gestión de recursos humanos.

En el ámbito sindical, la opinión mayoritaria también es favorable a la creación de la Agencia, considerando que la misma redundaría en una mejora de la eficacia de la Administración, simplificando trámites, contribuyendo a la mejora en la gestión de los recursos humanos y materiales, ahorrando costes y agilizando y fomentando la administración electrónica.

Nos hallamos, indudablemente, ante un proceso complejo y habremos de esperar para ver si la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social ve la luz definitivamente o si, una vez más, la voluntad legislativa queda limitada a una mera declaración de intenciones sin concreción práctica. Y si, finalmente, la transformación del modelo de gestión institucional se lleva a cabo, habrá que ver cómo se instrumentaliza y, de nuevo, esperar un tiempo suficiente para poder valorar de manera adecuada si la misma responde a las necesidades y demandas que la justifican y si con ella se alcanza el objetivo de una mejora de eficacia, eficiencia y calidad de la gestión. El horizonte, pues, se antoja lejano…

6. BIBLIOGRAFÍA

Aibar Bernad, J.: "El big data y el análisis de datos aplicados por la Tesorería General de la Seguridad Social como medio de lucha contra el fraude en la Seguridad Social". Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales, nº extra 11, 2020.

Álvarez Carreño, S.M.: "El proceso de institucionalización de las Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos en España". *Vía Iuris,* nº 7, 2009.

Boto Álvarez, A.: "La agencia como forma organizativa de optimización de servicios públicos. Pasado, presente y futuro en una España en crisis". *Revista Digital de Derecho Administrativo,* nº 13, 2015.

Boto Álvarez, A.: "Las agencias estatales como nuevo modelo organizativo general". *Actualidad jurídica Aranzadi,* nº 726.

Cea Ayala, A.: "La nueva organización administrativa de la Seguridad Social Española". *Actualidad Administrativa*, nº 2, 2012.

Cosculluela Montaner, L.: "Las Agencias Estatales". *Revista Española de Control Externo,* nº 24, 2006.

De La Villa Gil, L.E.: "Especialidad funcional y autonomía gestora. Las servidumbres de la autonomía gestora de los Servicios Sociales y de la Seguridad Social". *Foro de Seguridad Social*, nº 3, 2001.

Gete Castrillo, P: "Pluralidad orgánica e integración de funciones: los límites de la eficiencia gestora en los servicios sociales y de la Seguridad Social". *Foro de Seguridad Social,* nº 3, 2001.

Joyanes Aguilar, L.: Big Data. Análisis de grandes volúmenes de datos en organizaciones. Alfaomega. Madrid, 2013.

Lozano Cutanda, B. y Rey Pinedo, M.: "Recuperación de la figura de las agencias estatales en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021", https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2021/01/Recuperacio%CC%81n_agencias_estatales.pdf

Palomar Olmeda, A.: "EL modelo de la Seguridad Social en el seno del Estado Autonómico: las consecuencias de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 1996. *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1997.

Palomar Olmeda, A.: "La Agencia Estatal de la Administración de Seguridad Social", en AA.VV. (García Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R. dirs.): "La reforma de la Seguridad Social 2011". Lex Nova. Valladolid, 2011.

Pérez Gálvez, J.F.: *Las Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos.* Comares. Granada, 2007.

Pérez Marqués, M.: *Big Data. Técnicas, herramientas y aplicaciones.* Alfaomega, Madrid, 2015.

Redondo Rincón, G.: "Las nuevas tecnologías en el control de la incapacidad temporal. La aplicación de la analítica predictiva". *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, nº extra 11, 2020.

Rodríguez Ramos, M.J., Gorelli Hernández, J. y Vilchez Porras, M.: *Sistema de Seguridad Social*. Tecnos. Madrid, 2000.

Salvador Armendáriz, M.A.: "Modelo de administración institucional en la Ley de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos", en AA.VV.: *Organización y procedimientos administrativos. Libro Homenaje al profesor Francisco González Navarro.* Aranzadi, Pamplona, 2007.

Sempere Navarro, A.V., y Pérez Campos, A.I.: "La TGSS cumple XXV años". *Aranzadi Social*, nº 5, 2003.

Villar Cañada, I.M.: "La reforma del modelo de gestión de la Seguridad Social en España. ¿Para qué?, ¿para cuándo?", en AA.VV. (Lozano Ortiz, J.C.): *Sostenibilidad y lucha contra el fraude en la Seguridad Social*. Thomson Reuters, Aranzadi. Pamplona, 2014.

Villar Cañada, I.M.: "La digitalización y los sistemas de protección social: oportunidades y desafíos". *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 459, 2021.

nº 33 (4º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El Ingreso Mínimo Vital y el desafío de la inserción Socio-Laboral

The Minimum Vital Income and the challenge of Social-Labor insertion

Matthieu Chabannes
Profesor e Investigador Predoctoral Contratado (FPU) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-9295-923X

Cita Sugerida: CHABANNES, M.: «El Ingreso Mínimo Vital y el desafío de la inserción sociolaboral». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 33 (2022): 81-96

Resumen

Uno de los mayores desafíos al que se enfrenta el Ingreso Mínimo Vital guarda relación con su impacto en el mercado de trabajo. La prestación atiende a la necesidad de garantizar un nivel básico de ingresos a los hogares, y tiene entre sus principales objetivos la reducción de la pobreza. No obstante, más allá de la prestación económica, la atención integral de las personas más vulnerables requiere de un conjunto de políticas estratégicas que permitan su plena inclusión social y laboral en la sociedad. Teniendo en cuenta la envergadura del reto, el legislador ha desarrollado reglamentariamente unos proyectos de itinerarios de inclusión con los agentes sociales, un Sello de Inclusión social para las empresas, así como un incentivo al empleo para los perceptores de la prestación, que nos proponemos analizar en el presente artículo.

Abstract

One of the biggest challenges facing the Minimum Life Income is related to its impact on the labour market. The benefit responds to the need to ensure a basic level of income for households, and has poverty reduction as one of its main objectives. However, beyond economic provision, comprehensive care for the most vulnerable requires a set of strategic policies that allow their full social and labour inclusion in society. Taking into account the scale of the challenge, the legislator has developed draft inclusion itineraries with the social partners, a Social Inclusion Label for companies, as well as an incentive to employment for recipients of the benefit, which we propose to analyze in this article.

Palabras clave

Ingreso Mínimo Vital; inserción sociolaboral; itinerarios de inclusión; sello de inclusión; incentivo al empleo

Keywords

Minimum Life Income; socio-labor insertion; inclusion itineraries; inclusion stamp; incentive to employment

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Los altos niveles de pobreza y exclusión social de España, agravados por la crisis socioeconómica derivada de la emergencia sanitaria COVID-19, llevaron a nuestro Gobierno a aprobar con cierta urgencia, a través del RDL 20/2020, de 29 de mayo, una nueva prestación económica de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva: el Ingreso Mínimo Vital (IMV). No obstante, la implementación del IMV no ha estado exenta de dificultades. La primera versión de la norma encerraba defectos en su regulación, suscitando críticas por parte de la doctrina y de los propios beneficiarios[1]. Como dice el proverbio: "las prisas nunca son buenas". Buena prueba de ello es que, durante su primer año de vigencia, el RDL 20/2020 fue objeto de hasta siete modificaciones antes de ser convertido, tras su larga tramitación parlamentaria, como proyecto de ley, en la Ley 19/2021,

[1] Sobre esta cuestión, véase Pérez del Prado, D.: "Funciones y disfunciones del Ingreso Mínimo Vital", en VV.AA. (Ortiz Castillo, F. Dir.): *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la AESSS*, Murcia, Laborum, 2021, pp. 951-966.

Fecha Recepción: 17/10/2022 - Fecha Revisión: 27/11/2022 - Fecha Aceptación: 28/11/2022
Pags. 81-96

de 20 de diciembre, por la que se establece el IMV[2]. La mayoría de las modificaciones trataron de mejorar su cobertura tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Así, entre las últimas mejoras introducidas en el régimen jurídico encontramos el complemento de ayuda a la infancia; la ampliación de la cobertura de colectivos especialmente vulnerables; la reducción del plazo de antigüedad de la unidad de convivencia, etc. Lo cierto es que pocas prestaciones de nuestro sistema de Seguridad Social habrán conocido tantos vaivenes por parte del legislador en tan poco tiempo[3].

Además, hasta el momento, el diseño del IMV no ha terminado de perfeccionarse. No todas las disposiciones establecidas en el RDL 20/2020 fueron objeto de desarrollo en el momento de su aprobación. Así, durante más de dos años, la aplicación de la norma fue parcial porque el legislador dejó varios aspectos muy importantes pendientes de concretar con posteriores desarrollos reglamentarios. Alguna de estas previsiones esenciales eran los mecanismos e incentivos para mejorar el acceso y consolidación de los beneficiarios del IMV en el mercado laboral[4]. Una política estratégica central en el diseño del IMV. Y ello porque, si bien el IMV se establece como una prestación suelo para garantizar un nivel básico de suficiencia económica, el espíritu esencial de la norma va más allá de la prestación monetaria y debe servir de trampolín para facilitar el tránsito de un estado de pobreza y exclusión hacia una situación que permita a las personas desenvolverse mejor en la sociedad[5]. Se trata de evitar que sus beneficiarios queden estancados en una situación de dependencia permanente con el sistema de protección social y que su estado de exclusión se cronifique en el tiempo[6].

Así, uno de los mayores desafíos al que se enfrenta el IMV guarda relación con su impacto en el mercado de trabajo. Entre las críticas más recurrentes que recibe este tipo de prestación es su efecto perverso para desincentivar la búsqueda de empleo o incentivar el trabajo en la economía sumergida. Estas son las creencias según las cuales, por un lado, al percibir una renta mínima, se corre el riesgo de que los beneficiarios pierdan interés por encontrar empleo y salir de su situación de pobreza o que, por otro lado, al encontrar un empleo, las personas beneficiarias prefieran mantenerlo en la economía

[2] Las distintas modificaciones fueron introducidas a través del RDL 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo (DF 5); RDL 28/2020, de 22 de septiembre, por el que se regula el trabajo a distancia (DA 11a); RDL 30/2020, de 29 septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo (DF 5a); RDL 35/2020, de 22 diciembre (DF 5a); Resolución de 16/12/2020, de la Intervención General de la Administración del Estado (BOE núm. 330, de 19 diciembre de 2020); RDL 3/2021, 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 (art. 3); Ley 10/2021, de 9 de julio, sobre trabajo a distancia, que convalida el RDL 28/2020 (DA 11a y DT 5a).

[3] Sobre las sucesivas modificaciones, véase Rodríguez Iniesta, G.: "El ingreso mínimo vital un año después de su implantación en España", en VV.AA.: *A proteçao social na encruzihada: Anais da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. XI Congresso Internacional de Direito do Trabalho 2021*, Benítez Sierra, E.M. y Nahas T.C. (Dirs.), Sao Paulo, Lex Editora, 2021, pp. 43-60; Macías García, Mª C.: "El ingreso mínimo vital y los vaivenes del legislador", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº5, 2022, pp. 205-223.

[4] Al respecto Trillo García, A.R.: "La gestión del Ingreso Mínimo Vital. Algunas cuestiones sobre su problemática" explica que: "Probablemente la imperiosa necesidad de poner en marcha la prestación ante las circunstancias sociales concurrentes en plena crisis sanitaria ha provocado que se haya incurrido en no pocos defectos técnicos. En este sentido, la urgencia con la que se reguló la prestación determinó que en gran medida se delegara en un eventual desarrollo reglamentario gran parte del régimen jurídico de la prestación lo que aún no se ha producido como tampoco se ha tramitado como ley con la urgencia requerida y deseable. Estos condicionamientos han hecho necesario que la falta de desarrollo reglamentario y que algunas deficiencias normativas se hayan paliado mediante sucesivas reformas a través del instrumento normativo del Real Decreto-Ley. Por otra parte, la situación de emergencia ha provocado que la prestación se limite a la gestión de la prestación prescindiéndose de armar las estrategias de inclusión de los beneficiarios.", en VV.AA.: *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la AESSS*, Ortiz Castillo, F. (Dir.), Murcia, Laborum, 2021, p. 1248.

[5] García Murcia, J.: "El ingreso mínimo vital en España: caracterización general y algunos puntos críticos", en VV.AA.: *El ingreso mínimo vital en el sistema español de protección social*, García Murcia, J. (Dir.), Oviedo, KRK Ediciones, 2022, p. 27.

[6] Monereo Pérez, J.L.: "El Derecho Social al Ingreso Mínimo Vital", *Temas Laborales*, nº158, 2021, p. 52.

informal para no perder o ver reducir la prestación. Este fenómeno es lo que los expertos llaman "la trampa de pobreza". Sin entrar en el centro del debate, creemos que estas afirmaciones solo sirven para estigmatizar las rentas mínimas y a sus beneficiarios que en ocasiones son considerados personas pasivas y dependientes de las prestaciones no contributivas. Además, por las cuantías garantizadas del IMV, tampoco creemos que la prestación sea por sí mismo un desincentivo suficiente a la incorporación en el mercado laboral[7].

En cualquier caso, con el fin de disuadir de la posibilidad de que se den abusos y fomentar la inclusión, el legislador ha puesto en marcha una política estratégica a través del desarrollo reglamentario de varios mecanismos para conseguir la integración y/o consolidación en el mercado laboral de los beneficiarios del IMV. Por un lado, en el marco del RD 938/2021, de 26 de octubre y RD 378/2022, de 17 de mayo, el gobierno impulsa proyectos piloto implementados por Comunidades Autónomas, entidades locales y del Tercer Sector para el despliegue de itinerarios de inclusión sociolaboral vinculados al IMV. Por otro lado, para responder al mandato de la Disposición Adicional primera de la Ley 19/2021, el legislador ha regulado mediante el RD 636/2022, de 26 de julio, el Sello de Inclusión Social para las empresas y entidades que contratan a los beneficiarios del IMV. Por último, conforme a lo previsto en el artículo 11.4 de la Ley 19/2021, y cumpliendo además con uno de los hitos de reforma del Componente 22 del Plan de Recuperación y Resiliencia, el Consejo de Ministros aprobó el RD 789/2022, de 27 de septiembre, por el que se regula la compatibilidad del IMV con los ingresos procedentes de rentas del trabajo por cuenta ajena o propia. En este sentido, el presente artículo tiene como principal objetivo el estudio de las tres principales medidas articuladas en torno al IMV para superar el desafío de conseguir la inclusión sociolaboral de sus perceptores.

2. LOS ITINERARIOS DE INSERCIÓN SOCIOLABORAL CON COLABORACIÓN CON LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS, ENTIDADES LOCALES Y ENTIDADES DEL TERCER SECTOR

La Ley 19/2021 incluye en su articulado la obligación de llevar a cabo estrategias de inclusión dirigidas a las personas beneficiarias del IMV, mediante la alianza, entre otros, con otras administraciones autonómicas y municipales, así como con entidades del tercer sector. Por otro lado, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el Componente 23 "Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e incluso" contiene entre las inversiones previstas el hito 7 "Fomento del Crecimiento Inclusivo mediante la vinculación de las políticas de inclusión sociolaboral al IMV". Para alcanzar dicho objetivo, se ha planteado, entre otros, el desarrollo de proyectos piloto para la puesta en marcha de itinerarios de inclusión social con las Comunidades Autónomas, entidades locales, entidades del Tercer Sector de acción social, así como con todos los demás agentes sociales que, por su mayor cercanía al ciudadano, juegan un papel decisivo para el despliegue de itinerarios.

Así, a través el RD 938/2021, de 26 de octubre[8] y RD 378/2022[9], el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones ha regulado la concesión directa de subvenciones para la realización

[7] En este mismo sentido, García Murcia, J. afirma que "por la cuantía que puede alcanzar, (…) es bastante improbable que reste por sí mismo incentivos para la incorporación de las personas al mercado de trabajo y al sistema productivo. Más bien puede actuar como un remedio coyuntural de situaciones extremas de necesidad, aunque no haya que descartar del todo que también sirva como un pequeño soporte para permitir la creación de las condiciones adecuadas para el acceso a aquellas otras fuentes de ingresos más productivas y más habituales en la sociedad de nuestros días.", en VV.AA.: *El ingreso mínimo vital…, Op. Cit,* pp. 28-29.

[8] Real Decreto 938/2021, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en el ámbito de la inclusión social, por un importe de 109.787.404 euros, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. BOE núm. 257, de 27 de octubre de 2021.

[9] Real Decreto 378/2022, de 17 de mayo, por el que se regula la concesión directa de subvenciones del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en el ámbito de la inclusión social, por un importe de 102.036.066 euros, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. BOE núm. 118, de 18 de mayo de 2022.

de proyectos piloto para el desarrollo de itinerarios de inclusión vinculados al IMV. Esta financiación va a cargo de los fondos europeos *Next generation* (298 millones de euros). Hasta la fecha, se firmó un total de 34 convenios, superando ampliamente el compromiso acordado con las instituciones europeas de tener firmados para el 2023, al menos, dieciocho convenios. En concreto, los proyectos piloto se desarrollarán en:

- Diecisiete Comunidades Autónomas y las dos ciudades autónomas Ceuta y Melilla.
- Cuatro ayuntamientos: Barcelona, Madrid, Santander y Sevilla.
- Catorce entidades del tercer sector: Cáritas, CEPAIM, Cruz Roja, EAPN, Hogar Sí, Save the Children, etc.

Número total de proyectos por territorio y de beneficiarios[10]

COMUNIDAD AUTÓNOMA	NÚMERO TOTAL DE PROYECTOS	BENEFICIARIOS DIRECTOS	TOTAL DE BENEFICIARIOS
Andalucía	12	16.408	37.246
Aragón	5	2.561	5.813
Asturias	5	3.859	8.760
Illes Balears	4	1.235	2.803
Canarias	5	3.989	9.055
Cantabria	2	1.418	3.219
Castilla y León	5	1.421	3.226
Castilla La Mancha	6	3.511	7.970
Cataluña	8	11.907	27.029
Comunitat Valenciana	7	11.465	26.026
Extremadura	6	2.995	6.799
Galicia	9	6.647	15.089
Comunidad de Madrid	11	4.576	10.388
Región de Murcia	9	2.663	6.045
Comunidad Foral de Navarra	4	10.928	24.807
País Vasco	4	1.084	2.461
La Rioja	5	1.587	3.602
Ciudad Autónoma de Ceuta	3	1.470	3.337
Ciudad Autónoma de Melilla	2	1.446	3.282

Hemos de subrayar que, en su gran mayoría, las personas beneficiarias de rentas mínimas no solamente tienen dificultades de inserción sociolaboral por disponer de recursos económicos insuficientes, sino también por presentar un perfil con baja empleabilidad. Esto se debe, entre otros factores, a que gran parte del colectivo cuenta con un nivel educativo y de formación muy bajo. Según el último Informe de Rentas Mínimas en España, entre sus perceptores, el 45,55% no tiene estudios o solo tiene estudios primarios, el 23,30% alcanzó la Educación Segundaria Obligatoria (ESO), el 12,82% cuenta con estudios de Bachillerato o Formación Profesional de grado medio y, por último, sólo el 5,75% tiene estudios de Formación Profesional de grado superior o universitarios[11]. En este mismo sentido, según los datos de la última Encuesta de Condiciones de Vida, el 38,4% de la población que ha alcanzado un nivel de formación hasta la ESO, estaba en situación de pobreza, mientras que dicho porcentaje se reducía hasta un 14,9% para las personas que cuentan con estudios

[10] Elaboración propia a partir de la suma de los dos Reales Decretos.

[11] Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, *El Sistema Público de Servicios Social. Informe de Rentas Mínimas de Inserción - año 2020*, 2021. p. 170.

superiores[12]. No obstante, la EAPN alerta de que la tasa de pobreza entre el colectivo de personas con estudios superiores es la que más ha incrementado proporcionalmente según el nivel de formación[13]. Estos datos confirman la correlación que existe entre la situación de vulnerabilidad y el nivel de estudios, de tal manera que, cuanto menor sea el nivel educativo alcanzado, mayor es el riesgo de exclusión sociolaboral y pobreza.

Pero el problema es mucho más que educativo. Como consecuencia de sus carencias formativas y baja empleabilidad, los perceptores de una renta mínima están más expuestos a integrarse en un mercado laboral que les ofrece escasas posibilidades, con un empleo poco cualificado, inestable y con unas condiciones precarias que difícilmente les permita salir de su situación de manera permanente. Por eso, salir de la pobreza y precariedad depende de la posibilidad de encontrar un trabajo, pero no cualquier trabajo. En efecto, según el INE, el 17,9% de los ocupados se encuentran en situación de riesgo de pobreza o exclusión social. Por su parte, el último Informe de la EAPN dibuja un nuevo perfil de pobreza que ya no se define solamente por encontrarse en una situación de desempleo de larga duración y/o tener un bajo nivel educativo, sino que pone de manifiesto que, en los últimos años, se ha incrementado el número de personas pobres con empleo, pasando de un 11,7% en 2013 a un 14,3% en 2021[14]. La realidad de estos datos parece indicar que encontrar cualquier trabajo ya no constituye una condición suficiente para garantizar la ausencia de pobreza o de exclusión social. Es lo que se conoce como la figura del "trabajador pobre", es decir, una persona que, a pesar de tener un trabajo, por sus condiciones personales y/o familiares, no consigue atender sus necesidades básicas. Una explicación vendría dada por los cambios acaecidos en las reformas acaecidas durante los años más duros de la crisis financiera de 2008; el aumento de la población ocupada a tiempo parcial; la reducción del valor del trabajo y la reducción en el tiempo de duración de los contratos. En este sentido, a nuestro entender, un posible desincentivo a la inserción laboral no vendría dado por la percepción en sí de una renta mínima, sino por el estado de salud del mercado laboral y la calidad de los empleos ofrecidos. El trabajo, y concretamente el trabajo decente, es el único que dignifica a las personas y otorga libertad. Evidentemente, el IMV no está diseñado para solucionar el problema de la precariedad laboral, pero al permitir la compatibilidad de la prestación con las rentas de trabajo se erige como una red que proporciona unos ingresos complementarios que permitan al trabajador pobre cubrir las necesidades básicas cuando no pueda hacerlo mediante las percepciones salariales[15]. Al respecto, cabe resaltar que el legislador es consciente de los grandes retos presentes y futuros a los que se enfrenta nuestro mercado de trabajo, puesto que reconoce el papel importante que el IMV puede desempeñar como "seguro colectivo" ante "carreras laborales más inciertas (…), transformaciones económicas asociadas a la robotización o el cambio climático, y en general una mayor volatilidad en los ingresos y los empleos, problemas a los que casi nadie será inmune, pero que afectarán especialmente a los grupos sociales más vulnerables"[16]. Ante este diagnóstico, a través de nuestro sistema de protección social, el Estado aparece como garantista de una renta mínima para esclarecer las zonas más sombrías de nuestro mercado de trabajo[17].

[12] Instituto Nacional de Estadísticas, *Encuesta de Condiciones de Vida. (ECV). Año 2021*, 2022.

[13] European Anti-Poverty Network, *XII Informe: El Estado de la pobreza en España. Seguimiento de los indicadores de la Agenda UE 2030. 2015-2021*, EAPN España, 2022, p.56

[14] *Ibidem*, pp. 46 y ss.

[15] En este mismo sentido, Monereo Pérez, J.L.: "es importante subrayar que su objetivo típico no se limita a la cobertura de las situaciones de "indigencia" (objetivo tradicional de la "beneficencia pública"), sino mucho más ampliamente -y con una nueva visión de los derechos sociales a proteger- a la protección de las situaciones de pobreza - absoluta y relativa- y las situaciones de exclusión social vinculadas a la falta (desempleo) o deficiencia (trabajadores "pobres" o "precarios") del trabajo profesional.", en "El Derecho Social al Ingreso Mínimo Vital", *Op. Cit.,* p. 60.

[16] Párrafo 3 de la Exposición de Motivos de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre.

[17] Al respecto García Murcia, J. se muestra escéptico ante la capacidad del IMV para corregir "todos los desafíos que el legislador ha querido poner de relieve a la hora de avalar su implantación y regulación. No parece, por decirlo de manera más clara, que el IMV sea capaz de neutralizar o ni siquiera de paliar los efectos de las "transformaciones económicas asociadas a la robotización o el cambio climático", y mucho menos que atesore suficiente potencia como para subsanar los defectos de cobertura que pudiera acusar el sistema de seguridad social como consecuencia

En estos términos, parece que el perfil de la pobreza está cambiando. Si bien alcanzar un buen nivel educativo o tener un trabajo siguen siendo factores de protección, ya no constituyen en todos los casos garantías suficientes para evitar la exclusión. En cualquier caso, los beneficiarios del IMV están más expuestos al desempleo y a la precariedad del mercado laboral. En este sentido, no cabe la menor duda de que el proceso de inclusión pasa innegablemente por una mejora de la formación de estas personas. Un elemento básico clave para facilitar el proceso de inserción laboral. Con este fin, es preciso que los itinerarios de inclusión se adapten a las necesidades de formación de las personas. Incluso se debe llevar a cabo procesos "preformativos" antes de apoyar la inserción laboral para que las personas adquieran las habilidades, competencias y conocimientos básicos imprescindibles. Y ello porque en muchos casos la falta de habilidades básicas (como los conocimientos del idioma, por ejemplo) representa un obstáculo abrumador que finalmente empuja a los adultos en edad laboral a la inactividad[18]. Por lo tanto, las políticas estratégicas de inclusión dentro del marco del IMV deben centrarse en los itinerarios de formación y de activación laboral como un resultado principal. En numerosos casos, los beneficiarios de rentas mínimas se encuentran en situación de vulnerabilidad debida, entre otras razones, a un bajo nivel educativo y formativo, precariedad laboral, desconocimiento de la lengua, falta de motivación, etc. Muchos de los beneficiarios en edad laboral no disponen de las competencias y cualificaciones que les permitan aprovechar algunas oportunidades de empleo e incluso de la formación para lograrlo. De ahí la necesidad incluso de trabajar la adquisición de habilidades prelaborales y laborales. El riesgo de pobreza se reducirá de manera más eficaz a medida que las personas están mejor formadas para poder optar a mayores y mejores oportunidades laborales.

Ello constituye uno de los mayores retos que presenta las políticas estratégicas complementarias del IMV[19]. Para este trabajo nos hemos acercado a los convenios suscritos con las Comunidades Autónomas, los Ayuntamientos y las entidades del Tercer Sector con el fin de analizar los proyectos de itinerarios de inclusión sociolaboral que se desarrollarán durante los próximos años en nuestro país.

Pues bien, en líneas generales, se aprecia como todos los proyectos se focalizan en reducir las vulnerabilidades de los hogares perceptores del IMV, incidiendo en diversos ámbitos relevantes, entre los que podemos destacar la educación, el acompañamiento social, la salud, las competencias digitales o el empleo, etc. La gran mayoría de los proyectos parten de la base de realizar un diagnóstico de vulnerabilidad para detectar su origen (ámbito educativo, familiar, salud, laboral), y elaborar un plan personalizado de intervención para combatir la causa de su exclusión sociolaboral. Así, algunos

de la existencia de "carreras laborales más inciertas" o de la "mayor volatilidad en los ingresos y los empleos", en VV.AA.: *El ingreso mínimo vital en el sistema español de protección social*, Op. Cit., p. 14.

[18] En este mismo sentido, Quintanilla Navarro, R.Y.: "La vulnerabilidad económica y la exclusión social como riesgo social específico protegido por el sistema de Seguridad Social", afirma que "El excluido social sufre enormes dificultades para entrar y mantenerse en el mundo de las relaciones laborales ante su falta de educación, de formación o de adaptación profesional, o, en ocasiones, porque la propia desmotivación personal o su ignorancia de las reglas sociales y laborales más elementales le avocan al fracaso. Ese fracaso en su intento por entrar o mantenerse en el mercado laboral conllevará frecuentemente el aislamiento de esa persona respecto de su participación social y profesional, en definitiva, su exclusión social." en VV.AA.: *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la AESSS*, Ortiz Castillo, F. (Dir.), Murcia, Laborum, 2021, p. 791.

[19] En este mismo sentido, López Ahumada, J.E.: "Ingreso mínimo vital y protección no contributiva del sistema público de Seguridad Social", recalca la importancia de "potenciar aún más la inserción laboral en la ordenación del IMV. Esta afirmación contrasta con las previsiones contempladas generalmente en las rentas mínimas de inserción autonómicas. Sin duda, el estímulo de nuevos mecanismos de inserción laboral y social de los beneficiarios de la renta mínima vital es esencial. Especialmente se debería fomentar la previsión de algunos itinerarios de inserción, dando una gran importancia a la formación, al ser este un aspecto clave en la reconversión profesional, influyendo decisivamente en las posibilidades de empleabilidad futura. Y todo ello como una previsión que permite favorecer la incorporación de estos colectivos al mercado de trabajo. Se daría, pues, una protección adicional a las personas beneficiarias del IMV", en VV.AA.: *El ingreso mínimo vital en el sistema español de protección social*, García Murcia, J. (Dir.), Oviedo, KRK Ediciones, 2022, pp. 268-269.

requerirán medidas para acceder a bienes y servicios básicos, y otras medidas en materia de educación, salud o laborales. Con independencia de la naturaleza del proyecto, el objetivo compartido por todos es el desarrollo de políticas activas para fomentar la inclusión social y evaluar de manera rigurosa su eficacia antes de ser implantadas a nivel nacional. En efecto, como hemos puesto de relieve, el aumento de la efectividad del IMV a través de las políticas de inclusión pasa necesariamente por el abordaje de retos intermedios como el desarrollo de itinerarios de inclusión que constituyen un aspecto clave para que la prestación no se perciba como "un fin en sí misma", sino una prestación transitoria que viene acompañada de políticas estratégicas que faciliten la salida de sus beneficiarios hacia una situación mejor.

Pues bien, centrándonos en las acciones de inserción laboral, la gran mayoría parten de la necesidad de elaborar un itinerario individualizado de inclusión orientado al empleo con el fin de que la persona mejore sus habilidades y competencias y a la postre, encuentre un empleo acorde a sus circunstancias y capacidades. Así, encontramos una variedad de planes que incluyen acciones de motivación y concienciación, acciones de orientación laboral, acciones formativas para la adquisición de habilidades y competencias básicas, así como acciones profesionales mediante prácticas en empresas.

Así, a modo ilustrativo, el Ayuntamiento de Barcelona desplegará diversos módulos de formación con actividades destinadas a fortalecer capacidades y habilidades socioeducativas mediante certificaciones de idiomas, alfabetización digital, cursos de educación económica, o formación para ayudar a la preparación de pruebas de acceso a estudios posobligatorios o formación ocupacional. Por otro lado, promoverá acciones de participación comunitaria a fin de promover la participación de los beneficiarios en actividades que vinculen sus necesidades y demandas en proyectos de interés común que sean positivos para las entidades comunitarias y asociativas.

Los convenios suscritos con la Comunidad Autónoma del País Vasco[20] o con el Ayuntamiento de Santander[21] ponen el acento en el desarrollo personal y la formación profesional para facilitar la contratación del beneficiario mediante la experiencia laboral. Así, ofertan diversos módulos formativos que se dividen en varios perfiles como ayudante de cocina, camarero y auxiliar de limpieza civil, así como atención y cuidados para personas de tercera edad y/o dependientes. Una vez superada la formación teórica, se pretende poner en práctica los conocimientos adquiridos a través de la realización de prácticas en empresa. Por último, se promoverá el incentivo a la contratación para las empresas de los sectores formativos mediante un proceso selectivo en el que se intentará contratar al mayor número de personas posible.

Por su parte, los proyectos de Asturias[22] y READLAB Canarias[23] persiguen la inclusión sociolaboral poniendo el foco sobre la reducción del analfabetismo y brecha digital mediante itinerarios formativos para adquirir habilidades con las nuevas tecnologías, la entrega de equipos

[20] Resolución de 21 de enero de 2022, de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social, por la que se publica el Convenio con la Comunidad Autónoma del País Vasco, para la realización de un proyecto para la inclusión social en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. BOE núm. 26, de 31 de enero de 2022.

[21] Resolución de 29 de septiembre de 2022, de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social, por la que se publica el Convenio con el Ayuntamiento de Santander, para la realización de un proyecto para la inclusión social en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. BOE núm. 241, de 7 de octubre de 2022.

[22] Resolución de 21 de enero de 2022, de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social, por la que se publica el Convenio con el Principado de Asturias, para la realización de un proyecto para la inclusión social en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. BOE núm. 27, de 1 de febrero de 2022.

[23] Resolución de 30 de agosto de 2022, de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social, por la que se publica el Convenio con la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social de Canarias, para la realización de un proyecto para la inclusión social en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. BOE núm. 222, de 15 de septiembre de 2022.

electrónicos y/o conexión a Internet para así poner en práctica los conocimientos adquiridos durante los módulos de formación y optimizar la búsqueda activa de empleo.

Por último, otros centran su marco estratégico de actuación en un colectivo específico como el proyecto de la Comunidad de Madrid[24] o de la Fundación Ayuda en Acción,[25] que tienen como objetivo principal la generación de itinerarios de mejora de la empleabilidad y emprendimiento en la transición educación-trabajo de la población adolescente en situación de abandono escolar para el caso de Madrid o en riesgo de exclusión social para los matriculados en centros educativos de Formación Profesional de las Comunidades Autónomas de Extremadura, Andalucía y Galicia para el caso de la Fundación.

3. EL SELLO DE INCLUSIÓN SOCIAL PARA LAS EMPRESAS

Como complemento a la medida anterior, el legislador busca reforzar la cooperación del sector privado para impulsar la inclusión social y profesional de los beneficiarios del IMV. Para ello, se aprobó el Real Decreto 636/2022, de 26 de julio, que regula reglamentariamente el Sello de Inclusión Social[26]. Esta medida da respuesta a la disposición adicional primera de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre y cumple, además, con la inversión 7 del Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

El Sello de Inclusión Social es un distintivo público que persigue el fomento de la colaboración público-privada mediante el reconocimiento otorgado a las actuaciones desarrolladas por empresas y entidades que dan una oportunidad para que las personas beneficiarias del IMV transiten desde una situación de riesgo de pobreza y exclusión hacia la inclusión y participación activa en la sociedad. Concretamente, el Sello podrá concederse a entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas, empresas privadas, trabajados por cuenta propia y fundaciones que contribuyan a la creación de una sociedad más inclusiva, justa e igualitaria. En función del ámbito de intervención en el que la entidad lleve a cabo sus actuaciones, se establece varios tipos de sellos. Son los siguientes[27]:

- Acceso a bienes y servicios: para aquellas empresas y entidades que faciliten que las personas beneficiarias del IMV tengan el acceso a bienes y servicios básicos.
- Apoyo a la infancia y adolescencia: para aquellas empresas y entidades cuyas actuaciones mejoran las oportunidades de los niños y adolescentes en situación de pobreza, permitiéndoles desarrollarse en entornos seguros o aumentando las capacidades de la comunidad educativa.
- Digitalización: para aquellas empresas y entidades cuyas actuaciones faciliten el acceso y uso de las nuevas tecnologías y la mejora de las competencias digitales de los perceptores de la prestación.
- Inserción sociolaboral: Este tipo de Sello reconoce las empresas y entidades que desarrollan actuaciones dirigidas a facilitar el acceso al mercado laboral de las personas beneficiarias del IMV ofreciendo cursos de formación y/o puestos de trabajo.

[24] Resolución de 20 de septiembre de 2022, de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social, por la que se publica el Convenio con la Comunidad de Madrid, para la realización de un proyecto para la inclusión social en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. BOE núm. 232, de 27 de septiembre de 2022.

[25] Resolución de 5 de septiembre de 2022, de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social, por la que se publica el Convenio con la Fundación Ayuda en Acción, para la realización de un proyecto para la inclusión social en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. BOE núm. 223, de 16 de septiembre de 2022.

[26] Real Decreto 636/2022, de 26 de julio, por el que se regula el Sello de Inclusión Social. BOE núm. 179, de 27 de julio de 2022.

[27] Art. 4 del RD 636/2022, de 26 de julio.

- Otros: se reconoce a aquellas empresas y entidades que desarrollen cualquier otra actuación que no se encuentre en las categorías anteriores, pero que mejora las habilidades personales y sociales, la educación financiera y/o reduce la pobreza energética.

Cabe precisar que las diferentes tipologías del Sello no son excluyentes entre sí, sino que una empresa puede solicitar y obtener varias a la vez en función de la o las acciones desarrolladas. Ello nos recuerda el carácter multidimensional y multifactorial de las situaciones de exclusión[28]. No estamos ante una situación causada únicamente por una falta de recursos económicos, de vivienda, de formación educativa o de empleo, sino que, generalmente, varías o todas esas áreas se ven afectadas[29]. Bien es cierto que algunas de las esferas vitales de las personas, como la activación laboral, son fundamentales para el proceso de inclusión[30]. No obstante, no es menos cierto que, en las situaciones de exclusión más severas, solamente constituyen una respuesta parcial al problema. En este sentido, resulta primordial mejorar cada una de las dimensiones para cubrir integralmente las necesidades de las personas.

Para optar a dicho distintivo, las empresas tienen que cumplir determinados requisitos, entre los que podemos destacar: ejercer una actividad en territorio español, desarrollar medidas de inclusión social, estar al corriente de las obligaciones tributarias y en materia de Seguridad Social, no haber sido sancionadas, disponer de un plan de igualdad de género, etc. La solicitud se realiza a través de la sede electrónica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, cumplimentando los formularios pertinentes y deberá acompañarse de la memoria de actividades o plan de actuación según proceda, los certificados de cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social, y de diversas declaraciones responsables[31].

Antes de su desarrollo reglamentario, podríamos pensar que la concesión del Sello vendría acompañada de una política de incentivos mediante bonificaciones fiscales y/o de cuotas a la Seguridad Social, como viene siendo habitual en política activa de empleo cuando las empresas contratan a personas provenientes de colectivos vulnerables. Nada más lejos de la realidad, su concesión no implicará en ningún caso transferencias monetarias. Por el contrario, la obtención del Sello dará la posibilidad de utilizar su logotipo en actividades propias con fines de comunicación y publicidad, participar en actividades y jornadas de inclusión social desarrolladas por el Ministerio y poder optar a premios otorgados por la Administración, entre otras cuestiones[32]. Además, por su parte, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones se compromete a publicitar y difundir las actividades, buenas prácticas y los resultados cosechados por parte de las entidades distinguidas[33].

El Sello tendrá una vigencia de tres años desde que la administración pública resuelve favorablemente la concesión y siempre que se mantengan los requisitos y las circunstancias que motivaron su concesión y se cumplan los compromisos establecidos en el RD, así como los supuestos de revocación del distintivo por parte del Ministerio[34] o renuncia al mismo por parte de la entidad[35]. No será objeto de prórroga o renovación automática, por lo que, una vez transcurrido ese tiempo, si

[28] Quintanilla Navarro, R.Y.: "La vulnerabilidad económica y la exclusión social como riesgo social …", *Op. Cit*., p. 781.

[29] Gómez Gordillo, R.: "¿Un nuevo marco de compatibilidad entre trabajo y protección social en España? El ingreso mínimo vital", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo*, Vol. 9, Núm. 1, 2021, p. 132

[30] García Romero, B.: "Régimen Jurídico del Ingreso Mínimo Vital (XI): Compatibilidades e incompatibilidades del IMV con otras prestaciones sociales y con el trabajo", en VV.AA.: *El Ingreso Mínimo Vital. Una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómicas*, Cavas Martínez, F. y García Romero, B. (Coords.), Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2021, p. 380.

[31] Art. 5 del RD 636/2022, de 26 de septiembre.

[32] Arts. 11 y 13 del RD 636/2022, de 26 de septiembre.

[33] Art. 12 del RD 636/2022, de 26 de septiembre.

[34] Art. 9 del RD 636/2022, de 26 de septiembre.

[35] Art. 10 del RD 636/2022, de 26 de septiembre.

se quiere renovar, la entidad tendrá que volver a iniciar los trámites de solicitud. Durante su vigencia, el Sello de Inclusión Social será objeto de seguimiento y de evaluación por parte de una Comisión de control[36]. Así, las empresas distinguidas tendrán que elaborar anualmente un informe en el que deberán dar cuenta de los resultados de participación y el impacto obtenido en términos de inclusión sociolaboral de las personas beneficiarias del IMV[37].

4. EL INCENTIVO AL EMPLEO PARA LAS PERSONAS BENEFICIARIAS DEL IMV

Por último, para impulsar la incorporación y/o consolidación de los beneficiarios en el mercado laboral y evitar así que estos caigan en la "trampa de la pobreza" el legislador ha optado por establecer un mecanismo que facilite la compatibilidad de los ingresos salariales con la percepción del IMV. Para ello, a través del RD 789/2022, de 27 de septiembre, se establece un incentivo al empleo vinculado al ingreso mínimo vital, a través de un régimen de compatibilidad de la prestación con los ingresos procedentes de rentas de trabajo o de la actividad económica por cuenta propia[38]. La aprobación de este RD responde así al mandato previsto en el artículo 11.4 de la Ley 19/2021, y cumple, además, con el hito de reforma 5 del Componente 22 del Plan de Recuperación y Resiliencia. Sin lugar a duda, este desarrollo reglamentario forma parte de los más importantes y esperados por parte de los beneficiarios y de la doctrina. Con este último instrumento, quedaría definido el diseño de incentivos para la estimulación al empleo y evitar la trampa de la pobreza.

Tal y como se expresa en el preámbulo, este incentivo al empleo, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023, "busca la no desincentivación a incorporarse al mercado laboral o a poder incrementar el número de horas en el caso en el que el individuo esté trabajando porque hace que no pierda un euro de prestación, sino menos, por cada euro que se incrementan los salarios por un incremento en la oferta laboral". Cabe recordar que el IMV ya era compatible con el trabajo. No obstante, hasta ahora esas rentas de trabajo actuaban como recorte de la ayuda, puesto que el salario percibido se restaba de la prestación. A partir de ahora, el beneficiario que se incorpora al mercado de trabajo o mejora sus condiciones laborales en el caso de que ya esté trabajando verá garantizada que su renta disponible sea superior a la que habría tenido sin incentivo, con un incremento que se va moderando a medida que aumentan los rendimientos de trabajo. En este sentido, como veremos seguidamente, a este incremento de renta por percepciones salariales, se fija un porcentaje exento del cómputo de ingresos y rentas que se toman en consideración para determinar la situación de vulnerabilidad económica de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de la unidad de convivencia.

En primer lugar, para activar el incentivo, las personas beneficiarias deberán reunir los siguientes requisitos[39]:

- Haber sido beneficiarias del IMV en el año anterior a la aplicación de la revisión de la prestación.
- Mantener el derecho a la percepción de la prestación el 1 de enero del ejercicio en el que se vaya a realizar la revisión de la prestación.
- Incrementar sus ingresos procedentes de rendimientos del trabajo por cuenta ajena o propia respecto del año que se tuvo en cuenta para el cómputo de sus ingresos.

[36] Art. 33 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre.

[37] Arts. 14 y 15 del RD 636/2022, de 26 de septiembre.

[38] Real Decreto 789/2022, de 27 de septiembre, por el que se regula la compatibilidad del Ingreso Mínimo Vital con los ingresos procedentes de rentas de trabajo o de la actividad económica por cuenta propia con el fin de mejorar las oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias de la prestación. BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2022.

[39] Art. 2 del RD 789/2022, de 27 de septiembre.

En cuanto a la determinación del importe de la renta exenta, esta dependerá de la aplicación de tres tramos[40]:

Tramo 1 (Hasta el 60% de la renta garantizada): En este primer tramo, al perceptor del IMV que registra un incremento de sus ingresos del trabajo por cuenta ajena o propia que alcance hasta el 60% de la cuantía del IMV, no se efectuará ninguna reducción, sino que el incentivo le proporcionará un aumento de su renta disponible del mismo importe. Supongamos el caso de una unidad monoparental compuesta por un adulto y un menor que no ha tenido ingresos el año anterior. Su renta garantizada en 2022 es de 8.967,30 euros anuales. Al año siguiente, la familia consigue ingresos procedentes de rentas de trabajo por valor de 4.500 euros al año. Al realizar la revisión del IMV, si no existiera incentivo al empleo, su renta garantizada sería de 4.467,30 euros (Renta Garantizada de 8.967,30 euros - 4.500 euros de ingresos de trabajo) y su renta total disponible sería la misma que si no trabajase. No obstante, con el incentivo al empleo, puesto que el incremento de sus ingresos de trabajo es inferior al 60% de la renta garantizada por el IMV, el incentivo aporta la totalidad del aumento de su renta disponible, es decir, 13.467,30 euros al año (Renta Garantizada de 8.967,30 euros + 4.500 euros de ingresos de trabajo).

Tramo 2 (Entre el 60% y el 100% de la renta garantizada): En este segundo tramo, el porcentaje excluido del cómputo para el cálculo del IMV varía entre un 20% y un 40% en función de tres parámetros:

- La relación previa con el mercado de trabajo: el incentivo es más alto para las personas que desde una situación de desempleo se incorporan al mercado de trabajo que aquellos que ya están trabajando.
- La composición de la unidad de convivencia: las familias monoparentales y las personas con discapacidad reciben un mayor incentivo.
- La presencia o no de menores a cargo: las unidades de convivencia que cuentan con uno o varios menores a su cargo cuentan también con un mayor incentivo.

Por otro lado, el porcentaje aplicado dependerá de la inclusión o no de ingresos procedentes del trabajo o actividad por cuenta propia en el ejercicio fiscal previo al ejercicio fiscal anterior al año de la revisión.

Cuando el ejercicio fiscal previo no incluya ingresos procedentes del trabajo para ninguna de las personas en la unidad de convivencia, serán aplicados los siguientes porcentajes:

- En el supuesto de beneficiarios individuales o en el de unidades de convivencias compuestas solamente por adultos, el porcentaje de exención será del 30%.
- En el caso de unidades de convivencia compuestas por más de un adulto con uno o varios menores a cargo, el porcentaje de exención será del 35%.
- En el supuesto de unidades de convivencia compuestas por una persona adulta con uno o varios menores a cargo o en el supuesto de beneficiarios individuales o unidades de convivencia a las que se les aplica el complemento de discapacidad en el IMV, el porcentaje de exención será del 40%.

Por lo contrario, si en el ejercicio fiscal anterior al año de la revisión, el perceptor del IMV hubiera obtenido ingresos procedentes del trabajo, serán aplicados uno de los siguientes porcentajes:

- En el caso de beneficiarios individuales o en el de unidades de convivencia compuestas exclusivamente por personas adultas, el porcentaje de exención será del 20%.

[40] Art. 4 y Anexo III del RD 789/2022, de 27 de septiembre.

- En el supuesto de unidades de convivencia compuestas por más de un adulto con uno o varios menores a cargo, el porcentaje de exención será del 25%.
- En el caso de unidades de convivencia compuestas por un adulto con uno o varios menores a cargo, el porcentaje de exención será del 30%.

Así, el mecanismo establecido se ha graduado de manera que el incentivo sea más alto para quienes salgan de una situación de desempleo, para los hogares con menores a su cargo, para las familias monoparentales, para los hogares con menores a su cargo y para las familias que conviven con personas con discapacidad igual o superior al 65%. La razón radica en la situación particularmente vulnerable desde la que parten estos grupos de personas con especiales dificultades de acceder y mantenerse en el mercado laboral.

Retomando el ejemplo anterior, si esa misma familia obtiene unos ingresos de trabajo por valor de 6.725 euros al año, es decir, un 75% de la renta garantizada, su renta disponible quedaría de la siguiente manera. Los primeros 5.380,38 euros (60% de la Renta Garantizada IMV) se bonifican el 100%. Los 1.344,62 euros restantes tienen una bonificación menor, en este caso del 35% (470,62 euros) por tratarse de una persona con un menor a cargo que antes no trabajaba. Si se suma al IMV que queda (2.242,3 euros) los ingresos por trabajo (6.725 euros) y las bonificaciones por el sistema de incentivos (5.380,38 euros + 470,62 euros), ahora dispone de una renta total disponible de 14.818,3 euros al año.

Tramo 3 (Superior al 100% de la renta garantizada): En este tercer tramo, el importe de los incrementos de los ingresos previstos, que supere la cuantía de la renta garantizada de la unidad convivencia, no se excluirá del cómputo para el cálculo del IMV. En este supuesto, la persona ya no tendría derecho a percibir el IMV y solo recibiría el incentivo al empleo que consistiría en la diferencia entre la renta mínima garantizada y dicho aumento menos el máximo bonificable en el segundo tramo.

Para facilitar su visualización, nos serviremos del siguiente cuadro-resumen que hemos elaborado a partir del Anexo III del RD 789/2022:

Importe de los incrementos de los ingresos con respecto a la renta garantizada	**Ingresos obtenidos en el ejercicio fiscal previo al ejercicio fiscal anterior al año de la revisión**	**Unidad de convivencia**	**Porcentaje excluido del cómputo para el cálculo del IMV**
Hasta el 60%	----	----	**100%**
Superior al 60% y hasta el 100%	NO	• Adulto solo o varios SIN menores a cargo • Varios adultos CON uno o varios menores a cargo • Adulto solo o varios (con o sin menores a cargo) CON complemento IMV por discapacidad	**30%** 35% 40%
	SI	• Adulto solo o varios SIN menores a cargo • Varios adultos CON uno o varios menores a cargo • Adulto solo CON uno o varios menores a cargo	20% 25% 30%
Superior al 100%	**----**	**----**	**0%**

Estos porcentajes podrán ser modificados mediante orden ministerial para la determinación del importe de renta exenta en el caso de que el Ministerio lo estime necesario, según la evaluación del impacto del incentivo sobre la participación de las personas beneficiarias del IMV en el mercado laboral[41]. En cualquier caso, como puede observarse, ante las múltiples casuísticas que entran en juego (18 posibilidades de incentivo), el método de cálculo puede resultar complejo para los beneficiarios. Consciente de ello, el Ministerio anuncia en paralelo en su nota de prensa la puesta en marcha de un simulador virtual que contemple todas las opciones y tipologías posibles con el fin de que estos puedan conocer las cuantías del incentivo.

También cabe subrayar que el incentivo no es una prestación nueva ni independiente del IMV. En este sentido, el perceptor del IMV no tendrá que realizar ningún trámite ante la Administración Pública. Este se activará de oficio por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social cuando disponga de los datos fiscales del ejercicio anterior y detecte cambios en los ingresos de trabajo. Bien sea por haber encontrado un empleo o haber mejorado las condiciones laborales anteriores[42].

Adicionalmente, debemos referirnos a la disposición adicional tercera del RD 789/2022 que regula la forma de proceder en los casos en que un beneficiario del IMV haya visto indebidamente reconocida su prestación o aumentada su cuantía sobre la base de datos provisionales facilitados por la Agencia Tributaria al Instituto Nacional de la Seguridad Social y que posteriormente se vieron modificados. Pues bien, para estos supuestos, se establece que los importes percibidos en exceso podrán ser objeto de compensación directa mediante su descuento sobre la cuantía de la prestación del IMV que, en su caso, hubiere de ser abonada en virtud de la resolución definitiva, garantizando el percibo del 30% mensual de dicha cuantía. Ahora bien, se señala que esa compensación solo procederá cuando el importe total percibido en exceso pueda ser descontado, aplicando la citada garantía en un periodo máximo de doce mensualidades. En el caso contrario, se aplicará, según proceda, el procedimiento general o especial de reintegro de prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas.

Como apunte, quizás el sistema de revisión del IMV podría adaptarse mejor a la realidad cambiante de los beneficiarios del IMV de tal manera que, ante una modificación, el porcentaje excluido del cómputo para el cálculo del IMV debido a una mejora de las horas de trabajo, se ajuste automáticamente la cuantía de la prestación. Así, un cambio en las rentas podría comportar una modificación de la prestación económica mediante la revisión por la entidad gestora. Dicha modificación podría tener efectos a partir del día primero del mes siguiente al de la fecha en que se hubiera producido el hecho causante de la modificación. Y ello porque, dada la situación de vulnerabilidad del colectivo, no parece deseable que los beneficiarios acumulen deudas con la Seguridad Social. Ahora bien, somos conscientes de que una revisión sistemática del Instituto Nacional de la Seguridad Social es inasumible por los altos costes que en recursos materiales y humanos supondrían para la Administración. En este sentido, podría resultar pertinente aprovechar el simulador virtual del Ministerio o crear en paralelo una calculadora del IMV para que, ante su nueva situación fiscal, el beneficiario pueda introducir los datos fiscales en el programa y comprobar cuál es el porcentaje exento aplicable a la cuantía de su prestación. De esta manera, el perceptor sería consciente del posible importe percibido en exceso y tendría mayor capacidad para autogestionarse ante la futura revisión por parte de la entidad gestora.

5. REFLEXIONES FINALES

La aprobación del IMV representa un avance muy significativo dentro de nuestro modelo del Estado de bienestar y responde a una necesidad estructural en España de introducir políticas públicas efectivas para reducir los niveles de pobreza y exclusión, que se vieron acentuados con la crisis

[41] Art. 6 y disposición final tercera del RD 789/2022, de 27 de septiembre.
[42] Art. 5 del RD 789/2022, de 27 de septiembre.

financiera del 2008 y con la crisis socioeconómica derivada del Covid-19. Aunque su implementación no ha estado exenta de ciertas dificultades, representa un gran impulso al gasto social en nuestro país, dirigido a paliar las difíciles condiciones de vida de las personas en riesgo de pobreza.

No obstante, más allá de la prestación económica, la Ley 19/2021 establece que el IMV debe acompañarse de políticas de inclusión que garanticen la transición de sus beneficiarios desde una situación de exclusión a una situación de plena integración. A nuestro entender, ello constituye el mayor desafío al que se enfrenta el IMV. En este sentido, el legislador ha configurado en paralelo un conjunto de políticas articuladas en torno a la prestación que tiene como fin último conseguir la inclusión sociolaboral de los beneficiarios. Y la herramienta central para salir de la situación de exclusión y pobreza es el trabajo, pero tal y como se deduce de los datos del último Informe de la EAPN, no cualquiera sino, el trabajo digno. El éxito del IMV no radica solamente en mejorar su acceso, sino en bajar el número de perceptores que, por las oportunidades laborales, habrán logrado salir definitivamente de un estado de pobreza y exclusión. En este sentido, el trabajo, y concretamente el trabajo decente, dignifica a las personas y otorga libertad.

Dada la envergadura del reto, el legislador ha desarrollado una política estratégica vinculada al IMV a través de la movilización y coordinación entre todos los agentes relevantes en materia de inclusión. En concreto, adoptó tres medidas de políticas activas de empleo. Por un lado, teniendo en cuenta la distribución competencial en materia de inclusión, se ha reforzado la cogobernanza con todas las Comunidades Autónomas, los Ayuntamientos y las entidades del Tercer Sector mediante la financiación, a través de los fondos europeos *Next Generation,* de proyectos piloto para el despliegue de itinerarios de inclusión sociolaboral vinculados al IMV. Por otro lado, fomenta la participación del sector privado a través del establecimiento de un Sello de Inclusión para distinguir públicamente aquellas empresas y entidades que contribuyen a la inserción sociolaboral del colectivo a través de su contratación. Por último, para evitar "la trampa de la pobreza", ha regulado el régimen de compatibilidad del IMV con el empleo para las personas beneficiarias. El papel que cada uno de estos actores y medidas puede adoptar en el marco de la política estratégica es diferenciado, pero complementario y debe entenderse como un conjunto que impulse la integración sociolaboral de las personas.

Ahora bien, ¿el despliegue del conjunto de estas medidas conseguirá el objetivo de reducir la pobreza y exclusión en nuestro país a través de la inserción sociolaboral de los perceptores del IMV? Por el momento, lo cierto es que resulta imposible predecir con certeza el alcance que tendrán los mecanismos puestos en marcha. Habrá que estar atentos a la publicación de los próximos estudios que evaluarán el impacto que tendrán los incentivos sobre la participación de las personas beneficiarias del IMV en el mercado laboral. No obstante, en nuestra humilde opinión, ante la magnitud del reto, creemos que en determinados aspectos el legislador podría haber demostrado mayor determinismo mediante la adopción de medidas más ambiciosas.

En primer lugar, si bien la Ley 19/2021 establece que el IMV tiene como objetivo el despliegue de itinerarios como estrategia de inclusión sociolaboral, la norma no regula los itinerarios. En este sentido, ante una posible futura modificación del régimen jurídico, quizás pueda valorarse la introducción de una disposición que establezca un contenido común que sirva de marco para el desarrollo de los itinerarios de inserción sociolaboral.

Por otro lado, arrojamos serias dudas sobre la suficiencia por si sola de establecer un Sello Social para las empresas que decidan contratar a una persona beneficiaria del IMV. Si bien no cabe discusión alguna sobre sus beneficios, pensamos que, en el caso de no cosechar los resultados esperados, podría adoptarse medidas adicionales para que al sector privado le resulte más atractivo la contratación de personas en situación de exclusión. Por ejemplo, se podría introducir una cuota de reserva de puestos de trabajo para personas beneficiarias del IMV en empresas públicas y privada, análoga a la prevista en la normativa reguladora de los derechos de personas con discapacidad y

su inclusión sociolaboral. Concretamente, podría establecerse que las entidades que empleen a un determinado número de trabajadores (50 o más) vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, un determinado porcentaje (2%) hayan sido contratados entre personas beneficiarias del IMV. Otra posibilidad podría ser que en las ofertas de empleo público y en las bolsas de trabajo temporal podría también reservarse un cupo de vacantes para ser cubiertas entre perceptores de la prestación siempre que superen los procesos de selección. Por último, otra medida podría consistir en la aplicación de bonificaciones temporales o permanentes sobre las aportaciones empresariales a la cotización por contingencias comunes de la Seguridad Social por la contratación indefinida.

Por último, en cuanto al régimen de compatibilidad entre el trabajo y el IMV, creemos que, para las rentas garantizadas más bajas, debería mantenerse un porcentaje excluido para la determinación del importe de renta exenta, incluso si el importe de los incrementos de los ingresos previstos supera el 100% la cuantía de la renta garantizada de la unidad de convivencia.

Sea como fuere, recordemos que el régimen jurídico establece un mecanismo de seguimiento y evaluación del funcionamiento de la prestación. Para ello se ha creado un Consejo Consultivo y una Comisión de seguimiento. A través de estas herramientas se podrá seguir dando pasos para detectar y aportar soluciones a las posibles deficiencias, carencias o efectos indeseados provocados con este diseño de los incentivos, de la misma manera que el legislador introdujo modificaciones para agilizar el acceso al IMV. A partir de la evaluación de los resultados, se podrá redirigir, volver a parametrizar aquellos elementos deficientes y conseguir que la prestación cumpla realmente con los objetivos perseguidos. Ello constituye, sin lugar a duda, una manera acertada de plantear las políticas públicas para valorar las posibles mejoras de su régimen jurídico y dar respuesta a los retos a los que se enfrentan nuestras sociedades.

6. BIBLIOGRAFÍA

García Murcia, J.: "El ingreso mínimo vital en España: caracterización general y algunos puntos críticos", en VV.AA.: *El ingreso mínimo vital en el sistema español de protección social*, García Murcia, J. (Dir.), Oviedo, KRK Ediciones, 2022, pp. 9-47.

García Romero, B.: "Régimen Jurídico del Ingreso Mínimo Vital (XI): Compatibilidades e incompatibilidades del IMV con otras prestaciones sociales y con el trabajo", en VV.AA.: *El Ingreso Mínimo Vital. Una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómicas*, Cavas Martínez, F. y García Romero, B. (Coords.), Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 371-391.

Gómez Gordillo, R.: "¿Un nuevo marco de compatibilidad entre trabajo y protección social en España? El ingreso mínimo vital", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo*, Vol. 9, Núm. 1, 2021, pp. 127-152.

López Ahumada, J.E.: "Ingreso mínimo vital y protección no contributiva del sistema público de Seguridad Social" en VV.AA. *El ingreso mínimo vital en el sistema español de protección social*, García Murcia, J. (Dir.), Oviedo, KRK Ediciones, 2022, pp. 273-324.

Macías García, Mª C.: "El ingreso mínimo vital y los vaivenes del legislador", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº5, 2022, pp. 205-223.

Monereo Pérez, J.L.: "El Derecho Social al Ingreso Mínimo Vital", *Temas Laborales*, nº158, 2021, pp. 45-119.

Pérez del Prado, D.: "Funciones y disfunciones del Ingreso Mínimo Vital", en VV.AA.: *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la AESSS*, Ortiz Castillo, F. (Dir.), Murcia, Laborum, 2021, pp. 951-966.

Quintanilla Navarro, R.Y.: "La vulnerabilidad económica y la exclusión social como riesgo social específico protegido por el sistema de Seguridad Social en VV.AA.: *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la AESSS*, Ortiz Castillo, F. (Dir.), Murcia, Laborum, 2021, pp. 779-808.

Rodríguez Iniesta, G.: "El ingreso mínimo vital un año después de su implantación en España", en VV.AA.: *A proteçao social na encruzihada: Anais da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. XI Congresso Internacional de Direito do Trabalho 2021*, Benítez Sierra, E.M. y Nahas T.C. (Dirs.), Sao Paulo, Lex Editora, 2021, pp. 43-60.

Trillo García, A.R., en VV.AA. (Ortiz Castillo, F. Dir.): *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la AESSS*, Murcia, Laborum, 2021, pp. 1248-1270.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

nº 33 (4º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Discapacidad visual grave como lesión determinante de gran invalidez y posibilidad incierta de recuperación Comentario a la STS/SOC 469/2022, de 24 de mayo (recud. 2427/2019)

Severe visual impairment as a determining injury of great disability and uncertain possibilityof recovery Comment to STS/SOC 469/2022, of May 24 (recud. 2427/2019)

Faustino Cavas Martínez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia
https://orcid.org/0000-0002-2111-0693

Cita Sugerida: CAVAS MARTÍNEZ, F..: «Discapacidad visual grave como lesión determinante de gran invalidez y posibilidad incierta de recuperación. Comentario a la STS/SOC 469/2022, de 24 de mayo (recud. 2427/2019)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 33 (2022): 99-105

Resumen

La jurisprudencia viene caracterizando como supuesto determinante del reconocimiento de una gran invalidez a la ceguera bilateral sobrevenida después de la afiliación al sistema de Seguridad Social o por agravación de lesiones preexistentes. Constatada la incapacidad de la persona beneficiaria para realizar los actos esenciales de la vida diaria sin la asistencia de otra persona, y habiéndose sometido previamente a varias intervenciones con deficientes resultados, no es obstáculo para el reconocimiento de la gran invalidez la negativa de aquélla a pasar por una nueva intervención quirúrgica, que los servicios médicos oficiales plantean como una recomendación con opciones de mejora en su agudeza visual, pero sin que la recuperación se revele con total certidumbre.

Abstract

Jurisprudence has been characterizing as an alleged determinant of the recognition of a great disability to bilateral blindness that occurred after affiliation to the Social Security system or due to aggravation of pre-existing injuries. Having noted the inability of the beneficiary to perform the essential acts of daily life without the assistance of another person, and having previously undergone several interventions with poor results, the refusal of the beneficiary to undergo a new surgical intervention, which the official medical services propose as a recommendation with options for improvement in their visual acuity, is not an obstacle to the recognition of the great disability, but without the recovery being revealed with total certainty.

Palabras clave

discapacidad visual grave; gran invalidez; asistencia sanitaria; Tribunal Supremo; jurisprudencia

Keywords

severe visual impairment; major disability; health care; Supreme Court; jurisprudence

1. PROBLEMA SUSCITADO

La STS/SOC de 24 mayo 2022 (recud. 2427/2019), de la que ha sido ponente la magistrada Concepción Rosario Ureste García, aborda una cuestión sumamente interesante en relación con la caracterización de la ceguera total como causa determinante de reconocimiento de gran invalidez. En concreto, procede dirimir si la persona que tiene reconocida una incapacidad permanente absoluta por discapacidad visual grave tiene la obligación de someterse o no al riesgo de una intervención quirúrgica para determinar si las lesiones son o no definitivas en orden al reconocimiento de una gran invalidez.

Fecha Recepción: 24/10/2022 - Fecha Revisión: 27/11/2022 - Fecha Aceptación: 28/11/2022
Pags. 99-105

2. DESCRIPCIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO Y ANTECEDENTES PROCESALES

Un trabajador afiliado y de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, con profesión jefe de almacén agrícola, tiene reconocida una incapacidad permanente absoluta en virtud de resolución administrativa de la Dirección Provincial del INSS, por la que se revisa otra resolución anterior en la que no se le declaró afecto de incapacidad permanente por no considerarse las lesiones definitivas. En el Informe de Valoración Médica se refiere que el solicitante, nacido en 1957, con profesión habitual de jefe de almacén agrícola, presenta como limitaciones orgánicas y funcionales una patología de pérdida de agudeza visual que se objetiva con antecedentes de miopía, desprendimiento de retina e hipermetropía secundaria, cirugía de cataratas de baja agudeza visual, con corrección de 0,03 en el ojo derecho y en ojo izquierdo cuenta dedos. En el ojo derecho la baja agudeza visual es provisional por antecedentes de miopía, pero con ojo estable y catarata susceptible de tratamiento quirúrgico, y por lo tanto hipotéticamente con posibilidad de mejora. De lo dicho se desprende que las lesiones que presenta son previsiblemente definitivas, a no ser que el trabajador se someta a una intervención quirúrgica de cataratas que mejore su agudeza visual.

Los servicios sociales de su lugar de residencia le han reconocido una discapacidad del 76% por pérdida de agudeza visual binocular grave y trastorno de la afectividad.

En cuanto al grado de dependencia, el resultado total obtenido es de 3 puntos (la independencia se obtiene con 8 puntos y la dependencia máxima equivale a 0 puntos), siendo 0 puntos la puntuación obtenida en la realización de compras, transporte, toma de medicación, preparación de la comida, etc.

En la instancia se reconoció al beneficiario el complemento de gran invalidez, por enfermedad común, teniendo reconocido el de incapacidad permanente absoluta en el año 2018, previa denegación en el 2017, y aplicando la doctrina jurisprudencial referente a la denominada ceguera legal. Se hace constar que por el servicio de oftalmología se recomendaba cirugía de catarata en OD y que no esperase más.

Frente a dicha sentencia interponen recurso de suplicación la TGSS y el INSS, el cual es estimado por STSJ País Vasco de 2 de abril de 2019, entendiendo que el beneficiario debe mantener el grado de incapacidad permanente absoluta, no la gran invalidez. La Sala vasca razona que la valoración global del cuadro patológico, en relación a la falta de agudeza visual en los dos ojos, debería llevar aparejado el reconocimiento inicial peticionado sobre GI, pero que estas lesiones no revisten el carácter permanente o definitivo de la pérdida de visión al ser susceptibles de tratamiento quirúrgico y posible mejoría de la agudeza visual.

El demandante interpone contra esta segunda sentencia recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste, para sostener la existencia de contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS, la dictada por la Sala de lo Social del TSJ Extremadura de 10 junio 2005 (rec. 236/2005), confirmatoria de la sentencia de instancia que declaró al actor afecto de incapacidad permanente total. El mismo había sufrido un accidente de trabajo en 2002 con el diagnóstico de esguince deltoideo del tobillo izquierdo y en 2000 una fractura de calcáneo izquierdo por accidente no laboral. Ulteriormente, sufre dos esquinces agudos de tobillo izquierdo en 2001 y 2002 de origen profesional. El 9 de marzo de 2004 se emitió informe médico de síntesis, proponiéndose la declaración de estar afecto de lesiones permanentes no invalidantes, propuesta que es aceptada por el INSS. Se dictó sentencia firme por el TSJ de Extremadura, en la que se declaraba que la IT del trabajador, calificada finalmente como lesiones permanentes no invalidantes, derivaba de contingencia común. El actor presentaba el siguiente cuadro clínico residual: secuelas de esguince de tobillo en pie izquierdo en septiembre de 2001, septiembre de 2002 con antecedente previo de fractura de calcáneo y artrodesis triple del tobillo izquierdo. Marcado hundimiento talámico y artrosis subastragalina evolucionada y clínicamente mal tolerada. La Sala de suplicación razonó que no cabe imponer jurídicamente a un trabajador la obligación de someterse a una operación quirúrgica, siempre arriesgada, ni tal posibilidad

constituye impedimento legal para calificar unas lesiones residuales o secuelas de permanentes o previsiblemente definitivas, por cuanto no puede subordinarse la calificación al resultado de la misma, que nunca garantizará en términos absolutos la curación.

El Ministerio Fiscal argumenta que entre las sentencias comparadas no existe la contradicción requerida por el art. 219 LRJS, por ser la naturaleza de las lesiones padecidas por los actores diferentes, al igual que el grado de incapacidad reclamado, no concurriendo, por tanto, identidad en los debates planteados y resueltos en ambas resoluciones.

La representación letrada de la Administración de la Seguridad Social afirma en primer término que no concurren los requisitos de identidad exigibles para sustentar el recurso de casación pretendido; seguidamente, la falta de contenido casacional, y niega, en fin, la existencia de infracción legal ni quebrantamiento de doctrina, dado que las posibilidades terapéuticas no están agotadas, las lesiones no son previsiblemente definitivas, sino todo lo contrario, ya que por la sanidad pública se recomienda la intervención de cataratas para recuperar la agudeza visual perdida a causa de las mismas.

La Sala Cuarta del TS entiende superado el presupuesto de contradicción y entra a examinar el fondo del asunto, pues en ambos supuestos se postulan prestaciones por razón de incapacidad, siendo denegada en la resolución impugnada y reconocida en la de contraste. Mientras que la sentencia referencial la concede apreciando que no existe obligación de sometimiento a una intervención quirúrgica y que esta no puede constituir un impedimento para la calificación del carácter permanente o previsiblemente definitivo de las lesiones, la decisión recurrida argumenta que las lesiones no tienen el carácter permanente o definitivo de la pérdida de visión al ser susceptible de tratamiento quirúrgico y posible mejoría de la agudeza visual, y atendido que el actor se niega a la correspondiente intervención, no le otorga la prestación que postulaba. En ambos casos consta el sometimiento a cirugías anteriores.

3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CEGUERA BILATERAL COMO SUPUESTO TÍPICO DE GRAN INVALIDEZ

La ceguera bilateral fue establecida como supuesto típico de GI por el art. 42 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 2 de junio de 1956 [derogado, pero todavía aplicable con carácter orientativo], el cual fue ratificado por el todavía vigente Decreto 1328/1963, de 5 de junio, sobre calificación de «Gran Invalidez» de los trabajadores que pierdan la visión en ambos ojos en accidente de trabajo, en cuya Exposición de Motivos se insistía en la consideración de que “el invidente, efectivamente, necesita la ayuda de otra persona para los actos más esenciales de la vida”.

A estas alturas existe ya una consolidada doctrina jurisprudencial sobre los requisitos que han de concurrir para que las lesiones oculares graves, entre las que se encuentra la ceguera total, sean susceptibles de provocar una GI. Tales criterios pueden resumirse del siguiente modo:

a) Se asimila a ceguera total, a efectos de su consideración como GI, la agudeza visual inferior a una décima en ambos ojos, o que se limite a la práctica percepción de luz o a ver “bultos” o incluso “dedos”, siendo las lesiones posteriores a la afiliación a la Seguridad Social, no debiendo excluir tal calificación de GI la circunstancia de quienes, a pesar de acreditar tal situación, especialmente por percibir algún tipo de estímulo luminoso, puedan en el caso personal y concreto, en base a factores perceptivos, cognitivos, ambientales, temporales u otros, haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, o incluso los que puedan llegar a efectuar trabajos

no perjudiciales con su situación, con lo que, además, se evita cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en tal situación[1].

b) Los "actos más esenciales de la vida" son los "los encaminados a la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutarlos actos indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamental para la humana convivencia"[2].

c) Basta la imposibilidad del inválido para realizar por sí mismo uno sólo de los "actos más esenciales de la vida" y la correlativa necesidad de ayuda externa, como para que proceda la calificación de GI, siquiera se señale que no basta la mera dificultad en la realización del acto, aunque tampoco es preciso que la necesidad de ayuda sea constante[3]

d) No procede reconocer el grado de GI, sino el de incapacidad permanente absoluta, a un trabajador que con anterioridad a su afiliación en el sistema de Seguridad Social presentaba patologías que ya hacían necesaria la ayuda de una tercera persona, y cuyas dolencias se ven agravadas con posterioridad por un traumatismo que le impide realizar el trabajo que venía desempeñando[4].

e) Procede el reconocimiento de GI al trabajador o trabajadora (por más señas, de la ONCE) cuyas lesiones han evolucionado hasta la ceguera absoluta respecto a las presentadas al momento de la afiliación, sin que las dolencias visuales que justifican la necesidad de asistencia de tercera persona estuvieran ya presentes en el momento de la afiliación al sistema de Seguridad Social[5].

4. SOBRE LA NECESIDAD O NO DE AGOTAR TODAS LAS OPCIONES TERAPÉUTICAS PARA CALIFICAR LAS LESIONES COMO DEFINITIVAS

El artículo 193 TRLGSS establece en su apartado 1 que la incapacidad permanente contributiva "es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo." Y en el siguiente párrafo, añade: "Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación."

En el supuesto analizado por la STS/SOC 469/2022, no se cuestiona que el beneficiario presenta dolencias suficientes para el reconocimiento del grado de GI que demanda, pues la propia sentencia impugnada reconoce que en la actualidad concurre una ceguera legal o visión prácticamente inexistente. La discusión se plantea en relación con los efectos de su decisión de no someterse a una intervención quirúrgica, pese a la existencia de una recomendación médica de cirugía de cataratas en

[1] SSTS/SOC de 3 marzo 2014 (rcud 1246/2013); 10 febrero 2015 (rcud 1594/2004); 20 abril 2016 (rec. 2977/2014); 4 diciembre 2019 (rcud. 2737/2017); 22 mayo 2020 (rcud 192/2018); 11 noviembre 2020 (rcud. 3347/2018); 19 abril 2021 (rcud. 5046/2018); 1 diciembre 2021 (rcud. 505/2019) y 19 abril 2022 (rcud. 2159/2019).

[2] Así, SSTS/SOC de 19 enero 1984 (Ar. 70), 27 junio 1984 (Ar. 3964), 23 marzo 1988 (Ar. 2367), 26 junio 1988 (Ar. 2712) y 19 febrero 1990 (Ar. 1116).

[3] En tales términos, las SSTS/SOC de 19 enero 1989 (Ar. 269), 23 enero 1989 (Ar. 282), 30 enero 1989 (Ar. 318) y 12 junio 1990 (Ar. 5064).

[4] SSTS/SOC de 19 julio 2016 (rcud. 3907/2014); 17 abril 2018 (rcud. 970/2016); 19 julio 2018 (rcud. 566/2018); 25 septiembre 2020 (rcud. 4716/2018); 29 septiembre 2020 (rcud. 1098/2018); 30 septiembre 2020 (rcud. 1090/2018).

[5] SSTS/SOC de 13 julio 2021 (rcud. 4780/2018); 14 julio 2021 (rcud. 1551/2019) y 23 noviembre 2021 (rcud. 5104/2018).

el ojo derecho, que no habría de depararle un mayor perjuicio, antes al contrario, podría traducirse en una mejoría de su agudeza visual.

La Sala Cuarta recuerda en este plano de análisis la premisa de la que partía la STS 2137/1987, de 25 de marzo - "… una intervención quirúrgica no puede ser impuesta contra la voluntad del paciente..."-, de la que se hace eco la sentencia de contraste. Igualmente, el Tribunal Constitucional, en STC 48/1996, de 25 de marzo, afirmaba que el derecho a la integridad física y moral no consiente que se imponga a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad, cualesquiera que fueren los motivos de esa negativa. Y en esta dirección ahonda también el contenido del artículo 193.1 TRLGSS, al disponer, como se ha indicado, que no obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

La crónica fáctica se la sentencia de instancia, confirmada en suplicación, refiere las conclusiones médicas acerca de la baja agudeza visual en el ojo derecho - "provisional por antecedentes de miopía, pero con ojo estable sin factores predisponente y catarata susceptible de tto. quirúrgico y por tanto de mejorar la agudeza visual"-, así como la negativa a la intervención.

Pero no cabe desconocer que el solicitante se sometió previamente a diversas intervenciones, dando con ello cumplimiento a la premisa legal de que la calificación de las lesiones permanentes como previsiblemente definitivas haya estado precedida del sometimiento por el trabajador al "tratamiento prescrito". En efecto, la Sala Cuarta pondera el hecho de que el trabajador ya sufrió cirugía refractiva mediante laser (1997), desprendimiento de retina tratado quirúrgicamente (vitrectomía y criocoagulación en 2006), y cirugía de catarata en 2008, y que le fue reconocido un grado de discapacidad del 76% por pérdida de agudeza visual binocular grave y trastorno de la afectividad. La disminución objetiva y grave de la capacidad del trabajador es incuestionable, ello tras haber seguido los tratamientos prescritos, que, respecto del OI, tras diversas intervenciones, han abocado a simplemente contar dedos, y en el OD a una valoración del 0,03, que se califica de provisional por la posibilidad de otra intervención, que el interesado no consiente.

Seguidamente, se trae nuevamente a colación la doctrina constitucional elaborada en torno al artículo 15 CE, que de forma repetida (recopilada, entre otras, en las SSTC 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4, y 160/2007, de 2 de julio, FJ 2), expresa "la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular" SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). Estos derechos, destinados a proteger la "incolumidad corporal" (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), "han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad", orientada a su plena efectividad, razón por la que "se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada" (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). De ahí que para poder apreciar la vulneración del art. 15 CE no sea preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4). Además de ello, el TC ha afirmado que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3), aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6, y 5/2002, de 14 de enero, FJ 4). Este derecho fundamental conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9). Por

esa razón, se entiende que el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, a no ser que tenga una justificación constitucional (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 6). En este sentido, STC 31/2011, de 28 de marzo.

A tal fin, como igualmente viene reiterando el mismo TC (STC 137/1990, de 19 julio), "conviene tener presente, de una parte, que sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, pueden ceder los derechos fundamentales (SSTC 11/1981, FJ 7; 2/1982, FJ 5; 110/1984, FJ 5); y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho "más allá de lo razonable" (STC 53/1986, FJ 3), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de estar normativamente fundado y suficientemente motivado, ha de asegurar que las medidas limitadoras sean "necesarias para conseguir el fin perseguido" (SSTC 62/1982, FJ 5; 13/1985, FJ 2) y ha de atender a la "proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone" (STC 37/1989, FJ 7) y, en todo caso respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, FJ 10; 196/1987, FFJJ 4, 5 y 6; 197/1987, FJ 11).

Tales consideraciones abocan inexorablemente a excluir la obligatoriedad del sometimiento a una intervención quirúrgica, toda vez que el derecho a la integridad física y moral resultaría afectado por mor de la imposición de una asistencia médica en contra de su voluntad, aunque fuere objeto de recomendación médica.

A este respecto, los capitales argumentos de la STS 469/2022 se verían reforzados en el plano normativo por las disposiciones recogidas en la legislación sanitaria. En concreto, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, recoge las siguientes determinaciones en su artículo 2:

"2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.

3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrit*o*".

Siendo claro que nadie puede verse obligado a pasar por una intervención quirúrgica con la que no está conforme, lo que ahora procede determinar es si esa negativa, completamente legítima, puede tener efectos negativos en el plano prestacional social. Y es que podría cuestionarse que pueda reclamarse el derecho al complemento económico típico y propio de la GI por parte de quien podría experimentar una mejoría en su estado y, con ello, no precisar dicho refuerzo económico con cargo al erario público, caso de someterse a la intervención quirúrgica recomendada, pero en uso de su libertad decide no hacerlo.

La sentencia recurrida ha anudado el rechazo de dicha intervención a la calificación de provisional de las lesiones que el trabajador padece en su ojo derecho, de manera que, si el trabajador quiere obtener el grado de gran invalidez, tendría que pasar por la cirugía recomendada. Es decir, formalmente no deriva la imposición de la intervención, pero su rechazo no solo condiciona, sino que llega a enervar la declaración de GI que se postula.

Sin embargo, en el entendimiento de la Sala Cuarta del TS, la dicción del tantas veces citado artículo 193.1 TRLGSS - "no obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta"-, faculta una decisión contraria: la posibilidad de recuperación del afectado no se revela con certidumbre, máxime si se toman en consideración las diferentes intervenciones que ya ha sufrido con anterioridad, con el deficiente resultado ya detallado. Es por ello que su decisión de no someterse a una nueva cirugía no puede obstaculizar la calificación de la situación de incapacidad permanente contributiva, en el grado de GI, pues el trabajador presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, determinadas objetivamente y de recuperación incierta, que anulan su capacidad laboral, y que provocan la necesidad de asistencia de otra persona. Sobre este último extremo, ya se ha expuesto que la crónica histórica evidencia que, en la medición del grado de dependencia, la puntuación obtenida por el afectado ha sido en total de 3 puntos, siendo la puntuación obtenida de 0 puntos en la realización de compras, en el transporte, con la medicación, la preparación de la comida, etc.

5. CONCLUSIÓN

Es por todo lo expuesto que la Sala Cuarta concluye -a nuestro entender, con pleno acierto- que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia referencial y que al recurrente debe reconocérsele el grado de GI en consideración a la severa discapacidad visual que padece, de incierta recuperación y evidentemente limitativa de su capacidad para realizar los actos más elementales de la vida, sin que venga obligado a someterse a la intervención quirúrgica que los servicios médicos oficiales plantean como una mera recomendación, sin garantía absoluta de éxito.

nº 33 (4º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Denegación de dos pensiones de IPT sucesivas en el mismo régimen y discriminación indirecta por razón de sexo. Al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 30 de junio de 2022 (KM contra INSS)

Denial of two successive IPT pensions under the same scheme and indirect discrimination on grounds of sex. In line with the judgment of the Court of Justice (Second Chamber) of 30 June 2022 (KM v INSS)

Inmaculada Ballester Pastor
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Jaume I de Castellón
https://orcid.org/0000-0002-5198-8923

Cita Sugerida: BALLESTER PASTOR, I.: «Denegación de dos pensiones de IPT sucesivas en el mismo régimen y discriminación indirecta por razón de sexo. Al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 30 de junio de 2022 (KM contra INSS)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 33 (2022): 107-124

Resumen

A KM se le reconocen dos pensiones de IPT sucesivas, ambas en el Régimen General, por no poder desarrollar, primero, la profesión de administrativa y, 19 años después, la profesión de subalterna de casal. El Tribunal Supremo sólo ha admitido compatibilizar dos pensiones de IP si las mismas se causan desde Regímenes de Seguridad Social distintos, ex. art. 163.1º del TRLGSS. Aplicando tal doctrina, el INSS deniega a KM la compatibilidad de ambas pensiones y KM interpone demanda contra el INSS. El Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona plantea, entonces, cuestión prejudicial ante el TJUE al entender que si esta desventaja afecta proporcionalmente más a mujeres que a hombres aparece una discriminación indirecta prohibida por el art. 4º de la Directiva 79/7. Se analiza aquí los precedentes y el contenido de la Sentencia del TJUE que resuelve la mentada la cuestión prejudicial, un pronunciamiento que no otorga una respuesta definitiva al Juez remitente y que queda condicionado a que se delimite más concretamente el colectivo perjudicado por tal doctrina judicial, un paso previo imprescindible para estar en condiciones, después, de resolver si, efectivamente, esta desventaja afecta a más mujeres que a hombres.

Palabras clave

discriminación indirecta; incapacidad permanente total; incompatibilidad de pensiones; discriminación por razón de sexo

Abstract

KM is recognized two successive IPT pensions, both in the General Regime, for not being able to develop, first, the profession of administrative and, 19 years later, the profession of junior housekeeper. The Supreme Court has only admitted the compatibility of two IP pensions if they are caused by different Social Security Regimes, ex. art. 163.1 of the TRLGSS. Applying this doctrine, the INSS denies KM the compatibility of both pensions and KM files suit against the INSS. The Court of Social Affairs no. 26 of Barcelona then asks the Court of Justice of the EU for a preliminary ruling on the understanding that if this disadvantage affects women proportionally more than men, indirect discrimination prohibited by art. 4 of Directive 79/7. Here we analyse the precedents and content of the CJEU Judgment that resolves the aforementioned preliminary ruling question, a pronouncement that does not give a definitive answer to the referring Judge and that is conditional on delimiting more specifically the group injured by such judicial doctrine, an essential preliminary step to be in a position, afterwards, to decide whether, in fact, this disadvantage affects more women than men.

Keywords

indirect discrimination; total permanent disability; incompatibility of pensions; discrimination on the basis of sex

Fecha Recepción: 14/10/2022 - Fecha Revisión: 9/12/2022 - Fecha Aceptación: 10/12/2022
Pags. 107-124

1. EL CONTENIDO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL CONTENIDA EN EL AUTO DE 13 DE OCTUBRE DE 2020 DEL JUZGADO Nº 26 DE BARCELONA

Discernir acerca de si el art. 163.1º del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social[1] -en adelante TRLGSS- interpretado por la doctrina judicial, precepto que señala que las pensiones del Régimen General son incompatibles entre sí cuando coinciden en el mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, supone, o no, una discriminación indirecta por razón de sexo o de género es la primera de las preguntas que se plantea ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona, en su Auto de 13 de octubre de 2020[2].

Más exactamente, la primera parte de esta cuestión prejudicial reza así: ¿Es contraria a la normativa europea recogida en el art. 4º de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social y al art. 5º de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), pudiendo provocar una discriminación indirecta por razón de sexo o de género, la norma española sobre compatibilidad de prestaciones, recogida en el art. 163.1º TRLGSS, interpretada por la doctrina jurisprudencial, que impide compatibilizar dos prestaciones de incapacidad permanente total reconocidas en el mismo régimen, mientras que sí reconoce su compatibilidad en caso de ser reconocidas en diferentes regímenes, aunque en todo caso se hayan ganado en base a cotizaciones independientes, atendida la composición de sexos de los distintos regímenes de la Seguridad Social española?

A continuación, el Juzgado de lo Social nº 26 incluye en la cuestión prejudicial un segundo interrogante, al que solamente corresponde dar solución en caso de respuesta negativa a la primera pregunta, y que es la siguiente: ¿Pudiera ser la normativa española contraria a la europea apuntada en caso de que ambas prestaciones tuvieran por causa diferentes lesiones?

1.1. El relato del supuesto de hecho: la posibilidad truncada de percibir dos pensiones de incapacidad permanente total sucesivas en el RGSS

La cuestión prejudicial se plantea por el Juzgado de lo Social nº 26 en virtud de la demanda presentada por la parte actora (KM) contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social -en adelante INSS-. En ella, la trabajadora reclama a la Entidad Gestora el reconocimiento simultáneo de dos pensiones de incapacidad permanente total ya reconocidas, ambas en el Régimen General; la primera de ellas, en el año 1999 y la segunda de ellas en el año 2018. El INSS deniega la compatibilidad de ambas pensiones a la vista del art. 163.1º TRLGSS, obligando a la demandante, tras el reconocimiento de la segunda Incapacidad Permanente Total -en adelante IPT-, a escoger una pensión de entre las dos.

El INSS, en su Resolución de 2 de marzo de 1999, había declarado a KM en situación de IPT para el desempeño de su profesión habitual, una profesión que era, por aquel entonces, la de auxiliar administrativa; asimismo, la contingencia que dio origen a esta primera IPT fue la enfermedad común -más concretamente, un infarto cerebral en el hemisferio derecho sufrido en el año 1992- resultando ser las secuelas padecidas: paresia ESD con alteración sensitivo-motora mano derecha y trastorno depresivo mayor recurrente sin síntomas psicóticos. Asimismo, la base reguladora de esta primera IPT se calculó considerando las bases de cotización del período comprendido entre mayo de 1989 y abril de 1994 y ascendió a 66.247 pesetas mensuales[3].

[1] Aprobado por el RD legislativo 8/2015, de 30 de octubre, BOE de 31 de octubre de 2015.
[2] AS 2020, 2547. ECLI:ES:JSO:2020:64A.
[3] La Resolución del INSS que declaraba a KM en situación de IPT generaba el derecho a percibir la pensión con efectos desde el 19 de noviembre de 1998.

19 años después, por Resolución de 20 de marzo de 2018, el INSS vuelve a declarar a la demandante, de nuevo, en situación de IPT, siendo la contingencia determinante de las nuevas lesiones y secuelas un accidente no laboral; en esta fecha, la profesión habitual de la actora era la de subalterna de casal. Las lesiones que provocaron en 2018 el reconocimiento de esta segunda IPT fueron: fractura de fémur derecho, artoplastia de cadera derecha -reemplazo de articulación artificial de cadera- y psoriasis pustulosa de manos y pies, con limitación funcional. La base reguladora de la pensión concedida se calculó considerando las bases de cotización del período comprendido entre febrero de 2015 y enero de 2017[4].

Tales pensiones se reconocieron, pues, teniendo en cuenta las diferentes profesiones respecto de las que se declarara cada IPT, en atención a distintas dolencias y provocando secuelas dispares; asimismo, el acceso a las mismas se produjo considerando períodos cotizados autónomos y cada IPT se había calculado desde singulares bases de cotización. Pero, a pesar de ello, el INSS deniega la percepción de las dos pensiones.

1.2. La compatibilidad entre pensiones de IPT sí sería posible si las pensiones se reconocieran en diferentes regímenes del Sistema de la Seguridad Social -RG y RETA-

La cuestión prejudicial del Juzgado remitente surge al entender que la incompatibilidad entre las pensiones que aplica el INSS no habría aparecido si una de ellas se hubiera causado en un Régimen especial -como el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos, en adelante RETA-; por eso y, teniendo en cuenta que, proporcionalmente, hay menos mujeres que hombres afiliados en el RETA que en el Régimen General, en adelante RG, -36,15% era el porcentaje de mujeres en el RETA el 31 de enero de 2020- esta situación dificultaría el acceso de éstas a la percepción de dos pensiones de IPT simultáneas, lo que significaría que tal norma -o más concretamente la interpretación jurisprudencial que se efectúa de ella- supone una discriminación indirecta o de género. Tal afirmación tiene que ver con la doctrina judicial que ha interpretado cómo debe aplicarse el art. 163.1º del TRLGSS [5], doctrina que se identifica con la contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2014 y es la que el Juez considera la más autorizada[6].

En dicho pronunciamiento sí se admite la compatibilidad de dos pensiones de Incapacidad Permanente reconocidas, aunque ello siempre que se cumpla que éstas se causan en dos Regímenes diferentes. Para justificar dicho reconocimiento, el Tribunal Supremo argumenta lo siguiente:

a) Los preceptos sobre incompatibilidad de pensiones son normas internas de cada régimen.

[4] La base reguladora asciende, en este caso, a 1.292,49 euros mensuales.

[5] Este precepto señalaba, en este momento que: que *las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.* No obstante, a redacción de este precepto, en estos términos, estuvo vigente hasta el 1 de enero de 2021. Desde esta fecha, la redacción del art. 163.1º TRLGSS es la siguiente: *1. Las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de que se cause derecho a una nueva pensión que resulte incompatible con la que se viniera percibiendo, la entidad gestora iniciará el pago o, en su caso, continuará con el abono de la pensión de mayor cuantía, en términos anuales, con suspensión de la pensión que conforme a lo anterior corresponda. No obstante, el interesado podrá solicitar que se revoque dicho acuerdo y optar por percibir la pensión suspendida. Esta opción producirá efectos económicos a partir del día primero del mes siguiente a la solicitud.* El apartado 1º del art. 163 TRLGSS ha sido modificado por la Disposición Final 38.2º de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre. La diferencia es, hoy, que en el caso de que aparezca una incompatibilidad entre pensiones, la propia Entidad Gestora es la que abona la pensión de mayor cuantía, en términos anuales, al beneficiario, y la que suspende el pago de la otra pensión que resulte incompatible con ésta.

[6] RJ 2014, 4057. RCUD nº 3038/2013.

b) La incompatibilidad se rige por el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse, a la vez, con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución.

c) En caso de concurrencia de pensiones, lo jurídicamente correcto es reconocer la nueva pensión, ya que así se permite que el asegurado ejercite el derecho de opción que le atribuye la LGSS.

d) La misma naturaleza contributiva del sistema determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse indefinidamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que las mismas pueden ser aprovechadas.

Dado que los preceptos sobre incompatibilidad de pensiones son normas internas de cada Régimen, el Tribunal Supremo autoriza la compatibilidad[7] de dos pensiones de IP (en el caso que aquí se plantea el beneficiario accede a una IPT y a una Incapacidad Permanente Absoluta -en adelante IPA-[8]) porque cada una de ellas opera distintos Regímenes de la Seguridad Social, dado que en esta situación no se aplica art. 163.1º TRLGSS. La compatibilidad es posible porque cada una de estas pensiones serviría para compensar la pérdida de la capacidad productiva del beneficiario[9]; así, la IPA del RETA compensaría la imposibilidad de desarrollar cualquier actividad que se realizara por cuenta propia, mientras que, por su parte, la IPA del RG serviría para compensar la pérdida de la capacidad para trabajar por cuenta ajena.

Por tanto, según la interpretación que la doctrina judicial efectúa de las normas existentes, es posible causar dos pensiones de IPT siempre que procedan de distintos regímenes, *incluso en base a las mismas lesiones*[10]. En cambio, continúa argumentando el Juez, el art. 163.1º TRLGSS prohíbe

[7] Aunque en este momento dice el Juez que se podría reconocer la compatibilidad de dos pensiones de IPT *incluso en base al mismo cuadro patológico*, posteriormente queda claro que, precisamente, la existencia de un cuadro patológico diferente es uno de los elementos clave para establecer la posible compatibilización de dos pensiones de IPT.

[8] En la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2014 se concede al demandante el disfrute de dos pensiones de Incapacidad permanente. La primera de ellas (Incapacidad permanente total) por la actividad de marinero del demandante -encuadrado en el Régimen especial del mar-, y la segunda de ellas (Incapacidad permanente absoluta) por su actividad de carpintero en el Régimen General. Se trata de una concesión de dos pensiones para el mismo beneficiario en un caso de sucesión de actividades laborales que dieron lugar al alta en dos regímenes de seguridad social distintos: Régimen General y Régimen especial del mar. El mentado pronunciamiento aclara que la cuestión resuelta no es un supuesto de pluriactividad puesto que no existe simultaneidad sino sucesión de actividades laborales, lo que da lugar al alta del sujeto en dos regímenes diferentes de seguridad social, motivo por el que no resulta aplicable el art. 138.4º del TRLGSS puesto que el INSS llega a reconocer las dos pensiones. Las pensiones de IPT y de IPA en este caso resultan ser compatibles porque no resulta aplicable el art. 122 de LGSS -actual art. 163.1º TRLGSS- puesto que tal precepto no prohíbe la compatibilidad de pensiones en distintos regímenes sino únicamente dentro del Régimen General; y lo mismo sucede en el resto de las normas de los regímenes especiales. Señala también este pronunciamiento -sintetizando la doctrina de la Sala contenida en otros pronunciamientos como la STS de 20 de enero de 2011- que el ordenamiento de Seguridad Social no contiene reglas de incompatibilidad de prestaciones de alcance general para todo el Sistema y el art. 122 LGSS -actual art. 163.1º TRLGSS- indica un mecanismo que rige en el propio Régimen General al que se refiere.

[9] El Juez acude al ejemplo de la IPA porque la Sentencia del Tribunal Supremo si reconoce la compatibilidad entre una pensión de IPT y otra de IPA en dos regímenes diferentes; no obstante, la compatibilidad entre dos pensiones de IPT sucesivas y de una IPT y una IPA posterior requeriría de una reflexión algo más particular.

[10] El Juez hace este inciso, que hay que entender con cautela pues lo cierto es que realmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2014 no concede dos pensiones de IPA, en el RG y en el RETA en base a las mismas lesiones. Lo que dice el Alto Tribunal en el Fundamento Jurídico Tercero de su Sentencia es: que *son compatibles dos pensiones de incapacidad permanente absoluta en dos regímenes distintos del sistema de la seguridad social cuando ha existido sucesión en actividades laborales que dieron lugar al alta en dos regímenes diferentes de la Seguridad Social cuando el beneficiario reúne los requisitos legales exigidos en cada uno de ellos, y con independencia de que se tengan en cuenta para la agravación dolencias ya valoradas en la incapacidad permanente declarada en el otro Régimen.* En este supuesto el conflicto es algo diferente del que se resuelve aquí porque se suceden dos pensiones de Incapacidad Permanente, la primera es una IPT en el Régimen especial del mar -derivada de la primera profesión

percibir dos prestaciones de IPT, aún proyectadas sobre diferentes profesiones, por el único motivo de que ambas pensiones han sido reconocidas en el mismo Régimen de la Seguridad Social, que en nuestro caso es el RGSS.

Nótese que, además, cuando el INSS deniega percibir las dos pensiones no tiene en cuenta que, en este caso, esta decisión no afectaría ni iría en contra de la naturaleza contributiva del Sistema porque las dos IPT se han generado con distintas y sucesivas cotizaciones, de forma que no se usan dos veces las mismas cuotas. De hecho, la demandante accede a la primera IPT, reconocida en el año 1999, por las cotizaciones anteriores a tal fecha y la segunda IPT, la causada en el año 2018, no exigía período previo de cotización pues derivaba de accidente no laboral y bastaba el alta en la seguridad social para generar el derecho a la percepción de la misma; e incluso, aunque la IPT se hubiese originado por una enfermedad común, la trabajadora-demandante de las dos pensiones de IPT también acreditaría cotización suficiente para acceder a la misma[11].

Como consecuencia de lo anterior, sostiene el Juez, la incompatibilidad de pensiones de IP causadas en un mismo régimen (normalmente el RGSS) ocasiona un trato desfavorable que no se reproduce si la IP se causa en distintos regímenes (normalmente el RGSS y el RETA), lo que hace surgir la discriminación indirecta por razón de sexo[12].

Resulta evidente que tanto en el caso que se resuelve en la STS de 14 de julio de 2014 como en el supuesto aquí planteado ocurre lo mismo: que la cotización aportada es suficiente para acceder a ambas prestaciones; que se desarrollan trabajos o funciones diferentes por el demandante; que las secuelas -lesiones- resultan ser autónomas -aunque esta cuestión es algo menos clara en la Sentencia del Alto Tribunal- y que, además, ninguna cotización ha servido para generar derechos en otras pensiones. Y, añadido a lo anterior, no nos hallamos tampoco ante un supuesto que deba resolverse en virtud del cómputo recíproco de cuotas[13] pues no precisamos acudir a computar períodos de cotización ingresados en diferentes regímenes para lucrar una sola pensión del Sistema, dado que ya se han reconocido las dos. Es, pues, según el Alto Tribunal, la literalidad del art. 163.1º TRLGSS la que impediría compatibilizar dos pensiones de IPT pues ambas IPT se han generado en el Régimen General, y esta interpretación acaba favoreciendo a un colectivo frente a otro.

---

del beneficiario, que había trabajado como marinero, y la segunda es una IPA, en el Régimen general, derivada de la segunda profesión del beneficiario, que después fue la de carpintero.

[11] Tal como se expone detenidamente en los datos que constan en el supuesto de hecho por el Juez en el Fundamento Jurídico Tercero.

[12] En la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010 (RJ 2011, 1193, nº recurso 4445/2009) queda más patente lo ilógico de no traer esta misma doctrina al supuesto aquí planteado, ya que aquí ocurre exactamente lo mismo, siendo la única diferencia el hecho de que las dos actividades desarrolladas por el demandante dieron lugar a la inclusión del sujeto en dos regímenes de seguridad social diferentes.
En este otro pronunciamiento -al que alude también la STS de 14 de julio de 2014- se concede la compatibilidad de pensiones de IPT en RETA y en el RG tratándose de diferentes profesiones, de diferentes secuelas y acreditando cotizaciones suficientes en cada régimen para hacer lucrar ambas pensiones. El demandante había prestado servicios en el sector de la construcción, habiendo estado encuadrado en el Régimen general y es declarado en situación de IPT tras un accidente de trabajo en el año 1973. Años después, el demandante se da de alta en el RETA trabajando como taxista y, tras sufrir un infarto de miocardio, resulta beneficiario de una pensión de IPT en el RETA. El INSS entendía, en este caso, igual que ocurre ahora, que en este supuesto era aplicable el art. 122 LGSS -actual art. 163.1º TRLGSS-, pero las razones expuestas y el entender que aquí no resulta aplicable el art. 122 LGSS -porque las pensiones se causan en diferentes regímenes y este precepto sólo se aplica respecto de cada Régimen- es lo que conduce a fallar a favor del trabajador y concederle las dos pensiones de IPT. Este mismo argumento, que sirve para apoyar el resto de los razonamientos jurídicos que se aportan, sirve, curiosamente, para resolver esta cuestión en sentido contrario.

[13] Al que sería aplicable, en su caso, el RD 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre Regímenes de Seguridad Social.

A continuación, anula el Juez los argumentos alegados por el INSS para justificar la incompatibilidad de las pensiones de IPT. Así, mantiene el INSS que sólo puede concederse una IPT al mismo beneficiario porque sólo existe una única profesión habitual por cada sujeto -por concepto-.

No obstante, entiende el Magistrado que la finalidad de la pensión de IPT no es otra que la de compensar la pérdida de las rentas que sucede por no poder desarrollar la profesión habitual por causas médicas, y nada impide que ésta -la profesión habitual- pueda variar con el tiempo. De esta manera, la primera pensión compensaría la pérdida de capacidad para poder seguir desarrollando la que, entonces, sería la profesión habitual, y la segunda prestación de IPT compensaría la pérdida de capacidad para seguir ejerciendo su nueva profesión habitual -distinta de la anterior-. Además, rebate el Juez a quo, el argumento del INSS no sirve tampoco para no reconocer las dos pensiones de IPT porque, si la profesión habitual solamente puede ser una, tampoco debiera haberse reconocido la compatibilidad de dos pensiones de IPT en diferentes Regímenes de la Seguridad Social, cuando la doctrina judicial así lo viene haciendo.

Por lo demás, se matiza también que -a diferencia de lo que ocurre en el pronunciamiento del Alto Tribunal- debe tenerse en cuenta que la solución a este caso podría ser otra si la segunda pensión fuera una Incapacidad Permanente Absoluta, pues, entonces, lo que vendría a compensarse sería la imposibilidad de desarrollar cualquier actividad productiva y ello absorbería ya el poder seguir ejerciendo una concreta profesión, lo que significaría una incompatibilidad; no obstante, ése no es el caso que aquí se plantea[14]. Ello tiene que ver con que, a renglón seguido se aclare también que -en el caso aquí planteado- solamente podría abonarse una IPT por lesiones independientes sufridas por cada beneficiario, lo que implica que unas mismas lesiones no podrían justificar el reconocimiento de dos pensiones.

A este respecto, como suele decirse, cada caso es un mundo y -como ha advertido la doctrina científica- no existen incapacidades sino incapaces, de forma que debe atenderse a si las lesiones físicas se manifestaron en el mismo beneficiario previamente para reconocer una pensión y, en cualquier caso, éstas no pueden ser las mismas a las que se tienen en cuenta, después, para reconocer la segunda pensión[15]. Por eso, el Juez estima oportuno entender que, a salvo de esta cuestión -que sería lo único que justificaría que pudieran no concederse dos pensiones de IPT sucesivas- la incompatibilidad no estaría justificada. Por ese motivo es por el que se formula una segunda pregunta subsidiaria de la principal, por si fuera necesario matizar que la incompatibilidad sólo estaría justificada, y por tanto, no sería discriminatoria cuando las prestaciones se hubieran reconocido en atención a unas mismas dolencias; no obstante éste no es el supuesto que aquí se debate, y, como veremos, esta segunda cuestión prejudicial no es resuelta, después, por el TJUE.

[14] Aunque sí es el supuesto que aparece en la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 14 de julio de 2014, tal como se ha analizado más arriba.

[15] Tal como, a modo de ejemplo, se hace en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2010 (RJ 2010/5252, nº recurso: 3316/2009), donde se resuelve que es compatible la percepción de una IPT en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y una IPA en el Régimen General por el hecho de que se trata de profesiones diferentes: mecánico electricista en el RETA, primero y especialista en una empresa de calzado en el Régimen General, después. Y se llega a tal conclusión analizando, entre otras cuestiones, las dolencias que concurren para el reconocimiento de cada incapacidad. Así -Fundamento Jurídico Tercero- se señala que … *la declaración de IPA trae por causa en patología completamente diversa a la que, en su día, había motivado el reconocimiento de la IPT. ... En efecto, de las cinco dolencias (...) que en 1994 fueron apreciadas como determinante de IP para la profesión de mecánico (insuficiencia cardíaca ligera; disnea de grandes-medianos de esfuerzo; varices importantes; sintomatología depresiva y signos de congestión pulmonar) en el Informe-Propuesta que se formula en 2008 y que concluye con el reconocimiento de la IPA, de entre aquellas dolencias originales, únicamente se alude al cuadro cardiológico y precisamente para hacer referencia a lo que se presenta como obvia mejoría.* Finalmente, éste es uno de los argumentos utilizados para llegar a esta misma conclusión y se admite la compatibilidad entre las pensiones de IPT e IPA.

Por lo demás, insiste de nuevo el Juez, hay que distinguir el debate que aquí se plantea del caso que se resuelve con la concesión de una sola pensión por el hecho de que no se alcancen cuotas suficientes para generar cada una de ellas pues en este otro caso debe acudirse al cómputo recíproco de prestaciones y no es lo que aquí sucede pues las cotizaciones que permitieron el acceso a la primera IPT no son las que respaldan el reconocimiento de la segunda IPT; de hecho, incluso si el origen de la contingencia en la segunda IPT hubiera sido la EC, la beneficiaria también hubiera acreditado el período mínimo de cotización suficiente para el reconocimiento de esa segunda pensión de IPT.

1.3. La apreciación de la posible discriminación indirecta aparecería, aunque los datos aportados que justificarían la misma son insuficientes

A la vista del precepto cuestionado -y su interpretación judicial, tal como se ha analizado- el Juez plantea la cuestión prejudicial por entender que sí deben reconocerse ambas pensiones porque, en primer lugar, las profesiones que ha tenido la demandante han sido sucesivas y diferentes y las pensiones se declaran respecto de cada una de ellas; porque, además, en segundo lugar, las cotizaciones que han servido para conceder cada pensión se han generado por separado y son suficientes y porque, en tercer lugar, las lesiones y las secuelas producidas en cada pensión resultan ser autónomas; por tanto, según el Juez a quo, no conceder las dos pensiones de IPT en este supuesto puede constituir una discriminación indirecta por razón de sexo o género.

No obstante, llama poderosamente la atención en este punto que el propio Juez haga alusión a que los datos estadísticos que posee y que servirían para sustentar la apreciación de la discriminación indirecta por razón de sexo o género son insuficientes, habiéndose puesto el foco sólo en los dos regímenes principales, el RGSS y el RETA, al entenderse que el resto de los regímenes del Sistema son marginales por su volumen.

Como el propio Juez reconoce: *no se dispone de datos estadísticos precisos y ajustados para el asunto que nos ocupa, como el número de personas a las que se ha denegado la compatibilidad de dos prestaciones de IPT en el RGSS, con desagregación por sexos*. Y se concluye: *El propio INSS no ha facilitado los datos.* Más claro, imposible.

1.4. El supuesto es excepcional y extraordinario, pero requiere ser planteado ante el TJUE

Huelga decir que el conflicto planteado que da pie a la presente cuestión prejudicial es verdaderamente excepcional, pues no resulta nada frecuente que a una persona se le reconozcan dos pensiones de IPT sucesivas en el mismo régimen de la Seguridad Social, habiendo desarrollado actividades dispares, con respaldo en cotizaciones suficientes que generen -autónomamente- dos derechos distintos y, cuando, además, estas pensiones parten de lesiones distintas que provocan secuelas diversas[16]. No obstante, lo anterior no enerva, continúa señalando el Magistrado, la eventual discriminación que podría apreciarse aquí; y es que, un solo caso, justificaría el planteamiento de la cuestión prejudicial.

2. EL ESCRITO DE LA ABOGADA GENERAL: LA METODOLOGÍA Y LOS DATOS QUE ACREDITARÍAN LA APARICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

Resulta muy interesante indagar en las Conclusiones de la Abogada General, Laila Merino, contenidas en su escrito fechado el 24 de febrero de 2022, ya que algunas de ellas -con un añadido relevante- van a ser tenidas en cuenta, después, por la Sentencia del TJUE y su relato resulta didáctico y claro.

[16] Hay muy pocos pronunciamientos donde se trate esta cuestión de compatibilidad de pensiones de incapacidad sucesivas, y ni uno sólo en el que se solicite la posibilidad de simultanear dos pensiones de incapacidad permanente total en el Régimen general.

Así, comienza señalando la Abogada General que, si bien los números y los datos estadísticos tienen un papel destacado a la hora de establecer la existencia de discriminación indirecta, ya que quien la alega debe probar que el grupo al que pertenece se le ha situado en una situación de desventaja particular en comparación con el otro grupo al que se ha privilegiado, este recurso a los números y a las estadísticas puede resultar problemático para acreditar tal aspecto, dado que el resultado puede variar en función del grupo de referencia que se utilice para realizar la comparación; por lo tanto, resulta de suma importancia identificar esos grupos, lo que hay que hacer de forma específica y precisa.

De hecho, el análisis de la Abogada General se centra, casi exclusivamente, en delimitar cuál debe ser la metodología adecuada para establecer la existencia de discriminación indirecta a los efectos del art. 4º de la Directiva 79/7, aunque, antes, se muestra, también, a favor de admitir la cuestión prejudicial, matiza después que únicamente se infringiría el art. 4º de la Directiva 79/7, y admite que la discriminación que aquí aparece es una discriminación indirecta y no sería necesario resolver la segunda de las cuestiones que se plantean -o la segunda pregunta que incluye el Juez en su Auto-. Todo ello es asumido así en la STJUE, como veremos después[17].

Por lo que se refiere a la apreciación de la discriminación, entiende la Abogada General que no aparece una discriminación directa, dado que el precepto se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras, y no discrimina, por tanto, directamente, por razón de sexo, pero debe comprobarse si el precepto incurre en una discriminación indirecta. Y, a estos efectos, se recuerda que el concepto de discriminación indirecta no se define en la Directiva 79/7; no obstante, según jurisprudencia reiterada, sería discriminación indirecta por razón de sexo una situación en la que una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo.

A partir de dicha definición se deriva que, para apreciar la existencia de la discriminación indirecta, es necesario efectuar un análisis de la norma, criterio o disposición en tres fases: la primera, dirigida a comprobar la neutralidad de la disposición, criterio o práctica de que se trate; la segunda, destinada a identificar las personas afectadas y de las que se hallan en una situación comparable; y la tercera, dedicada a localizar la desventaja ocasionada por la disposición, criterio o práctica.

Así las cosas, y tras partir de que el carácter neutro de la norma nacional en cuestión no plantea problema alguno, lo que debe hacer el Tribunal es determinar, lo primero, las personas objeto de la comparación y, a continuación, examinar si la norma nacional controvertida sitúa a las personas de un sexo en una desventaja particular.

2.1. La determinación de las personas objeto de la comparación

La demandante alega que el INSS ha vulnerado el principio de no discriminación por razón de sexo porque se permite la compatibilidad de dos prestaciones reconocidas en distintos regímenes de

[17] Así, señala la Abogada General que las prestaciones que son objeto del litigio principal se encuentran entre los riesgos enumerados en el art. 3, apartado 1 de la Directiva 79/7, es decir, la enfermedad y la invalidez, riesgos a los que solamente es aplicable dicha Directiva, lo que significa que, *a sensu contrario*, estos riesgos no se encuentran comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54, Directiva esta otra que había sido alegada también por la parte demandante. Y, además, el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales debe apreciarse teniendo en cuenta la interpretación de los órganos jurisdiccionales, por lo que el hecho de que la norma litigiosa constituya una interpretación judicial del Tribunal Supremo no puede sustraer dicha norma nacional de la interpretación de las disposiciones de la mentada Directiva. A titulo previo se añade, también, que no es necesario que el TJUE examine por separado la segunda cuestión prejudicial puesto que ésta se limita a precisar la situación controvertida en el litigio, situación que ha surgido de dos incapacidades sucesivas por enfermedad e invalidez distintas; por ello, examinar la sucesión de dos incapacidades por enfermedad o invalidez provocadas por la misma enfermedad sería llevar a cabo un juicio hipotético que no necesario; por tanto, se resuelve que ambas cuestiones prejudiciales van a analizarse conjuntamente.

seguridad social por idénticas incapacidades, pero se impide compatibilizar esas mismas prestaciones en un mismo Régimen, como el RGSS. Por su parte, tanto el Gobierno español como el INSS aducen que quienes han cotizado a regímenes de seguridad social distintos del RGSS se encuentran en una situación diferente a la de quienes únicamente han cotizado al RGSS. Igualmente, para determinar el carácter comparable de las situaciones han de apreciarse todos los aspectos que caracterizan tales situaciones atendiendo al objeto y la finalidad de la normativa nacional que establece la distinción; asimismo, el carácter comparable de las situaciones no exige que éstas sean idénticas, sino que basta que sean análogas.

La cuestión litigiosa versa acerca de si una persona que padece dos o más incapacidades sucesivas tiene derecho a percibir una o más prestaciones de la seguridad social, siendo los objetivos que persigue aquí la normativa nacional los de ofrecer protección social a la persona afiliada en un régimen de seguridad social frente a los riesgos de enfermedad e invalidez. Por lo tanto, no existe diferencia entre una persona que padece dos o más incapacidades sucesivas y que ha cotizado únicamente a un régimen de seguridad social, como el RGSS y una persona que padece esas mismas incapacidades, pero ha cotizado a diversos regímenes. Ambas precisan la misma protección social frente a los riesgos de enfermedad o invalidez.

El INSS, por el contrario, alega que las personas cotizantes al RETA y al RG sí se encuentran en situación diferente y que los riesgos frente a los que se protege a estos colectivos no son los mismos, pero la abogada general se muestra rotundamente en contra de esta afirmación[18], concluyendo que: *una persona que padece dos o más incapacidades para el trabajo sucesivas y que solo ha cotizado a un régimen de seguridad social, como el RGSS y una persona que padece esas mismas incapacidades pero que ha cotizado a regímenes diversos se encuentran en una situación comparable en cuanto a la protección social que precisan.*

Llegados a este punto, continúa la Abogada General, el mejor método de comparación de las estadísticas consiste en analizar, por una parte, las proporciones respectivas de trabajadores que reúnen, y que no reúnen el requisito controvertido entre la mano de obra masculina, y por otra parte, las mismas proporciones entre la mano de obra femenina[19]. En el caso aquí planteado, las personas a las que la norma nacional coloca en desventaja son las personas con dos o más incapacidades sucesivas que han cotizado únicamente al RGSS, excluyendo la situación de las personas que están afiliadas a sólo uno de los regímenes distintos del RGSS y que sólo han cotizado a ese otro Régimen de Seguridad Social, distinto del RGSS; a juicio de la abogada general, ese otro colectivo de personas carecería de pertinencia para el caso[20].

En definitiva, aduce la abogada general, el TJUE puede dar una respuesta útil al órgano judicial solamente examinando la situación de las personas que han cotizado al Régimen General. Y, el elemento de comparación en este supuesto, es decir, el colectivo de las personas que se encuentran en situación de ventaja, son las personas que padecen dos o más incapacidades sucesivas, pero que pueden compatibilizar dos o más prestaciones de distintos regímenes de seguridad social por haber cotizado a ellos.

[18] Se puede leer en este escrito: *No estoy de acuerdo. En mi opinión el análisis de comparabilidad a efectos del art. 4º, apartado 1º de la Directiva 79/7 no debe realizarse atendiendo a tales riesgos, sino al derecho a la protección social.*

[19] Este sería el método que se sigue, por ejemplo, en la Sentencia del TJUE recaída en el Asunto YS. Lo primero se identifica a las personas en desventaja, excluyendo a las personas que no se vean directamente afectadas por la norma controvertida, de forma que se aplica un criterio estricto para definir los grupos objeto de la comparación.

[20] Aunque el TJUE entenderá después, por el contrario, que este colectivo en desventaja -personas que han cotizado sólo a un Régimen distinto del RG- si debiera tenerse en cuenta a estos efectos, como se verá.

2.2. La diferencia de trato entre hombres y mujeres: el método de la comparación de los datos

La situación se desventaja del grupo ya identificado podría quedar demostrada, después, según jurisprudencia reiterada, probando que la norma o criterio afecta negativamente a una proporción de personas de un sexo significativamente más alta que la de las personas del otro sexo. Y, según tiene declarado el TJUE, el mejor método de comparación de estadísticas consiste en considerar las proporciones respectivas de trabajadores a los que afecta y a los que no afecta la norma controvertida entre la mano de obra masculina con las mismas proporciones de la mano de obra femenina[21]. Así las cosas, el término proporción implica que no es posible comparar números absolutos sino decimales, fracciones o porcentajes que reflejen la parte que representa un determinado grupo en el conjunto.

En el caso actual, el Juez remitente debe comparar las dos proporciones siguientes: a) primero, la proporción de mujeres en el grupo en desventaja, es decir, las mujeres que están afiliadas únicamente al RGSS y tienen reconocidas dos o más incapacidades en ese régimen, en relación al grupo favorecido, el de mujeres que están afiliadas a dos o más regímenes de seguridad social y que tienen dos o más incapacidades en esos regímenes; b) segundo, la proporción de hombres que tienen dos o más incapacidades y que no pueden compatibilizar dos o más prestaciones se la seguridad social, en relación con el número de hombres que tienen dos o más incapacidades, pero que pueden compatibilizar dos o más prestaciones de la seguridad social.

Señala la abogada general, a continuación, que no parece desprenderse que en el caso aquí planteado aparezca una carencia de datos, a la vista de las respuestas y de las preguntas escritas del TJUE y de las alegaciones esgrimidas durante la vista[22]. No obstante, se reconoce que corresponde al Juez remitente si tales satos son válidos, representativos y significativos.

Por lo demás, sigue argumentando la Abogada General, las cifras a propósito del número de hombres y de mujeres afiliados al RG y al RETA no es pertinente para el caso que aquí se debate, porque no muestran la proporción de mujeres y hombres que aparecen en desventaja ni permiten establecer una relación de causalidad entre la desventaja alegada, la imposibilidad de compatibilizar dos o más prestaciones y el género de los trabajadores en cuestión. Y, lo mismo, tampoco deben ser tenidas en cuenta las cifras presentadas por el INSS y el Gobierno relativas a la tasa de participación de hombres y mujeres en uno o más regímenes de la seguridad social en el mes de octubre de 2021.

En suma, lo que tendría que hacer el Juez será apreciar si la proporción de mujeres que tienen dos o más incapacidades y que han cotizado únicamente al RGSS en relación con las mujeres que tienen dos o más incapacidades y que han cotizado a dos o más regímenes de la seguridad social es considerablemente más elevada que la de los hombres, constituyendo ésta una desventaja particular que podría determinar la aparición de la discriminación indirecta.

A estos efectos, la existencia de tal desventaja particular puede quedar demostrada probando que la normativa nacional controvertida afecta negativamente a una proporción significativamente mayor de personas de un sexo que del otro sexo[23].

[21] En el caso YS el TJUE declaró que el mejor método de comparación consiste en comparar proporciones respectivas de trabajadores a los que afecta y a los que no afecta la supuesta diferencia de trato entre la mano de obra masculina comprendida en el ámbito de aplicación de esa normativa con las mismas proporciones entre la mano de obra femenina comprendida en dicho ámbito de aplicación.

[22] Así, consta, por ejemplo, que el INSS y el Gobierno español señalaron que, a 10 de noviembre de 2021, el número de mujeres que tienen distintas incapacidades y que han cotizado únicamente al RGSS es de 3.388, mientras que el número de mujeres que tienen diversas incapacidades y que han cotizado a varios regímenes de la seguridad social asciende a 3.460. Por lo tanto, la ratio entre el número de mujeres en el grupo en desventaja y el número de mujeres favorecido es de aproximadamente 1 a 1. En cambio, las cifras de los hombres son de 4047 y 7723, respectivamente, lo que significa que, en este caso, la ratio es de, aproximadamente, 1 a 2.

[23] En el caso *Villar Laiz* el TJUE tuvo en cuenta que el 75% de los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres y el 65% de los trabajadores a tiempo parcial sufrían una desventaja particular como consecuencia de la aplicación del porcentaje establecido en la normativa en liza. Cuando casi dos tercios de los trabajadores a tiempo parcial se ven

En el presente caso, las cifras proporcionadas por el INSS y por el Gobierno indicarían que mientras, aproximadamente dos de cada tres hombres que tienen reconocidas diversas incapacidades sí pueden compatibilizarlas, solamente una de cada dos mujeres que tienen reconocidas varias incapacidades pueden hacer lo propio. Ello significaría que la norma nacional controvertida sitúa en desventaja a la mitad de las mujeres que tienen diversas incapacidades, mientras que esa proporción es de solo un tercio en el caso de los hombres que tienen diversas incapacidades.

La opinión de la abogada general es, finalmente, que tales cifras sí revelan que la norma nacional perjudicará proporcionalmente a más mujeres que hombres pues sitúa en desventaja a una proporción significativamente más alta de mujeres que de hombres. Por tanto, la norma nacional tiene el efecto de discriminar indirectamente a las mujeres, aunque se acaba reconociendo también que, si las cifras que se aporten ante el órgano jurisdiccional son otras, el resultado también puede ser otro.

3. LA SENTENCIA DEL TJUE (SALA SEGUNDA) DE 30 DE JUNIO DE 2022 (ASUNTO C-625/20)

Resuelve, en primer lugar, la Sentencia del TJUE, que las pensiones de IPT reclamadas sí quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 ya que forman parte de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados en el art. 3º, apartado 1º de dicha Directiva y están directa y efectivamente vinculadas a la protección de ese riesgo; en cambio, la Directiva 2006/54 no es aplicable al litigio principal, ya que ya que esta Directiva comprende en su ámbito de aplicación a los regímenes legales regulados por la Directiva 79/7, asumiendo el TJUE la misma postura de la Comisión y de la Abogada General. Además, recuerda el TJUE, que el Derecho de la Unión no impide que un estado miembro excluya en su legislación de seguridad social la posibilidad de percibir al mismo tiempo dos o más prestaciones de incapacidad permanente total ni que se permita tal acumulación bajo determinadas condiciones; no obstante, dicha legislación debe respetar la Directiva 79/7, en particular el art. 4º, apartado 1º[24].

Señalado lo anterior, señala el TJUE que la normativa nacional objeto de controversia no supone una discriminación directa ya que ésta se aplica indistintamente a trabajadores y a trabajadoras afiliados en los distintos Regímenes de seguridad social que, en principio, cumplan los requisitos para la concesión de, al menos, dos pensiones de incapacidad permanente total, pero no ocurre lo mismo en relación a la discriminación indirecta[25], de forma que debe resolverse si la normativa nacional incurre en discriminación indirecta a la vista de los datos de afiliación al RGSS, de donde se deduciría que los hombres se encuentran en mejor situación que las mujeres para tener derecho a varias pensiones de incapacidad permanente total en regímenes distintos.

3.1. La diferencia de trato y el colectivo favorecido y perjudicado por la misma

El Tribunal señala que la normativa nacional establece una diferencia de trato en función de un criterio aparentemente neutro, según el cual, solamente puede acumularse pensiones de IPT si éstas corresponden a diferentes regímenes de seguridad social, por lo que tal diferencia de trato favorece a quienes se encuadran en distintos regímenes porque ello tiene efectos en el cálculo del importe global

afectados por la normativa y tres cuartos del total de trabajadores a tiempo parcial son mujeres, el TJUE sugiere que las mujeres se encuentran en una situación de desventaja particular en comparación a los hombres.

[24] Según este artículo el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial en lo relativo a las prestaciones.

[25] Entendida ésta como aquella situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros que sitúan a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que tal disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente con una finalidad legítima, y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios (Sentencia de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz, C-161/18, EU:C:2019:382, apartado 37).

de ambas pensiones. A la inversa, el colectivo perjudicado es el de los trabajadores que, habiendo obtenido tales pensiones en virtud del mismo régimen de seguridad social, no pueden acumularlas.

Según aducen el INSS y el Gobierno español, las pensiones de cada régimen difieren en los métodos de cotización y de cálculo, así como en sus finalidades; y, por ello, los trabajadores que pueden acumular las pensiones no se encuentran en una situación comparable a la de los trabajadores que no disponen de dicha facultad. No obstante, a juicio del Tribunal, lo anterior no impide constatar que la posibilidad de acumular dos o más pensiones permite disfrutar de una pensión de cuantía global superior a quienes están en situación más ventajosa, ni tampoco demostrar que las situaciones de los unos no son comparables a las de los otros, máxime cuando las pensiones están destinadas a compensar la pérdida de ingresos derivados de la incapacidad laboral para ejercer la profesión habitual -extremo, éste, que, se añade, debe comprobarse por el Tribunal remitente-.

3.2. La desventaja de las trabajadoras frente a los trabajadores ha de acreditarse

Para apreciar que la mentada regulación y su interpretación judicial puede situar a las trabajadoras en una desventaja particular respecto a los trabajadores debe acreditarse la misma probando que la normativa afecta negativamente a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de personas del otro sexo[26]. Así, debiera demostrarse que la normativa nacional tiene como consecuencia privar a una proporción significativamente mayor de trabajadoras que de trabajadores de la posibilidad de acumular dos o más pensiones de incapacidad permanente total.

3.3. La comparativa entre las situaciones de los colectivos de trabajadores a los que afecta: los datos que faltan

Señala el Tribunal -acudiendo a los precedentes sentados en la Sentencia de 21 de enero de 2021, INSS, C-843/19, EU:C:2021:55- que ,cuando el Juez nacional dispone de datos estadísticos, debe de tenerse en consideración al conjunto de trabajadores sujetos a la normativa nacional cuestionada, y el mejor método de comparación consiste en confrontar las proporciones respectivas de trabajadores a los que afecta y a los que no afecta la supuesta diferencia de trato entre la mano de obra femenina y a las mismas proporciones entre la mano de obra masculina. Y corresponde, también, al Juez nacional apreciar en qué medida tales datos estadísticos son fiables y si se pueden tomar en consideración, por no ser fenómenos fortuitos y coyunturales.

Pero en este debate gran parte del problema consiste en que las partes disienten acerca del tipo de datos que deben tenerse en cuenta para determinar las proporciones de personas afectadas por la diferencia de trato.

Así, el tribunal remitente facilita los datos de afiliación de los trabajadores al Régimen General y al RETA, pero la normativa nacional no se aplica a todos los trabajadores afiliados al RG o al RETA, sino únicamente a aquellos trabajadores que cumplen los requisitos para la concesión de dos pensiones de incapacidad permanente. Por eso, entiende el TJUE que, en primer lugar, sólo deben tenerse en cuenta a los trabajadores y trabajadoras que, en principio, tengan derecho a más de una pensión de incapacidad permanente total; además, en segundo lugar, entre este grupo así delimitado, debe determinarse, por un lado, la proporción de trabajadores a los que no se permite acumular pensiones y, por otro lado, la misma proporción respecto a las trabajadoras; y, por último, estas proporciones deben compararse entre sí para apreciar la importancia de la eventual diferencia entre la proporción de trabajadores y la proporción de trabajadoras afectados negativamente. De esta forma, la comparación se efectúa cuando ya se ha materializado el riesgo, y tras ello, se debe delimitar si la normativa afecta a una proporción significativamente mayor de mujeres que de hombres.

[26] Sentencia de 21 de enero de 2021, INSS C-843/19, EU:C:2021:55, apartado 25.

Aclara también el TJUE que, para tener acceso a tal información, el 3 de diciembre de 2021 el INSS ya había proporcionado los datos estadísticos adicionales que se le pidieron, más concretamente, cuál es el número de trabajadores y de trabajadoras que padecía, al menos, dos IPTs y que no tenían derecho a pensiones de IPT en virtud de dos regímenes de seguridad social, o en virtud del RGSS.

Pero reconoce el TJUE que faltan más datos ya que hay que tener en cuenta que la normativa afecta a los trabajadores que hubieran podido acceder a dos pensiones de IPT en virtud de su pertenencia en ambas incapacidades al mismo régimen de seguridad social, cualquiera que sea este régimen. Así, consta el número total de trabajadores y trabajadoras favorecidos por la normativa nacional que pueden acumular, a tal fecha, al menos dos pensiones de IPT pero sólo se dispone de los datos de los trabajadores que no pueden acumular tales pensiones de IPT respecto de los trabajadores afiliados al RGSS. Por ello, falta calcular el total de trabajadores perjudicados por la normativa nacional. Particularmente, en lo que respecta al RETA, no constan los datos de los trabajadores a los que les resulta aplicable la misma regla que aparece en el art. 163.1º TRLGSS pero aplicable al RETA, a la vista delo que establece el art. 34º del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto[27].

Por todo lo anterior, dado el elevado número de trabajadores afiliados al RETA, resuelve el TJUE que debe añadirse a las cifras de trabajadores perjudicados los que tengan derecho, al menos, a dos pensiones de IPT únicamente en este Régimen especial.

Por tanto, el TJUE no da una respuesta absoluta y ésta queda condicionada a la necesidad de poseer los datos exactos. Se señala que los datos son adecuados, pero debe avanzarse para que los datos sean fiables y completos para establecer correctamente dichas proporciones. Y, una vez se disponga de ellos, entonces el Juez remitente debe hacer las comprobaciones necesarias para apreciar la diferencia entre las proporciones de trabajadores y trabajadoras negativamente afectados, teniendo en cuenta para ello que una diferencia menos importante pero persistente y constante durante un largo período de tiempo puede constituir, también, una discriminación indirecta por razón de sexo.

3.4. La desventaja supondría una discriminación indirecta por razón de sexo, a menos que estuviese justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo

Una vez se cuente con los datos que faltarían corresponde, después, al Juez, delimitar si la disposición normativa está justificada por un concreto factor objetivo y en qué medida lo está. Sobre este particular, el INSS y el Gobierno español alegan que la normativa existe para preservar la viabilidad del sistema de seguridad social, pues la posibilidad de acumular al menos dos pensiones de IPT obtenidas en el mismo régimen cuando cubran el mismo tipo de riesgo de pérdida de ingresos profesionales tendría consecuencias importantes en la financiación del sistema; en segundo lugar, sostiene el INSS, la acumulación de IPT en diferentes regímenes tiene un efecto presupuestario reducido y, en tercer lugar, argumenta la Entidad Gestora, estas pensiones cubren riesgos diferentes.

No obstante, el TJUE, aunque reconoce que la financiación sostenible podría ser un objetivo legítimo para asegurar las pensiones de IPT, para preservar las finanzas del sistema de seguridad social y para garantizar una asignación racional de los fondos de que se trata, entiende que, en estos casos, esta justificación no sería viable porque los gastos correspondientes siguen corriendo a cargo del presupuesto de la seguridad social y la posibilidad de acumular pensiones obtenidas en virtud de diferentes regímenes confiere una ventaja económica a los trabajadores y puede determinar el pago de gastos adicionales. Por tanto, las consecuencias presupuestarias de la acumulación de varias prestaciones de IPT no son muy diferentes en función de que se conceda dicha acumulación para

[27] Este artículo copia casi literalmente lo que dice el art. 163,1º TRLGSS pues dice lo siguiente: *Incompatibilidades. Las pensiones que concede este Régimen especial a sus beneficiarios serán incompatibles entre sí, a no ser que expresamente se disponga lo contrario. Quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.*

pensiones procedentes del mismo régimen o de regímenes diversos, sobre todo cuando en el caso que se plantea, ocurre que el trabajador obtiene las pensiones en atención a diferentes períodos cotizados.

Se concluye pues, que, aún sin perjuicio de que el Tribunal remitente compruebe este extremo, la normativa nacional no se aplica de forma coherente y sistemática, de manera que no puede ser adecuada para alcanzar el objetivo que ha sido invocado.

3.5. La respuesta a la primera cuestión prejudicial

Resuelve, pues, el TJUE, la respuesta a la primera cuestión prejudicial planteada señalando que el artículo 4, apartado 1º de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impide a los trabajadores afiliados a la seguridad social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen de seguridad social, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes de seguridad social, siempre que dicha normativa sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores determinada sobre la base de todos los trabajadores sujetos a la referida normativa, respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que esa misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

4. ¿APARECE, PUES, LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA?: UN PRONUNCIAMIENTO INACABADO

La Sentencia del TJUE no es, pues, concluyente ya que deja a merced del Juez remitente el que se determine si, efectivamente, aparece la discriminación indirecta y, aún así, una justificación objetiva la convierta en adecuada.

Y queda por comprobar los datos completos respecto del colectivo que se encuentra en situación de desventaja, es decir, aquéllos a quienes se ha reconocido, al menos, dos pensiones de incapacidad permanente en el mismo Régimen de la Seguridad Social, es decir, según el TJUE, aquéllos a quienes se han reconocido dos pensiones de incapacidad permanente en el RETA, un dato que es preciso añadir por la misma magnitud del colectivo, a los efectos de no distorsionar los resultados que, así, se obtengan. No obstante, aunque se incorpore este dato, debe recordarse que faltaría añadir también -para que los datos fueran exhaustivos- a los perjudicados por otros preceptos que, en términos similares, existen en otros Regímenes: nos referimos a los preceptos que siguen impidiendo la compatibilidad de las pensiones en el Régimen Especial del Mar, dado que el art. 18º de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo pesquero es un precepto que tiene un tenor idéntico al art. 163.1º TRLGSS[28].

Asimismo, quedará también por resolver si los datos resultan ser significativos para concluir si aparece la discriminación indirecta, es decir, si bastará que de las cifras -o proporciones- resultantes surja una diferencia de entidad suficiente que obligue a reconocer que el precepto produce una discriminación indirecta por razón de sexo o género, algo que deberá decidir, también, el Juez remitente.

Pero, si ello es así, es decir, si finalmente el Juzgado de lo Social nº 26 reconoce el derecho de la trabajadora-pensionista a las dos pensiones por incapacidad permanente total, significaría ello que el art. 163.1º TRLGSS ya no impediría -por sí mismo- la compatibilización de pensiones de incapacidad permanente total -y tampoco lo harían los correlativos preceptos del RETA y del REM-

[28] Señala este artículo 18º que las pensiones de este Régimen especial serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudo tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.

pero debiera comprobarse, en todo caso, si concurren los presupuestos necesarios para entender que sí corresponde la percepción de dos pensiones de IPT. Y, por tanto, seguiría resultando de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo que exige que las pensiones han de proceder de profesiones, actividades o funciones diferenciadas; además, cada IP ha de tener cotizaciones suficientes para disfrutarse y, por último, que las lesiones y/o las secuelas han de ser autónomas, algo que ha de determinarse en cada supuesto de forma personalizada[29]. Y es que, no siempre que han aparecido dos pensiones de incapacidad permanente sucesivas se ha declarado su compatibilidad, no bastando, para ello que éstas se causaran en diferentes Regímenes de la Seguridad Social[30].

5. MÁS ALLÁ DEL PRONUNCIAMIENTO… ¿PODRÍAMOS ELUDIR LA APLICACIÓN DEL 163.1º TRLGSS A ESTE SINGULAR CASO DE CONCURRENCIA DE PENSIONES DE IPT SUCESIVAS CON UNAS CARACTERÍSTICAS TAN SINGULARES?

Como se ha visto, el único motivo por el que no se extiende la doctrina judicial que se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2014 y que impide que se reconozcan dos pensiones de IPT en el mismo beneficiario es que este reconocimiento iría en contra del art. 163.1º TRLGSS. No obstante, este precepto -que existe en los mismos términos en las regulaciones de cada uno de los Regímenes del Sistema -como se ha visto en el RG, en el RETA y hasta en el REM- parecería más bien concebido para evitar que se dupliquen pensiones de diferente naturaleza, y sobre todo, su finalidad debiera ser, única y exclusivamente, el impedir que se otorgue dos prestaciones al mismo beneficiario para responder a la misma situación de necesidad y evitar que, también, se perciba una cuantía que supere a la que debe reconocerse, en atención a la naturaleza contributiva de las prestaciones que componen nuestro Sistema de la Seguridad Social. Por el contrario, este precepto ha servido para denegar dos pensiones de IPT sucesivas, sin atender a más razonamientos que podrían permitirlo.

Cierto es que nuestro Sistema de Seguridad Social carece de reglas claras de compatibilidad entre las prestaciones que se apliquen a todo el Sistema de la Seguridad Social, pero, se mire como se mire, queda claro que no tiene ninguna razón de ser que el Alto Tribunal consintiera en conceder dos pensiones de incapacidad permanente total a quien ha sido marinero y, después, carpintero; y que, en cambio, no se concedan estas mismas dos pensiones de incapacidad permanente total a quien ha sido auxiliar administrativa y, después, subalterna de casal, siendo el resto de los elementos que rodean los casos, absolutamente análogos pues la incapacidad permanente total se reconoce porque se ha cotizado suficientemente, se ha perdido la capacidad para trabajar en la profesión habitual previa y las secuelas que se han padecido tienen autonomía, de forma que no son las mismas ni suponen un mero agravamiento de las lesiones anteriores, y tampoco sucede que se reutilizan idénticas lesiones para lucrar dos incapacidades permanentes[31].

---

[29] Pues estos condicionantes han sido los que -hasta el momento- han servido para reconocer la compatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente -aunque en regímenes de seguridad social distintos-. Valga, como ejemplo, la Sentencia de 12 de mayo de 2010 (RJ 2010/5252, RCUD nº 3316/2009), en la que se reconoce la compatibilidad de pensiones de Incapacidad permanente total del RETA y absoluta del RGSS por aparecer una diferencia clara entre las profesiones del beneficiario y de las secuelas determinantes y al ser suficientes las cotizaciones acreditadas para causar cada pensión. Y a la misma conclusión se llega en la STS (Social) de 15 de julio de 2010 (RJ 2011/1193, RCUD nº 4445/2009) pues el beneficiario desempeña -en el Régimen General y en el RETA- diferentes profesiones, manifiesta diversas secuelas y constan cotizaciones suficientes en cada régimen como para lucrar cada pensión independientemente considerada.

[30] Así, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, de 3 de mayo de 2018, nº de sentencia 270/2018, JUR 2018/182545, ECLI: ES:TSJCL:2018:1624, no se concede la compatibilidad de dos pensiones que se solicitan, aunque están causadas en dos Regímenes diferentes, porque la pensión de incapacidad permanente absoluta se basa en lesiones que ya padecía el actor antes de la realización de las tareas propias de fisioterapia.

[31] Vid, Blasco Lahoz, J.F., La convergencia en el derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social. La compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones, en Revista de Información Laboral, nº 10, 2017, p. 23.

Así pues, yendo más allá, posiblemente el art. 163.1º TRLGSS no serviría para denegar dos pensiones de IPT en el caso que aquí se plantea. De hecho, este precepto había servido -hasta la aparición de la doctrina judicial de la que resulta exponente la STS de 14 de julio de 2014 referenciada- al INSS para denegar la compatibilidad de pensiones de IPT incluso si estas pensiones se reconocían en regímenes diferentes-; y es cierto que el caso que aquí se plantea es absolutamente excepcional, pues es altamente improbable que se den todas las condiciones que aquí se acreditan para generar dos pensiones sucesivas; pero son estas situaciones las que hacen evolucionar las normas, evitando la fijación de obstáculos que -sean, o no, mayoritariamente más perjudiciales para un sexo u otro- lo cierto es que generan desventajas para ciertos colectivos que quedan contaminados por una sospecha de fraude.

Y ello porque la naturaleza contributiva de las prestaciones en la Seguridad Social determina que unas mismas cotizaciones no den lugar a varias prestaciones de percepción simultánea, pero esta misma naturaleza contributiva obliga a que estas mismas cotizaciones puedan ser aprovechadas, lo que lleva a interpretar que la utilización de unas cotizaciones para el reconocimiento de una prestación anula toda posibilidad de ulterior reconocimiento. Ello, a sensu contrario significaría que la compatibilidad -entre pensiones de incapacidad permanente, incluso- debiera ser plena cuando no existe la reutilización de cotizaciones, que es el caso que aquí aparece[32].

A mayor abundamiento, la incapacidad permanente total sí permite al pensionista trabajar posteriormente cuando las funciones no coincidan con las que dieron lugar a la incapacidad permanente[33], de acuerdo con lo establecido en el art. 198 TRLGSS[34], algo que viene generando otros problemas[35] pero a cuyo tenor se permite trabajar -y cotizar- después de haber sido declarada la primera IP; este tipo de conflictos son similares a los que aparecen en torno a si es posible compatibilizar la propia pensión de IPT con la incapacidad temporal que pudiera percibirse después[36].

---

[32] Vid, Fundamento Jurídico Segundo, apartado 2 de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 12 de mayo de 2010 (RJ 2010/5252, RCUD 3316/2009).

[33] *Vid.* Rodríguez Iniesta, G., Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente, Revista española de Derecho del trabajo, nº 184, 2016.

[34] Art. 198. Compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por incapacidad permanente. 1. En caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total. De igual forma podrá determinarse la incompatibilidad entre la percepción del incremento previsto en el artículo 196.2, párrafo segundo, y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social. 2. Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. 3. El disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el artículo 213.1.

[35] Ya que se admite que la IPT se pueda compatibilizar con el trabajo, incluso cuando el trabajo realizado no es muy diferente y el trabajador sólo cambia las funciones que realiza atendiendo a los problemas de salud que éste presenta. Vid, así la STSJ de Galicia (Social) de 2 de febrero de 2022, nº 504, pronunciamiento en el que se reconoce a un peón de parques eólicos en situación de IPT que tiene como cuadro clínico determinante del reconocimiento de la IPT un cuadro clínico de "síndrome vertiginoso periférico" la posibilidad de compatibilizar el percibo de esta pensión con el salario percibido por la realización de funciones de peón de palas eólicas en suelo. Igualmente, en la Sentencia del Juzgado nº 3 de Murcia de 27 de noviembre de 2020, AS 2021/602, nº proc. 746/2019, se posibilita que un trabajador perceptor de una IPT pueda trabajar en la misma empresa, en la misma categoría, pero realizando funciones o tareas distintas a las de su anterior puesto.

[36] Vid, respecto a esta problemática Ruano Albertos, S., Compatibilidad o incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total con el subsidio de incapacidad temporal. Comentario a la SJS nº 4 de Sevilla, 23 de mayo de 2001, en Revista doctrinal Aranzadi Social, nº 4612/2001.

Pero, además de lo anterior, la incapacidad permanente total genera el acceso a una pensión singular que, por propia definición, por la configuración del estado de necesidad que cubre - la merma de ingresos derivada de la imposibilidad de trabajar a la vista de las secuelas que se padece por el afectado- y por la protección que ofrece - se calcula aplicando el porcentaje del 55% sobre base reguladora-, es compatible con el trabajo, lo que convierte en inverosímil la fundamentación de que no pueda accederse a dos pensiones de IPT, después, tras haber cotizado posteriormente en esa nueva ocupación, distinta de la anterior.

Por lo demás, y aunque existe una clara prevalencia del establecimiento de la incompatibilidad de la percepción de diferentes pensiones, no ocurre lo mismo en la IPT[37], estableciéndose, de hecho, casi un principio general de compatibilidad entre trabajo y pensión[38] cuya interpretación es compleja atendiendo también a que no contamos con un concepto unívoco de profesión habitual[39]. En cualquier caso, sí debiera permitirse que, cuando sea posible -y en este supuesto lo es- y, dado que estamos ante un régimen de seguridad social contributivo, que la regla sea que, si se cotiza, después también puedan generarse nuevas prestaciones[40], algo que ayudará, también, a volver a la vida activa a los ya pensionistas.

Valga, en cualquier caso, la presente cuestión prejudicial, para poner en entredicho el mal uso del art. 163.1º TRLGSS, un precepto que no debiera haber servido para denegar, sin más, dos pensiones de Incapacidad permanente total, sucesivas y autónomas entre sí, en los términos que han sido expuestos, habiendo derivado en una situación que, como se ha visto, es kafkiana y que, ante la inacción a la que nos tiene acostumbrados el legislador, ha debido corregirse con el planteamiento -nada sencillo- de una cuestión prejudicial por el Juez remitente, alegando una discriminación indirecta por razón de sexo cuya aparición ojalá logre ser apreciada a la luz de los nuevos datos que deben aportarse por el INSS[41].

[37] Señala Sempere Navarro, A., El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo, en Revista Doctrinal Aranzadi Social, nº 9, 2013 que en el caso de la IPT la regulación es bastante permisiva permitiendo compatibilizar trabajo y pensión.

[38] Vi, in extenso, Fernández Dominguez, J.J., El tratamiento jurídico de la incapacidad para el trabajo en el sistema español de seguridad social, en AAVV., Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación, Murcia, Laborum, AESSS, p. 47 y ss. Esta compatibilidad que era mucho más clara en la regulación previa de la IPT, aunque entonces esta compatibilidad debía de regularse reglamentariamente. Vid., ARAGÓN GÓMEZ, C., La compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente, en AAVV., La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el trabajo, Valladolid, Thomson Reuters-Lex Nova, 2013, p. 117.

[39] Vid, entre otros muchos estudios acerca de esta cuestión Trillo García, A., Algunos problemas en relación con la incapacidad permanente total en AAVV., Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación, Murcia, Laborum, AESSS, 2017, p. 1059.

[40] Aunque a veces deban establecerse límites, algo que debiera tenerse en cuenta de cara a la aplicación del complemento del 20% en la pensión de IPT, límites que ya existen.

[41] Como mantiene Monereo, J.L., en Discriminación indirecta en la incompatibilidad de pensiones de incapacidad permanente en el marco un mismo régimen público de Seguridad Social, Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 7, 2022, disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-00000001999, una de las cuestiones que insiste el TJUE es en la necesidad de efectuar una reforma legal que equipare el régimen jurídico de pluriactividad con el de pluriempleo, de modo que se aplique el principio de pensión única en el sistema. También Trillo García aboga por insistir en esa solución. Vid, A propósito de la sentencia del tribunal de justicia de la unión europea de 30 de junio de 2022 recaída en el asunto c-625/20, km contra el INSS, Colección Briefs AEDTSS, disponible en: https://www.aedtss.com/a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-de-30-de-junio-de-2022-recaida-en-el-asunto-c-625-20-km-contra-el-inss/.

6. BIBLIOGRAFÍA.

Aragón Gómez, C., La compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente, en AAVV., *La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Valladolid, Thomson Reuters-Lex Nova, 2013,

Blasco Lahoz, J.F., La convergencia en el derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social. La compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones, *Revista de Información Laboral*, nº 10, 2017, p. 23.

Fernández Dominguez, J.J., El tratamiento jurídico de la incapacidad para el trabajo en el sistema español de seguridad social, en AAVV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, AESSS., 2017.

Monereo, J.L., Discriminación indirecta en la incompatibilidad de pensiones de incapacidad permanente en el marco un mismo régimen público de Seguridad Social, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 7, 2022.

Rodríguez Iniesta, G., Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente, *Revista española de Derecho del trabajo*, nº 184, 2016.

Ruano Albertos, S., Compatibilidad o incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total con el subsidio de incapacidad temporal. Comentario a la SJS nº 4 de Sevilla, 23 de mayo de 2001, en *Revista doctrinal Aranzadi Social*, nº 4612/2001.

Sempere Navarro, A., El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 9, 2013

Trillo García, A., Algunos problemas en relación con la incapacidad permanente total en AAVV., *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, AESSS, 2017.

Trillo García, A., *A propósito de la sentencia del tribunal de justicia de la unión europea de 30 de junio de 2022 recaída en el asunto c-625/20, km contra el INSS*, Colección Briefs AEDTSS.

nº 33 (4º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El incremento de la base de cotización al régimen especial de trabajadores autónomos en un momento inmediatamente anterior al hecho causante para lucrar prestaciones derivadas del embarazo más elevadas: "fraude y castigo"[1]

Increasing the contribution base to the special scheme for self-employed workers at a time immediately prior to the event giving rise to higher pregnancy benefits: "fraud and punishment"

Carmen Solís Prieto
Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura
https://orcid.org/0000-0002-1470-3378

Cita Sugerida: SOLIS PRIETO, C.: «El incremento de la base de cotización al régimen especial de trabajadores autónomos en un momento inmediatamente anterior al hecho causante para lucrar prestaciones derivadas del embarazo más elevadas: "fraude y castigo"». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 33 (2022): 125-134

Resumen

Este estudio tiene por objeto analizar el criterio adoptado por nuestro Tribunal Supremo sobre los efectos derivados del incremento fraudulento de la base de cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en un momento inmediatamente anterior al hecho causante de prestaciones derivadas del embarazo con la finalidad de aumentar la cuantía de éstas ante un riesgo no previsible, sino cierto. Los distintos pronunciamientos recaídos sobre esta materia en suplicación oscilan entre dos posturas: por un lado, la procedencia de la pérdida de las prestaciones y la devolución de las cantidades percibidas y, por otro, el reintegro de la diferencia entre la prestación calculada conforme a la base mínima por la que se venía cotizando y la que efectivamente se percibió y que fue calculada con arreglo a una base más elevada por la que se cotizó tras el incremento producido en el período inmediatamente anterior al hecho causante, cuando ya se conocía el estado de gestación.

Palabras clave

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos; incremento de base de cotización; prestaciones derivadas del embarazo; fraude; infracción; sanción

Abstract

This study aims to analyze the criterion adopted by our Supreme Court on the effects derived from the fraudulent increase of the contribution base in the Special Regime of Self-Employed Workers at a time immediately prior to the event causing benefits derived from pregnancy in order to increase the amount of these in the face of a risk that is not foreseeable, but true. The various pronouncements on this subject at the request of the petitioner vary between two positions: on the one hand, the origin of the loss of benefits and the reimbursement of the amounts received and, on the other, the reimbursement of the difference between the benefit calculated according to the minimum base for which it was being paid and that which was actually received and which was calculated on a higher basis for which it was paid after the increase occurred in the period immediately preceding the causal event, when the state of pregnancy was already known.

Keywords

Special scheme for self-employed workers; increase in the contribution base; pregnancy benefits; fraud; infringement; penalty

[1] Trabajo derivado de la estancia de investigación desarrollada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla al amparo de la ayuda concedida por la Universidad de Extremadura para la recualificación del Sistema Universitario Español para 2021-2023, en su modalidad de recualificación del profesorado universitario funcionario o contratado (150247_RP-06).

Fecha Recepción: 22/9/2022 - Fecha Revisión: 23/9/2022 - Fecha Aceptación: 24/9/2022
Pags. 125-134

1. LA FACULTAD DE ELECCIÓN DE LA BASE DE COTIZACIÓN EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS: LA DELGADA LÍNEA ENTRE LA LICITUD Y EL FRAUDE

Sin perjuicio del nuevo sistema de cotización para los trabajadores autónomos establecido por el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio[2], que basa la cotización de éstos en los ingresos reales derivados del trabajo por cuenta propia desarrollado[3] y que entrará en vigor el próximo día 1 de enero de 2023 (disposición final 5ª), el rasgo que ha venido caracterizando la cotización a nuestro Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) es la facultad de elección de la base[4], lo que supone "un elemento distorsionador del sistema"[5]. Así, estos trabajadores, con independencia de su edad, podrán elegir una base de cotización que pueda alcanzar hasta el 220% de la base mínima de cotización que cada año se establezca para este régimen especial (artículo 310 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social[6] (en adelante, TRLGSS)]. Mediante solicitud a la Tesorería General de la Seguridad Social, de forma simultánea a la solicitud de alta en este régimen especial y dentro del plazo establecido para formular ésta, pueden determinar la base de cotización dentro de los límites comprendidos entre las bases mínima y máxima establecidas anualmente por la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado[7], surtiendo efectos desde el momento en que nazca la obligación de cotizar y pudiendo ser modificada posteriormente hasta cuatro veces al año por elección de otra, siempre respetando los mencionados límites (artículo 43 y 43 *bis* del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social[8]). Como puede comprobarse, el RETA "no discrimina entre los distintos niveles de ingresos profesionales que puede llegar a percibir un trabajador por cuenta propia, a diferencia de lo que sucede para los trabajadores asalariados, cotizantes en proporción a la cuantía de su salario", siendo la libertad de aquél "[e]l régimen que preside la determinación de la base de cotización […], sólo limitada por las cuantías máximas y mínimas que anualmente se establecen para ella"[9]. Esta peculiaridad no sólo ha conllevado que cerca de un 80% de los trabajadores encuadrados en el RETA opten por la base mínima de cotización, sino que lo ha convertido en "un régimen deficitario, cuya sostenibilidad […] depende de las aportaciones de otros regímenes", como bien señala la Exposición de Motivos del citado Real Decreto-ley 13/2022.

Esta posibilidad de novar las cotizaciones, en principio perfectamente legal y que se justificaría, conforme a la lógica, en la incertidumbre y variabilidad de los ingresos obtenidos por el trabajador autónomo, sin embargo, en base a su absoluta permisividad y a su incidencia sobre futuras prestaciones, favorece comportamientos nada acordes con el principio contributivo que informa

[2] 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 núm. 179, de 27 de julio de 2022).

[3] Cervilla Garzón, M. J.: "La financiación de los regímenes especiales de trabajadores autónomos", *Temas Laborales*, núm. 81, 2005, p. 261, realiza un magnífico repaso de los sectores doctrinales que, hace más de veinte años, ya proponían que la cuantía de la base de cotización en el RETA se calculase en función del volumen real de ingresos del trabajador.

[4] Sáez Lara, C.: "Sostenibilidad del sistema de protección social de los trabajadores autónomos", en Gómez Muñoz, J. M. (dir.): *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*, Bomarzo, Albacete, 2019, p. 462, señala que en el RETA existe un "sistema flexible de cotización a la carta".

[5] Ribes Moreno, M. I.: "La necesaria reformulación del sistema de cotización de régimen de autónomos: una reflexión al hilo de las últimas novedades legislativas y perspectivas comparadas", en Gómez Muñoz, J. M. (dir.): *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*, Bomarzo, Albacete, 2019, p. 495.

[6] BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

[7] Actualmente, según dispone para el RETA el artículo 106.seis.1 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021), la base mínima de cotización es de 960,60 euros mensuales, mientras la máxima asciende a 4.139,40 euros mensuales.

[8] BOE núm. 22, de 25 de enero de 1996.

[9] Cervilla Garzón, M. J.: "La financiación de los regímenes especiales de trabajadores autónomos", ob. cit., p. 261.

nuestro sistema de Seguridad Social, haciendo mella en su viabilidad y eficacia[10]. De esta forma, en no pocas ocasiones, está opción se ha venido utilizando de forma fraudulenta para incrementar anticipadamente la base de cotización y así poder lucrar prestaciones más elevadas asociadas, por ejemplo, al embarazo, al nacimiento de hijo o a intervenciones quirúrgicas programadas, al tener conocimiento de que el hecho causante de las mismas estaba próximo a acaecer sin que se constatase un aumento de los ingresos del trabajador autónomo que justificase dicha variación de la base. Eso es lo que "antiguamente se venía identificando como compra de pensiones injusta, desprovista de todo signo de aleatoriedad, característico del régimen de protección del sistema de la Seguridad Social, en donde la contribución al mismo se realiza al margen de que las contingencias puedan o no causar pero a sabiendas de que éstas, de producirse, generarán derechos económicos"[11].

Esta situación no ha tardado en ser calificada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como infracción muy grave en base a su carácter fraudulento [artículo 26.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social[12] (en adelante, TRLISOS)], de lo que podría desprenderse no sólo la pérdida de la prestación durante un período de seis meses [artículo 47.1.c) TRLISOS], lo que, estando ante prestaciones de corta duración, determinará a la postre la propia extinción del subsidio que se venía percibiendo, sino también el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas (artículo 47.3 TRLISOS) a consecuencia del incremento de la base de cotización justo antes de solicitar la prestación.

Frente a lo previsto en el TRLISOS, que, como ya se ha adelantado, califica en su artículo 26.1 como infracción muy grave "[a]ctuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan", hay quien ha visto en el precepto del TRLGSS referido a la pérdida o suspensión del derecho al subsidio de nacimiento o cuidado de menor (artículo 180) una base sobre la que fundamentar efectos menos contundentes que la pérdida de la prestación durante un período de seis meses, pues éstos últimos sólo se refieren a que la pérdida o suspensión de la prestación serán las consecuencias de una actuación fraudulenta tendente a obtener o conservar una prestación. En tanto este artículo no hace referencia expresa a esta suerte de actividad fraudulenta consistente en la elevación de la base de cotización por parte del trabajador autónomo inmediatamente antes de la actualización de un riesgo conocido y cierto para él, cabría plantearse si la pérdida o suspensión del subsidio se limitaría exclusivamente al supuesto de verificación de una de las actuaciones fraudulentas basadas en las motivaciones allí previstas (obtención o conservación de la prestación) o si, por el contrario, debería también extenderse a todos aquellos supuestos de percibo de una prestación en una cuantía más alta de la que correspondería, a consecuencia de un incremento de la base de cotización por parte del trabajador autónomo en un momento inmediatamente anterior a la verificación de un hecho causante que, por su origen, se tiene certeza de que se va a producir.

Llegados a este punto, en base a la disyuntiva anteriormente planteada, la cuestión giraría en torno a la cuestión de si realmente esa conducta debería ser sancionada y a los efectos que se derivarían de esa eventual actuación fraudulenta del trabajador autónomo, siendo especialmente importante en este caso la cuestión, no menor, de qué debe entenderse por cantidad indebidamente percibida: ¿sólo las cantidades derivadas de la sanción que excedieran del cálculo de la prestación sobre la base mínima, no pudiendo perderse, por tanto, la prestación calculada conforme a la base mínima, o la cuantía total del subsidio percibido? A darle respuesta a todas estas cuestiones se dedicarán las líneas que siguen.

[10] STS (Social) de 27 de febrero de 2012 (recurso de casación para la unificación de doctrina número 1563/2011).
[11] STSJ de Madrid (Social) de 10 de noviembre de 2015 (recurso de suplicación número 315/2015).
[12] BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2000.

2. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA STS (SOCIAL) DE 31 DE MAYO DE 2022: LA DEVOLUCIÓN DE LA CUANTÍA TOTAL DE LAS PRESTACIONES PERCIBIDAS CALCULADAS CONFORME A LA BASE DE COTIZACIÓN INCREMENTADA INMEDIATAMENTE ANTES DE SU HECHO CAUSANTE CUANDO SE APRECIA FRAUDE EN DICHA CIRCUNSTANCIA

La resolución judicial objeto de análisis trae causa en el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por una trabajadora autónoma contra la STSJ (Social) de la Comunidad Valenciana de 23 de octubre de 2018 (recurso de suplicación número 2882/2017) en materia de prestación por maternidad.

El periplo judicial, tras la pertinente reclamación administrativa previa, comenzó en el año 2014. Tras haber disfrutado de una prestación por riesgo durante el embarazo durante los últimos tres meses del mismo, a la trabajadora se le reconoció la prestación por maternidad en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social con fecha de efectos 27 de noviembre de 2013. Ha de señalarse que la base reguladora diaria reconocida para el cálculo de dicha prestación ya fue impugnada por la trabajadora, que vio desestimada su pretensión tanto en vía administrativa como en vía judicial. Pocos días después del reconocimiento de la prestación por maternidad, la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social remitió oficio a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Castellón solicitando que se realizaran las comprobaciones oportunas debido a las sospechas que, sin que constara un aumento de sus ingresos, generaba el incremento por parte de la trabajadora de la base de cotización. Así, pasó, de la base mínima (858,60 euros[13]), por la que optó más de un año antes al causar alta en el RETA a consecuencia del desarrollo de tareas de comercial como autónoma, a otra bastante superior (2.700 euros), cuando ya se encontraba en estado de gestación (2 meses aproximadamente), circunstancia de la que, sorprendentemente, la trabajadora sostenía no tener conocimiento en el momento del incremento de la base de cotización. De aquellas indagaciones se derivó la correspondiente acta de infracción, en la que se proponía la extinción de la prestación reconocida y el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, al considerar que se había actuado fraudulentamente para obtener prestaciones superiores a las que corresponderían mediante el incremento de la base de cotización justo antes de solicitar la primera prestación disfrutada, lo que, en base al artículo 26.1 TRLISOS, debía ser calificado como infracción muy grave. Haciendo suya la propuesta de la Inspección, el Instituto Nacional de la Seguridad Social incoó expediente sancionador y dictó resolución confirmando la sanción propuesta de extinción de los subsidios percibidos y el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, cuyo importe alcanzaba el total de las prestaciones de riesgo durante el embarazo y maternidad que le fueron abonadas[14].

Ante este panorama, la trabajadora interpuso demanda tanto contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social como contra la Tesorería General de la Seguridad Social, por lo que a la prestación de maternidad se refería, y, adicionalmente, contra la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social a cuyo cargo había venido percibiendo la prestación de riesgo durante el embarazo. Solicitaba la calificación de la percepción de ambas prestaciones como conforme a Derecho, alegando dos circunstancias: que el incremento de la base de cotización llevado a cabo se fundamentaba en un aumento de los ingresos derivados de la actividad por cuenta propia desarrollada, circunstancia sobre la que no se practicó prueba alguna, y que no conocía su estado de gestación en dicho momento. Subsidiariamente, su pretensión estaba constituida por la declaración de la procedencia de las dos

[13] Cuantía entonces vigente en base al artículo 113.cinco.1 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012).

[14] Sobre el procedimiento de suspensión cautelar y de imposición de sanciones por infracciones muy graves a los solicitantes o beneficiarios de prestaciones del Sistema de Seguridad Social, *vid.* artículo 38 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (BOE núm. 132, de 3 de junio de 1998).

prestaciones recibidas pero calculadas con la base mínima de cotización vigente en el momento, de lo que se derivaría la devolución sólo de la parte de las prestaciones que excediera del cálculo llevado a cabo conforme a la mencionada base mínima.

La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Castellón de la Plana el 22 de junio de 2017 (resolución número 255/2017), desestimó totalmente su pretensión. Pero la trabajadora, lejos de aquietarse, interpuso, primeramente, recurso de suplicación, que fue igualmente desestimado por la STSJ de la Comunidad Valenciana (Social) de 23 de octubre de 2018 (recurso de suplicación número 2882/2017) y, con posterioridad, recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como resolución de contraste la STSJ de Navarra (Social) de 16 de febrero de 2016 (recurso de suplicación número 467/2015). Dicho recurso, de la misma manera, fue desestimado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 31 de mayo de 2022 (recurso de casación para la unificación de doctrina número 290/2019), cuyo ponente fue el Magistrado D. Ángel Blasco Pellicer. El análisis de la controversia planteada en las mismas constituye el objeto de este trabajo.

3. POSICIONAMIENTO ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL EN TORNO A LOS EFECTOS DERIVADOS DEL CARÁCTER FRAUDULENTO DEL INCREMENTO DE LA BASE DE COTIZACIÓN A SOLICITUD DE LA TRABAJADORA AUTÓNOMA INMEDIATAMENTE ANTES DE LA MANIFESTACIÓN DEL HECHO CAUSANTE

La cuestión relativa a la calificación como fraudulenta o no del incremento de la base de cotización a solicitud de los trabajadores autónomos en un momento inmediatamente anterior a la manifestación del hecho causante y los efectos derivados de dicha circunstancia, ha venido siendo objeto de controversia desde hace tiempo, señaladamente por lo que hace al caso de las trabajadoras autónomas embarazadas que llevan a cabo dicha modificación al alza pocos meses antes del nacimiento del hijo que esperan.

A nivel administrativo, como ya se ha adelantado, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, haciendo suyo el criterio también manifestado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social[15], siempre ha defendido que, sin perjuicio de que esa situación está prevista en nuestro ordenamiento jurídico para poder adecuar al nivel de ingresos de cualquier trabajador autónomo la base de cotización de cada momento, la opción de éste por una base más elevada, normalmente la máxima, con el único objeto de incrementar todo lo posible la prestación que a ciencia cierta va a percibir, dado el previo conocimiento del hecho del que la misma se derivaría (en este supuesto, las prestaciones de riesgo durante el embarazo y de maternidad, actual prestación por nacimiento y cuidado de hijo, una vez conocido el estado de gestación, aunque también podría darse el caso de una prestación de incapacidad temporal ante una intervención quirúrgica programada) constituye un fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil[16]), debiendo ser calificada como infracción muy grave a tenor del artículo 26.1 TRLISOS[17], de lo que se derivaría la sanción consistente en la extinción de las prestaciones percibidas y la devolución total de las obtenidas (artículo 47.1 y .3 TRLISOS). Cabe, sin embargo, resaltar que, en alguna ocasión, el Instituto Nacional de la Seguridad Social ha pretendido, subsidiariamente, la limitación del derecho de la trabajadora autónoma al percibo de las prestaciones

[15] Así se desprende no sólo de las sentencias relacionadas con el caso [SJS número 4 de Castellón de la Plana de 22 de junio de 2017 (resolución número 255/2017) y STSJ de la Comunidad Valenciana (Social) de 23 de octubre de 2018 (recurso de suplicación número 2882/2017)], sino también en la STSJ de Aragón (Social) de 26 de septiembre de 2007 (recurso de suplicación número 727/2007) y la STSJ de Cataluña (Social) de 7 de febrero de 2020 (recurso de suplicación número 5907/2019), entre otras.

[16] Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

[17] Cfr. con la STSJ de Navarra (Social) de 16 de febrero de 2016 (recurso de suplicación número 467/2015), en la que, salvo error en la transcripción, el Instituto Nacional de la Seguridad Social la califica como infracción grave.

en la cuantía correspondiente a la base mínima de cotización entonces vigente[18], lo que en nuestra opinión, como se verá, constituye un error.

A nivel jurisdiccional, por contra, los pronunciamientos han oscilado en ambas direcciones.

A favor de la calificación como fraudulenta de esta actuación por parte de la trabajadora autónoma en supuestos de estado de gestación conocidos y avanzados, de cuya sanción se derivaría la pérdida de la prestación y la calificación como prestación indebidamente percibida de todo lo cobrado y su correspondiente devolución, se han posicionado tanto la SJS núm. 4 de Castellón de la Plana de 22 de junio de 2017 (resolución número 255/2017) como la STSJ de la Comunidad Valenciana (Social) de 23 de octubre de 2018 (recurso de suplicación número 2882/2017). Como señala expresamente la última de las resoluciones citada, la razón en la que se justificaría la misma se halla en que una interpretación reduccionista, según la cual sólo la actuación fraudulenta para obtener o conservar el derecho a la prestación, pero no con la finalidad de incrementar la cuantía de ésta, permitiría denegar, anular o suspender las prestaciones de incapacidad temporal y maternidad no se desprende de los entonces vigentes artículos 132.1.a) y 133 *quinquies* TRLGSS en su versión de 1994[19]. Dichos preceptos "no contemplan términos medios en el supuesto […] de que la actuación fraudulenta tenga como finalidad la obtención de prestaciones superiores a las que correspondan", por lo que "[l]a propia conducta entendida como fraudulenta comporta el riesgo de que se detecte oportunamente y que, obviamente, no dé lugar a que el estado de cosas alterado se mantenga como si nada hubiera pasado, pues precisamente la norma prevé que el fraude, en el caso de radicar en el subsidio de maternidad, se entienda actuación que implique su extinción o pérdida".

Sin embargo, también hay resoluciones judiciales que, en la situación analizada, abogan por la mera limitación al percibo de las prestaciones en la cuantía correspondiente a la base mínima de cotización, como es el caso de la SJS núm. 4 de Pamplona con procedimiento número 193/2014 y de la STSJ de Navarra (Social) de 16 de febrero de 2016 (recurso de suplicación número 467/2015). Así, como señala esta última, "la redacción literal del artículo 133 *quinquies* TRLGSS, que establece la pérdida o suspensión del derecho al subsidio por maternidad, lo es como denegación, anulación o suspensión, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para "obtener o conservar" dicha prestación", al igual que ocurre con "la redacción del artículo 132 TRLGSS […], referido al subsidio de incapacidad temporal"[20]. Por todo ello, según estas resoluciones, en tanto no se cumpliría el tipo para proceder a su sanción, por cuanto la infracción no consistiría en obtener o conservar indebidamente una prestación sino en que, cumpliendo todos los requisitos exigidos para el acceso a la misma (afiliación, alta, período de cotización cubierto y hecho causante), sólo se ha indebidamente incrementado la base de cotización, lo que procedería sería única y exclusivamente el abono de la prestación en función de la base mínima. De esta forma, no se beneficiaría de una prestación de cuantía más elevada derivada de un incremento injustificado de la base de cotización y, por ende, de la base reguladora de la misma, pero tampoco perdería el derecho a la prestación, pues la actuación fraudulenta en ningún caso perseguía obtener o conservar una prestación que no le correspondiese. Ahora bien, como puede sin dificultad colegirse, si los efectos derivados de esta conducta fraudulenta consistiesen sólo en ello, la posible sanción de la misma no tendría ningún tipo de efecto disuasorio y cualquier autónoma trataría de utilizar torticeramente el mecanismo del incremento de la base para obtener a futuro una prestación más cuantiosa pues, a la postre, siempre tendría el respaldo de una prestación calculada conforme a la base mínima por la que con anterioridad venía cotizando.

[18] STSJ de Navarra (Social) de 16 de febrero de 2016 (recurso de suplicación número 467/2015).

[19] Se hace referencia al ya derogado 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 de junio de 1994), siendo los artículos 175 y 180 TRLGSS los preceptos que actualmente regulan dicha cuestión.

[20] De la misma forma, dichos preceptos son del ya derogado texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1994.

Los argumentos esgrimidos a favor de la conservación de la prestación, aunque en una cuantía inferior, giran en torno a dos ejes principales. Por un lado, el innegable hecho de que la trabajadora autónoma había obtenido una prestación para cuyo reconocimiento y mantenimiento cumplía todos los requisitos exigidos por la legislación aplicable. Por otro, la censura jurídica se fundamenta en la interpretación amplia que se venía realizando de los anteriormente vigentes artículos 132 y 133 *quinquies* TRLGSS, extendiendo los efectos de su aplicación a supuestos no previstos en los mismos pues, pese a haber accedido y mantener la correspondiente prestación conforme a Derecho al cumplir con los requisitos exigidos legalmente para ello, sólo se había utilizado de forma fraudulenta la posibilidad de incrementar las bases de cotización para que así la cuantía de las mismas fuese más alta. Por todo lo expuesto, se llegaría a la conclusión de que el Instituto Nacional de la Seguridad Social carecería de fundamento legal en la que basar la calificación como indebidamente percibida de la cuantía total de la prestación que se había venido abonando.

En la misma línea, hay incluso quien, en estos casos de prestaciones vinculadas al estado de gestación y a la próxima maternidad, ha ido más allá negando la propia existencia del fraude. Así, frente a la consideración de que el aumento de la base de cotización durante el embarazo supone un fraude de ley al constituir un simple medio instrumental dirigido a conseguir un incremento en la cuantía de la posterior prestación que le correspondería a la trabajadora autónoma, podría entenderse que dicha interpretación supondría una discriminación directa por razón de sexo dado que la normativa permite a dichas trabajadoras modificar hasta en cuatro ocasiones la base de cotización a lo largo de cada ejercicio anual sin que deban probar que responde a mayores ingresos en su actividad ni a otra causa que la sola voluntad de incrementar el nivel de cobertura de la acción protectora. Desde esta posición se esgrime igualmente que no hay norma alguna en nuestro ordenamiento que prohíba el aumento de cotizaciones antes y/o durante el embarazo y, menos aún, el aumento de cotizaciones, precisamente, por razón del embarazo, por lo que no existiría conducta dirigida a obtener un resultado prohibido como exige el artículo 6.4 del Código Civil para la concurrencia del fraude de ley[21].

Como se ha podido comprobar, la cuestión ha venido siendo objeto de controversia desde hace tiempo en suplicación. Ahora bien, las sentencias analizadas están enfocando el problema desde una perspectiva, en mi opinión, poco acertada pues parecen estar mezclado la regulación existente al respecto en materia de Seguridad Social y la normativa sancionadora. Podría parecer que no es lo mismo tener que devolver una prestación que se ha obtenido de manera fraudulenta tras haber falseado que se cumplen los requisitos para ello, pues se estaría ante un caso en que procedería la anulación del acto a través del que se reconoció la prestación, que devolver la prestación (o parte de la misma) obtenida conforme a Derecho en base al cumplimiento de las exigencias pero que, precisamente por haber mediado fraude en la determinación de la base de cotización de la que dependerá su base reguladora y, por ende, su cuantía. Ahora bien, ¿qué ocurre si, en base a ese carácter fraudulento, se impone la pérdida de la prestación como sanción? Como bien señala la doctrina, en este sentido, la regulación contenida a este respecto en el TRLGSS no es armónica con lo establecido por el TRLISOS sobre infracciones administrativas de los trabajadores en materia de Seguridad Social[22], lo que obligará a llevar a cabo una interpretación sistemática de los preceptos implicados.

Pese a la controversia generada, sin embargo, sobre la concreta problemática de los efectos del incremento fraudulento de la base de cotización nunca se había pronunciado el Tribunal Supremo. No ha sido hasta el año 2022 cuando éste se ha manifestado sobre la concreta cuestión de si, ante dicho aumento fraudulento de la base de cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por

[21] Voto particular del Ilmo. Sr. Carlos Hugo Preciado Domenech a la STSJ de Cataluña (Social) de 15 de octubre de 2021 (2184/2021).

[22] Aunque referido al subsidio de incapacidad temporal, en tanto sus reflexiones son igualmente aplicables a la prestación de maternidad tratada en el caso analizado, *vid.* lo señalado por Gorelli Hernández, J.: "Incapacidad temporal", en Gorelli Hernández, J.; Val Tena, Á. L. de; Alzaga Ruiz, I.; Arias Domínguez, Á.; Marín Alonso, I. y Gutiérrez Pérez, M.: *Lecciones de Seguridad Social*, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2021, p. 209.

una trabajadora embarazada, procede como sanción la extinción de las prestaciones y la devolución de las cantidades percibidas; o si, por el contrario, sólo se derivaría el reintegro de la diferencia entre las prestaciones calculadas conforme a la base mínima por la que se venía cotizando antes de la maquinación fraudulenta y las que efectivamente se percibieron y que fueron calculadas con arreglo a la base superior por la que se cotizó, tras el incremento producido en el período inmediatamente anterior al hecho causante.

4. LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA POR EL TRIBUNAL SUPREMO: LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SANCIONADORA Y EL ALCANCE DE SUS EFECTOS

Como no podía ser de otra manera, para la resolución de la controversia la Sala IV del Tribunal Supremo, en su sentencia de 31 de mayo de 2022 (recurso de casación para la unificación de doctrina número 290/2019), parte de la innegable legalidad de la posibilidad que tienen a su disposición los trabajadores autónomos para modificar su base de cotización. Ahora bien, de la misma forma, es igualmente consciente de que en muchos supuestos esas variaciones de la base mínima a otra muy superior, llegando incluso a la máxima, no constituyen más que la vía para lucrar una mayor prestación cuando se sabe que el hecho causante de la misma se va a producir, ante la inexistencia de dato alguno sobre el que poder fundamentar que el incremento obedezca a la búsqueda de un equilibrio entre la base de cotización y los verdaderos ingresos o rendimientos obtenidos como trabajadora autónoma, como sucede en el caso objeto de estudio sin que la existencia de dicho fraude de ley se haya discutido[23]. No sólo es que en instancia no se practicara prueba alguna que evidenciara que los ingresos de la trabajadora autónoma habían sufrido un incremento, sino que la existencia de fraude en su actuación es admitida de manera implícita por la misma, como se indica en la sentencia dictada en suplicación. Sin perjuicio de que la cuestión no es discutida en la resolución analizada, cabe señalar a este respecto que, como subraya la jurisprudencia[24], "el fraude no puede presumirse, pero sí puede llegar a acreditarse por presunciones", debiendo entenderse la "no presunción del fraude" en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario (al modo de una inversión de la carga probatoria, ciertamente prohibida). Ahora bien, ello no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones (artículos 385 y 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil[25]), cuando entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir haya "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano". Así, la existencia de fraude de ley o de abuso del derecho no puede presumirse y sólo podrán declararse si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados en el correspondiente relato fáctico de la sentencia, como ocurre en el caso comentado atendiendo a la combinación de fechas de la solicitud de la modificación de la base de cotización, del comienzo del embarazo y del parto. De ello, se desprendería la voluntad de la trabajadora autónoma embarazada de incremento injustificado de las bases de cotización con la intención de acceder a prestaciones de mayor cuantía, teniendo en cuenta que se había estado cotizando con anterioridad por una base muy inferior.

[23] Entre las sentencias que aprecian la existencia de fraude de ley, cabe citar, entre otras, la STSJ de Aragón (Social) de 26 de septiembre de 2007 (recurso de suplicación número 727/2007) y, sobre un supuesto de incapacidad temporal, la STSJ de Castilla y León, Valladolid (Social) de 14 de abril de 2016 (recurso de suplicación número 256/2016). Por el contrario, no consideran que el fraude de ley se haya producido la STSJ de Castilla-La Mancha (Social) de 27 de octubre de 2004 (recurso de suplicación núm. 803/2003), aunque se refiere a un caso de incapacidad temporal, y la STSJ de Cataluña (Social) de 7 de febrero de 2020 (recurso de suplicación número 5907/2019).

[24] SSTS (Social) de 6 de febrero de 2003 (recurso de casación para la unificación de doctrina número 1207/2002), de 24 de febrero de 2003 (recurso de casación para la unificación de doctrina número 4369/2001) y de 21 de junio de 2004 (recurso de casación para la unificación de doctrina número 3143/2003). *Vid.*, igualmente, la STSJ de Madrid (Social) de 10 de noviembre de 2015 (recurso de suplicación número 315/2015), en la que se recoge un magnífico resumen de la jurisprudencia en la materia.

[25] BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

Sentado lo anterior, la Sala señala que, en base al anteriormente vigente artículo 133 *quinquies* TRLGSS (hoy artículo 180 TRLGSS), "[e]l derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación", debiendo ser interpretado el verbo obtener de forma que comprenda tanto la "obtención de una prestación en cuantía superior a la que se tenía derecho, como la obtención de una prestación *ex novo* a la que no se tuviera derecho".

Esta interpretación se fundamentaría en uno de los criterios que, según el artículo 3.1 del Código Civil, deben ser tenidos en cuenta a la hora de realizar la tarea exegética: el sistemático. En base a éste se procura realizar la interpretación teniendo en cuenta otros preceptos que forman parte del ordenamiento, lo que permitirá alcanzar un sentido acorde con el contenido general de aquél. Así, en este caso, habría que dirigirse a los artículos 23.1.e) y 26.1 TRLISOS en los que, respectivamente, se tipifican como infracciones muy graves "[i]ncrementar indebidamente la base de cotización del trabajador de forma que provoque un aumento en las prestaciones que procedan" y "[a]ctuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan".

A su vez, hay que traer a colación lo previsto en el artículo 47.1.c) TRLISOS, según el cual a los beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social que cometan las infracciones muy graves antes mencionadas se les sancionará con la pérdida de la prestación durante un período de seis meses, lo que conllevará el reintegro total y absoluto por ministerio de la ley de las prestaciones percibidas en el período sancionado, período que no fue alcanzado por ninguna de las dos prestaciones que disfrutó la trabajadora. De esta forma, la devolución total de la prestación no es sino la forma de hacer efectiva la sanción de pérdida de la prestación que el propio precepto estipula derivada de la actuación fraudulenta, por lo que no cabría hablar de un mero reintegro parcial de la cuantía indebidamente percibida (artículo 47.3 TRLISOS).

No caben fórmulas parciales[26], pues, como ya se había venido señalando, "tanto el concepto de extinción como el de pérdida de la prestación llevan implícita la devolución de todo lo percibido, que, en su integridad, lo ha sido indebidamente" ya que "[s]e privaría de su auténtico sentido punitivo a la norma si […] el reintegro sólo alcanzara al exceso eventualmente obtenido por la supracotización irregular detectada" y "el fraude, calificado como infracción muy grave, resultaría impune, al limitarse la consecuencia del mismo a recuperar […] aquello sobre lo que nunca tuvo derecho" la trabajadora autónoma[27].

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La todavía vigente peculiaridad del sistema de cotización al RETA, conforme a la cual se permite al trabajador autónomo elegir y modificar su base de cotización con independencia de los rendimientos que pueda obtener de la actividad por cuenta propia que desarrolla, no sólo empobrece a un sistema de Seguridad Social como el nuestro regido por los principios de contributividad y solidaridad, sino que, como se ha podido comprobar, puede ser utilizada de forma torticera para obtener fraudulentamente prestaciones más cuantiosas en casos en los que se sabe que el hecho causante está próximo a suceder, como ocurre con las prestaciones que pueden derivarse del embarazo una vez la trabajadora se encuentra en estado de gestación, pues la aleatoriedad de la contingencia se desvanece.

[26] Así lo señala Gallego Moya, F.: "Artículo 180. Pérdida o suspensión del derecho al subsidio por nacimiento y cuidado de menor", en Sempere Navarro, A.V. y Barrios Baudor, G.L. (dirs.) y Cavas Martínez, F. (coord.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social (volumen IV)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, consultado en versión electrónica.

[27] Aunque referido al caso de una trabajadora por cuenta ajena, así se manifiesta la STSJ de Aragón (Social) de 16 de abril de 2012 (recurso de suplicación número 134/2012).

Ante estas situaciones, el Tribunal Supremo ha venido a aclarar el alcance de los efectos derivados de la sanción asociada a esta infracción administrativa de carácter muy grave. Así, el incremento fraudulento de las base de cotización en el RETA por una trabajadora embarazada en los meses anteriores a que se produzca el hecho causante de una prestación derivada de dicho estado de gestación conllevaría la pérdida de la prestación durante el período de seis meses marcado por el TRLISOS y la devolución de la totalidad de las cantidades percibidas, pues el mero reintegro de la diferencia entre las prestaciones calculadas conforme a las bases mínimas por las que se venía cotizando y las que efectivamente se percibieron, y que fueron calculadas con arreglo a las bases máximas por las que se cotizó tras el incremento producido en el período inmediatamente anterior al hecho causante, haría que la sanción perdiera completamente su naturaleza punitiva y función disuasoria.

6. BIBLIOGRAFÍA

Cervilla Garzón, M. J.: "La financiación de los regímenes especiales de trabajadores autónomos", *Temas Laborales*, núm. 81, 2005.

Gallego Moya, F.: "Artículo 180. Pérdida o suspensión del derecho al subsidio por nacimiento y cuidado de menor", en Sempere Navarro, A. V. y Barrios Baudor, G. L. (dirs.) y Cavas Martínez, F. (coord.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social (volumen IV)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.

Gorelli Hernández, J.: "Incapacidad temporal", en Gorelli Hernández, J.; Val Tena, Á. L. de; Alzaga Ruiz, I.; Arias Domínguez, Á.; Marín Alonso, I. y Gutiérrez Pérez, M.: *Lecciones de Seguridad Social*, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2021.

Ribes Moreno, M. I.: "La necesaria reformulación del sistema de cotización de régimen de autónomos: una reflexión al hilo de las últimas novedades legislativas y perspectivas comparadas", en Gómez Muñoz, J. M. (dir.): *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*, Bomarzo, Albacete, 2019.

Sáez Lara, C.: "Sostenibilidad del sistema de protección social de los trabajadores autónomos", en Gómez Muñoz, J. M. (dir.): *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*, Bomarzo, Albacete, 2019.

nº 33 (4º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en torno a la posibilidad de acceder a la incapacidad permanente contributiva desde una situación de jubilación anticipada por discapacidad

The evolution of the doctrine of the Supreme Court around the possibility of accessing permanent contributory disability from an early retirement situation due to disability

Sheila López Vico
Contratada predoctoral FPU del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-2608-3436

Cita Sugerida: LÓPEZ VICO, S.: «La evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en torno a la posibilidad de acceder a la incapacidad permanente contributiva desde una situación de jubilación anticipada por discapacidad». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 33 (2022): 135-153

Resumen

En los últimos años, son diversos los pronunciamientos emanados por nuestros Tribunales donde se cuestionaba la posibilidad de reconocer la incapacidad permanente a aquellas personas que en el momento de su solicitud se encontraban disfrutando de la jubilación anticipada por razón de discapacidad, al entender -y así se refleja en diversos pronunciamientos- que ello supondría una especie de doble discriminación positiva. Sobre dicha base, y conforme a los requisitos exigidos por el art. 195.1 LGSS, venía entendiendo el Tribunal Supremo que no era posible reconocer la incapacidad permanente a dichas personas al encontrarnos ciertamente ante una situación de jubilación anticipada, sino en todo caso ante una jubilación ordinaria en función de sus circunstancias específicas. Dicha controvertida doctrina fue posteriormente desmontada por diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, donde se reconoce la existencia de una discriminación no justificada para las personas con discapacidad. Sobre la base de dicho recorrido jurisprudencial, se realizará un análisis del estado en el cual se encuentra actualmente dicha cuestión tras el reciente pronunciamiento del TS de 27 de abril de 2022, donde el mismo realiza un cambio en la doctrina que venía hasta el momento siguiendo.

Abstract

In recent years, there have been several rulings issued by our Courts questioning the possibility of recognizing permanent disability to those people who at the time of their application were enjoying early retirement due to disability, on the understanding - and this is reflected in various rulings - that this would imply a kind of double positive discrimination. On this basis, and in accordance with the requirements of art. 195.1 LGSS, the Supreme Court had understood that it was not possible to recognize the permanent incapacity of such persons since we were certainly faced with a situation of early retirement, but in any case with an ordinary retirement depending on their specific circumstances. This controversial doctrine was subsequently dismantled by various rulings of the Constitutional Court, which recognizes the existence of unjustified discrimination against persons with disabilities. On the basis of this jurisprudential review, an analysis will be carried out of the state in which this issue is currently located following the recent ruling of the Supreme Court of 27 April 2022, where it makes a change in the doctrine that has been followed until now.

Palabras clave

jubilación anticipada; discapacidad; incapacidad permanente; unificación de doctrina; Tribunal Supremo

Keywords

early retirement; disability; permanent disability; unification of doctrine; Supreme Court

Fecha Recepción: 10/9/2022 - Fecha Revisión: 19/9/2022 - Fecha Aceptación: 20/9/2022
Pags. 135-153

1. INTRODUCCIÓN

La protección jurídico-social de las personas con discapacidad se alza, probablemente, como una de las cuestiones más complejas y controvertidas en el ámbito laboral[1], al ser precisamente este punto donde se ha detectado la existencia de mayores escollos a la hora de lograr una plena y efectiva integración de dicho colectivo en el mercado de trabajo en general, y en las empresas del mercado ordinario en particular[2].

Ello encuentra su justificación en los arraigados estereotipos y estigmas que rodean la figura de dichos trabajadores, y que hacen que, erróneamente, sigan siendo vistos hoy en día como un eslabón débil de la cadena[3], dedicados a tareas básicas y puestos de trabajo de baja cualificación, alcanzando un menor desarrollo formativo -presentando actualmente el grueso de las personas con discapacidad en nuestro país una formación básica o media, siendo prácticamente residual el número de los mismos que obtienen un título universitario o superior[4]-, y estando, como consecuencia de todo ello, expuestos a una mayor penosidad y precariedad en el desarrollo de su labor productiva[5].

Por supuesto, dichos factores tienen posteriormente su reflejo en el acceso por parte de los mismos a las medidas de protección social, especialmente aquellas de carácter contributivo, por las condiciones de precariedad, temporalidad y penosidad a los que los mismos se encuentran sometidos durante la mayor parte de su vida laboral.

Todo ello muestra cómo, pese a los importantes avances logrados en materia de protección de las personas con discapacidad en nuestro país desde el año 2006, ello no se encuentra en sintonía con la realidad a la cual se enfrenta este colectivo en el mercado de trabajo actual[6].

En nuestro sistema, existen diversas instituciones dirigidas a paliar los posibles efectos que dichos condicionantes y riesgos de carácter estructural presentes en nuestro país pueden causar en la garantía de la existencia digna de las personas con discapacidad. Entre las que, sobre la base de la Sentencia objeto de análisis, cabe destacar la prestación de Incapacidad permanente -en adelante y para abreviar IP- y la de jubilación. Como ha señalado la doctrina, ambas figuras persiguen una serie de finalidades que, si bien son similares, no se identifican en su totalidad. Así, mientras que la IP se constituye en nuestro sistema como un contingencia destinada a proteger "la pérdida -previsiblemente- definitiva, total o parcial, de la capacidad de trabajo…, debido a la existencia de

[1] Entre otras razones por representar "*la mejor forma de garantizar la autonomía económica*", tal y como recoge la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:52021DC0101, así como también *"un factor determinante para la inclusión de las personas con discapacidad*" en nuestro país, tal y como se extrae del III Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía, disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/servicios/normativa/normas-elaboracion/detalle/210953.html

[2] *Vid*. Ordóñez Casado, M.I.: "Los enclaves laborales", en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A (Dirs.), Murcia, Laborum, 2021, p. 567.

[3] *Cfr*. Llano Sánchez, M.: "El enclave laboral: ¿cesión de personal discapacitado o subcontratación con centros especiales de empleo?", en VV.AA.: *Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2008.

[4] *Cfr*. SEPE: Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad Estatal. Datos 2021, Madrid, 2022, p, 15, disponible en: https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-mercadotrabajo-estatal-discapacitados.html

[5] *Cfr*. López Insua, B.M.: "La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales" en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2021, p. 183.

[6] *Vid*. Ruiz Santamaría, J.L.: *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Navarra, Aranzadi, 2019, p. 161.

reducciones anatómicas o funcionales graves[7]", la segunda de ellas se dirige a "proporcionar rentas vitales a quién, por razón de edad, está fuera del mercado laboral y de la posibilidad de procurarse rentas derivadas del trabajo[8]."

Históricamente ambas prestaciones venían coexistiendo en nuestro sistema sin mayores controversias, existiendo una doctrina del Tribunal Supremo -en adelante TS- consolidada en lo que al acceso a la IP desde una situación de jubilación[9], ordinaria o anticipada, se refiere, al entender el mismo que, al encontrarnos ante contingencias de carácter profesional e imponer el art. 143 TRLGSS para acceder a una IP que el beneficiario no hubiera cumplido en dicho momento *la «edad mínima»* para poder acceder la pensión de jubilación, debía de denegarse la posibilidad de acceder a esta prestación desde una situación de jubilación al venir configuradas ambas como prestaciones de carácter profesional y ser el eje del sistema de protección de pensiones contributivas la vejez y no la invalidez[10].

No obstante, dicha situación cambió radicalmente a partir del año 1997 como consecuencia de la aprobación de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, la cual modificó el contenido del artículo 138.1 TRLGSS añadiendo un párrafo segundo en los siguientes términos*: "No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, cualquiera que sea la contingencia que las origine, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el apartado 1.a) del artículo 161 de esta Ley y reúna todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.»*

En el mismo sentido, cabe indicar como si bien antes de dicha fecha el artículo 143.2 TRLGSS disponía que *"tanto las declaraciones de invalidez permanente, como las relativas a los distintos grados de incapacidad, serán revisables en todo tiempo, en tanto que el beneficiario no haya cumplido la edad mínima establecida para la pensión de jubilación*" la redacción del mismo se modificó figurando a partir del año 1997 en los siguientes términos "*toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de invalidez permanente, en cualquiera de sus grados, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 161 de esta Ley*."

De este modo, si bien antes de la modificación de dichos preceptos podía entenderse -conforme a la doctrina seguida por el TS- que la posibilidad de acceder a una prestación de IP quedaba totalmente descartada en el momento en el cual el solicitante hubiese alcanzado ya la «*edad mínima de jubilación*» -incluido dada la amplitud de dicho término también la jubilación anticipada de dicho colectivo al constituir la misma una reducción o rebaja en la misma[11]-, dicha tesis perdió

[7] *Cfr*. Garrigues Giménez, A.: "La incapacidad permanente y su relación con otras prestaciones: incapacidad temporal, desempleo, jubilación", en VV.AA.: *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Monereo Pérez, J.L. y García Ninet, J.I. (Dirs.), Granada, Comares, 2004, p.504.

[8] *Vid*. Blasco Pellicer, A.: "Incapacidad permanente y jubilación: el acceso a la protección más allá de la edad de jubilación", en VV.AA.: *I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación,* Ortiz Castillo, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2017, p. 349.

[9] Entre otras así puede verse en la STS 14 de octubre de 1992.

[10] *Cfr*. STS, 30 de Enero de 1996, rec. 1636/1995, fundamento de derecho cuarto.

[11] Apoyando dicha tesis también sobre la base del art. 161.2 TRLGSS en virtud del cual "*la edad mínima ..., podrá ser rebajada por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca."* Tal y como puede apreciarse, al utilizar dicho precepto el término «*edad mínima*» parece comprender el art. 138.1 TRLGSS también estos supuestos.

consistencia tras dicha reforma, estrechándose en consecuencia desde dicho momento la relación entre ambas prestaciones[12] y con ello, la controversia a la hora de ordenar su aplicación práctica.

2. DESIGUALES PRONUNCIAMIENTOS EN TORNO A LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JUDICIAL ANTE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA LGSS

A raíz de los cambios normativos que en esta materia se produjeron a partir del año 1997, y que han sido constantes en nuestro país a lo largo de las últimas décadas, podemos encontrar en nuestro marco jurisdiccional un amplio número de pronunciamientos que avalan cada una de las distintas tesis señaladas en torno a la posibilidad de reconocer la IP a una persona que se encuentra en una situación de jubilación anticipada.

Si bien no es objeto de este estudio realizar una análisis detallado y pormenorizado sobre la evolución de dicho criterio jurisdiccional, sí resulta vital señalar al menos algunas de las sentencias más relevantes en cada uno de los extremos, ya que ello nos permitirá posteriormente comprender como afectan las últimas reformas realizadas en nuestro marco normativo al debate existente en este punto, así como también posicionarnos en torno a la posible compatibilidad o no entre ambas pensiones.

De este modo, puede señalarse en primer lugar la STS de 27 de julio de 2005[13], la cual -si bien reconoce que el texto literal del art. 138.1 a) TRLGSS tras la modificación operada remite expresamente al art. 161.1 a) de dicha misma norma-, respalda la doctrina que desde el año 1992 venía siguiendo dicho Tribunal al considerar que "*la literalidad en la redacción de dicho precepto, no puede llevarnos a la conclusión del recurrente, ya que si la finalidad del art. 138.1 del TRLGSS, es evitar, en supuestos normales que puedan acceder a la pensión de invalidez permanente, aquellos posibles beneficiarios, que reúnan los requisitos entre ellos la edad para jubilarse, esto es 65 años, cuando se da la circunstancia de que, el trabajador ya está jubilado voluntariamente antes de cumplir esa edad, es evidente que tampoco puede acceder a dicha pensión, ya que a ello conduce una interpretación finalista de la Ley, pues los efectos de la jubilación forzosa y los de la voluntaria son los mismos, pues la razón de ambos casos es la misma, impedir que quien está jubilado o pueda jubilarse, tenga acceso a otra pensión*".

En sentido contrario se pronunció un año más tarde dicha misma sala por medio de la STS de 22 de Marzo de 2006[14] en la cual reconoce como, si bien antes de la modificación normativa señalada resultaba realmente difícil desechar la doctrina citada -principalmente al no existir en nuestra normativa un precepto específico que vienese a regular esta cuestión-, esta situación cambia radicalmente con la aprobación de la citada ley, ya que al introducir la misma el segundo párrafo del art. 138.1 TRLGSS referido expresamente a dicha cuestión, y sobre la base de la redacción literal del mismo[15] debemos de "*atenernos al imperativo legal de tal mandato*[16]" en virtud del cual "*el acceso a las pensiones de incapacidad permanente, cuando el interesado cumple los requisitos necesarios para ello, sólo se veda o impide a quienes han cumplido 65 años de edad. De ahí que, si todavía no se ha alcanzado esta edad, no hay razón para denegar la incapacidad permanente aun cuando el solicitante sea pensionista de jubilación anticipada*[17]*.*" Añadiendo además que en el momento

[12] *Cfr*. López Cumbre, L.: "Jubilación e incapacidad permanente en sus modalidades contributivas: una nueva visión desde la consideración conjunta de las situaciones objeto de cobertura", *en Revista Foro de Seguridad Social,* núm. 17, 2007, pp. 100-101.

[13] Rec. 6733/2003.

[14] Rec. 5069/2004.

[15] Resaltando dicho Tribunal que, sobre la base del art. 3.1 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil -en adelante CC- que, "*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras…".*

[16] STS de 22 de Marzo de 2006, Fundamento de derecho tercero, párrafo 3.

[17] STS de 22 de Marzo de 2006, Fundamento de derecho tercero, párrafo 1.

de la promulgación de la norma, el legislador conocía criterio que había venido siguiendo el TS en torno a esta cuestión, pese a lo cual mismo "*constriñe y limita los efectos de esa imposibilidad a los 65 años; lo cual refuerza la interpretación que aquí propugnamos*[18]*." Finalmente, recuerda dicha sala que* al encontrarnos ante norma de seguridad social, resulta necesario que el análisis de dichos preceptos *sean "objeto de una exégesis favorable a la protección de las situaciones de necesidad protegidas por nuestro sistema público garantizadas por la norma fundamental, en cuanto inherentes al estado social y de derecho",* debiendo de evitarse en consecuencia en este punto la realización de una interpretación adversa y limitativa del citado derecho. En consecuencia, sobre la base de dichos razonamientos estimo el TS por medio de dicha Sentencia el recurso de casación para la unificación de doctrina, sobre la base del cual se reconoce la posibilidad de acceder a una IP desde una situación de jubilación anticipada[19].

Pese a ello, y de manera más acusada con cada una de las sucesivas modificaciones operadas en este punto en nuestro sistema normativo desde entonces, ni el debate doctrinal ni los distintos pronunciamientos jurisprudenciales aprobados desde entonces han sido pacíficos en torno a esta cuestión. Es por ello que, antes de entrar a analizar con mayor detenimiento el contenido de la sentencia sobre la base de la cual se articula el presente estudio, debemos de realizar un breve recorrido por las modificaciones que en estos preceptos, y en particular en el artículo 161 LGSS, se han realizado desde entonces, ya que ello nos permitirá comprender el conflicto que aún hoy en día se encuentra presente en torno a la posibilidad de aplicar una IP desde una situación de jubilación «*anticipada*» por discapacidad, encontrándose en dicho punto precisamente la clave para poder posicionarse en cada uno de los extremos antagónicos en torno a los cuales gira actualmente la resolución de dicha cuestión.

De este modo, cabe partir señalando como, pese a las diversas sentencias analizadas anteriormente, en la que hemos visto como el colectivo de personas con discapacidad venía accediendo a la jubilación anticipada, no se reconocerá expresamente dicha posibilidad en nuestro marco legal hasta el año 2002. De este modo, por medio de la disposición adicional primera de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible -en adelante Ley 35/2002-, se contempló la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada con carácter general[20], recogiendo de manera expresa por medio del segundo párrafo del art. 161.2 una referencia a la posibilidad de acceder a esta modalidad de jubilación por parte de las personas con discapacidad, estableciendo que "*la edad mínima a que se refiere el párrafo a) del apartado anterior podrá ser reducida en el caso de personas minusválidas en un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100 en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales*."

Esta norma fue desarrollada por medio del Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía -en adelante y para abreviar RD 1539/2003-, en cuya exposición de motivos se especifica que el fin con el cual se incorpora dicho precepto en nuestro ordenamiento jurídico no es otro que compensar "*el mayor esfuerzo y la penosidad que ocasiona para un trabajador minusválido la realización de una actividad profesional, circunstancia ésta que puede posibilitar la reducción ordinaria de la edad de jubilación, de acuerdo con los condicionantes establecidos en el mencionado artículo 161.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*". En cuanto a la elección del método utilizado para llevar a cabo la reducción señalada, se

[18] STS de 22 de Marzo de 2006, Fundamento de derecho tercero, párrafo 3.

[19] Doctrina que posteriormente ha sido respaldada por otras sentencias como son la STS de 13 de junio de 2007, rec. 2282/2006 o la STS de 21 de enero de 2015, rec. 491/2014.

[20] *Cfr*. Toscani Giménez, D.: "Las reformas introducidas en la jubilación anticipada por la Ley 27/2011", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 27, 2011, p. 210.

inclina -con una terminología desafortunada al volver a referirse a una edad de acceso ordinario a la jubilación anterior a la de 65 años- por la aplicación de una serie de coeficientes reductores.

Posteriormente, y siguiendo la línea marcada por el RD 1539/2003, fue promulgada la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, por la cual se operó una modificación significativa en la estructura del artículo 161 TRLGSS. De este modo, si hasta dicho momento se había venido regulando en un único precepto tanto el régimen de beneficiarios de la prestación de jubilación como la figura de la jubilación anticipada, a partir de la promulgación de dicha norma el citado precepto de divide en dos normas individuales. Así, el art. 161 TRLGSS continuaba regulando los sujetos beneficiarios de dicha prestación, mientras que la figura de la «*jubilación anticipada*» pasó a ser regulada por un precepto específicamente creado con dicho fin, siendo este el art. 161 bis. Por medio de dicha modificación se amplió también el contenido de este último, extendiendo los supuestos en los que podía optarse a la jubilación anticipada por razón de discapacidad al de aquellas personas con un grado de discapacidad "*igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurran evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas."* Siendo este último supuesto desarrollado por medio del Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento. En este caso, a diferencia de lo que ocurría en el RD 1539/2003, se inclina esta norma por el establecimiento de una edad mínima de jubilación específica, que se fija en 58 años[21].

Con la aprobación del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social -en adelante y para abreviar LGSS-, cambió al enumeración de dichos preceptos tal y como veremos al reflejar la normativa relevante para la resolución de la cuestión planteada en la STS sobre la base de la cual se articula este estudio, pasando a regularse esta figura junto a la jubilación anticipada por razón de actividad en el art. 206 LGSS. Pese a lo cual, el contenido y la terminología utilizada permaneció inalterada en el supuesto de la jubilación anticipada por razón de discapacidad.

Por último, en el año 2021 por medio de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones -en adelante y para abreviar Ley 21/2021-en adelante y para abreviar Ley 21/2021- , se ha vuelto a llevar a cabo un desglose del contenido de dicho precepto, creándose un nuevo art. 206 bis mediante el cual se separa la regulación de la jubilación anticipada por razón de actividad -que permanece en el art. 206 LGSS- y en caso de discapacidad, siendo este el único cambio operada ya que, más allá del cambio de emplazamiento, el contenido ha permanecido inalterado.

Las reformas señaladas constituyeron sin duda un lienzo en blanco para poder poner fin a los problemas interpretativos que, tal y como hemos visto, habían venido sucediéndose desde el año 1992 en nuestro país en torno a la posibilidad de acceder o no a la IP desde una situación de jubilación anticipada en el caso de las personas con discapacidad, aclarando de manera expresa en dicho precepto si nos encontramos ante una edad mínima ordinaria de jubilación que ocurre en un momento anterior a los 65 años -edad recogida en el art. 161.1 a) TRLGSS, ahora en el art. 205.1.a) LGSS- o por el contrario ante un supuesto de jubilación anticipada en la que, en consecuencia, no concurre dicho requisito[22]. Sin embargo, tal y como ha podido extraerse del análisis normativo realizado, ninguna

[21] Reduciéndose esta posteriormente a 56 años por medio de la disposición adicional decimoctava de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

[22] *Cfr*. Maldonado Molina, J.A.: "La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 30, 2022, p. 78.

de ellas ha aclarado dicha cuestión. Es más, la terminología que en las sucesivas reformas ha venido siendo utilizada ha afianzado la existencia de dos posiciones diferenciadas en nuestro sistema.

De este modo, y continuando con el análisis de la doctrina jurisdiccional existente en torno a dicha cuestión en nuestro país, a raíz de dichas reformas son aún más dispares los pronunciamientos existentes en esta materia.

Siguiendo la tónica anteriormente mencionada, nos encontramos con un conjunto de pronunciamientos judiciales que sostienen que no es posible reconocer la IP a una persona que previamente se encontraba en una situación de jubilación anticipada por discapacidad. Entre dichas sentencias puede subrayarse por su claridad expositiva la STS de 29 de junio de 2020[23], la cual fundamenta su razonamiento en que "*la referencia a la edad de jubilación que se hace en los arts. 195, 196 y 200 de la LGSS, al igual que en otros preceptos de la LGSS para otras cuestiones, debe ser interpretada en atención al variado régimen jurídico que rodea a la protección de dicha contingencia."* En este sentido, entiende este tribunal que junto a la edad ordinaria de jubilación contenida en el actual art. 205.1.a) LGSS -de 67 o 65 años- recoge nuestra normativa otra serie de supuestos que dan lugar a una edad de jubilación distinta a la señalada, como ocurre en aquellos casos en los que mediante los términos «rebaja» o «reducción de la edad común» se establece una edad de jubilación inferior a la ordinaria. Pues bien, entiende la sala que en estos últimos casos, la utilización de dichos términos "*no puede entenderse en otro sentido que en el de sustituir el número de años de la general u ordinaria por otra que, en definitiva, también viene a constituirse como edad ordinaria de jubilación establecido para los supuestos expresamente contemplados. Por ello, aunque la denominación de esa jubilación vaya acompañada en el texto legal del término anticipada, esa edad no deja ser una edad ordinaria para el colectivo al que se le aplica*." Sobre la base de dicho razonamiento, considera el tribunal que no puede ser reconocida la IP a aquellas personas que hayan alcanzado la edad de jubilación ordinaria a la cual expresamente remite el art. 206 bis LGSS esto es, aquella regulada en el "*art. 205.1 a) ni cuando se alcance la que como tal tengan establecida colectivos específicos, en donde el número de años de edad del art. 205.1 a) se ve sustituido por el allí establecido."* Ya que "*la remisión que hace el citado precepto al art. 205.1 a) no lo es a un simple guarismo"*.

Por otro lado, nos encontramos con la segunda vía interpretativa, siendo esta la seguida en el pronunciamiento del TS de 22 de Marzo de 2006 anteriormente señalado, que viene a entender que, desde el cambio normativo producido en el año 1997 así como en las sucesivas normas promulgadas en nuestro país, debe de atenderse al *imperativo legal de tal mandato*, que de manera clara remite en exclusiva a la edad de jubilación ordinaria contenida en el artículo 205.1 a) LGSS y no al resto de supuestos donde se produce una "reducción" de la misma[24]. Alegando también los pronunciamientos que siguen esta doctrina que, de haber querido el legislador incluir en la prohibición aquellos otros supuestos señalados, así lo habría recogido expresamente al ser sobradamente conocida la doctrina que antes de dicha reforma había venido siguiendo el TS.

Tampoco la doctrina se ha mostrado unánime a la hora de resolver esta cuestión, aunque si bien en este punto predominan, tal y como veremos, aquellos pronunciamientos que, sin entrar a pronunciarse sobre la pertinencia o no de reconocer la IP a una persona en situación de jubilación anticipada por discapacidad, entienden que en el caso de la jubilación anticipada del art. 206 bis LGSS no nos encontramos realmente ante una «jubilación ordinaria» propiamente dicha, sino ante

[23] Rec. 1062/2018.

[24] Esta interpretación ha sido plasmada, entre otras en la STS de 29 Junio 2020, Rec. 1062/2018, STS de 21 de Enero de 2015, Rec. 491/2014 o la Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, STS de 1 Julio de 2020, Rec. 1935/2018.

una reducción o anticipación de la edad ordinaria de jubilación, al no existir sanción alguna que permita calificarla como tal[25].

En este complejo y relevante debate jurídico-doctrinal se enmarca el reciente pronunciamiento del TS de 27 de abril de 2022 de unificación de doctrina, que, retomando la segunda de las líneas de pensamiento señaladas anteriormente, retiene que sí cabe reconocer la IP en una situación de jubilación anticipada.

De este modo, ante la indudable actualidad jurídica e impacto que el mismo presenta en la protección jurídico social de las personas con discapacidad en nuestro país, al analizarse por medio del mismo también una posible situación de discriminación, entraremos a analizar con mayor detenimiento en el apartado siguiente la misma.

3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 2022, REC. 184/2019

3.1. PROBLEMA JURÍDICO OBJETO DE ANÁLISIS: A VUELTAS CON EL CARÁCTER DISCRIMINATORIO DE LA DENEGACIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE DESDE UNA SITUACIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA POR DISCAPACIDAD

El Tribunal Supremo por medio de la Sentencia de 27 de Abril de 2022, se pronuncia sobre una cuestión que, si bien no resulta novedosa en nuestro marco jurídico laboral, presenta una elevada conflictividad en su aplicación práctica así como altas dosis de actualidad jurídica ante la última reforma operada en la normativa aplicable al mismo tras la aprobación de la Ley 21/2021.

Por medio de esta, se analiza y resuelve un supuesto de incompatibilidad de prestaciones, concretamente entre una prestación de jubilación anticipada por discapacidad -recogida en el art. 206 bis LGSS- y de incapacidad permanente - arts. 193 y ss.-. El problema en este caso gira en torno a la posibilidad de reconocer una IP a un trabajador que, aun no habiendo cumplido la edad máxima de 65 años legalmente recogida para poder acceder a dicha prestación, había accedido ya con carácter previo a una jubilación anticipada por discapacidad.

Para resolver esta cuestión, el TS realiza un recorrido a través de la doctrina que, en torno a esta cuestión, dicha sala ha ido manteniendo a la largo de los últimos años en aras de determinar si, sobre la base del art. 206 bis LGSS, debe de entenderse la remisión en él contenida al art. 205.1 a) LGSS de manera estricta, esto es, referida exclusivamente a dicha edad ordinaria de jubilación de 65 años, o por el contrario debe de adoptarse una visión más amplia que, teniendo en cuenta la complejidad de dicho régimen y la terminología utilizada en ella, permita entender que en dicha edad ordinaria se engloban también aquellos supuestos que, erróneamente denominados de jubilación ordinaria, suponen en realidad un reducción o rebaja de la misma.

3.2. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA Y HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Sin ánimos de ser exhaustivos, debemos detenernos brevemente en los antecedentes y hechos probados sobre los que se asienta el supuesto en cuestión.

[25] Así lo recogen, entre otros, Salvador Pérez, F. y Blasco Rasero, C.: "Artículo 161. Beneficiarios" en VV.AA.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Alarcón Caracuel, M. (Dir.), Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 1040-1053, Gala Durán, C.: "La jubilación anticipada de las personas con discapacidad", en *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núm. 7, 2020 o Maldonado Molina, J.A.: "La jubilación a edades reducidas por actividad o discapacidad" en VV.AA.: *La edad de jubilación*, Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2011, pp. 217-233. En sentido contrario *Cfr*. Rueda Monroy, J.A.: "Reconocimiento de incapacidad permanente tras jubilación anticipada por razón de discapacidad. STC 172/2021 de 7 octubre", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm.4, 2022, p. 354.

El caso objeto de análisis resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social frente a la STSJ de La Rioja de 22 de noviembre de 2018[26] y que como hemos visto gira en torno a la posibilidad de reconocer una IP a una persona que ya es beneficiaria de una pensión de jubilación por discapacidad.

En el conflicto jurídico presentado intervienen, por un lado el Instituto Nacional de la Seguridad Social -en adelante INSS- y la Tesorería General de la Seguridad Social -en adelante TGSS-, y por otro D. Daniel. Este último, había venido prestando sus servicios como agente vendedor de la ONCE desde el año 1998, momento en el cual -como consecuencia de un accidente de tráfico, sufrido en el año 1982 y en el cual sufrió diversas lesiones de gravedad- se le reconoció una minusvalía del 90% , hasta el año 2015 en el cual se le reconoció al mismo el derecho a acceder a una pensión de jubilación anticipada por discapacidad.

Posteriormente, y una vez ya reconocida dicha pensión de jubilación anticipada, solicitó el mismo la pensión de incapacidad permanente en el año 2017. El cual, tras el oportuno reconocimiento médico fue denegado al entender el organismo la Unidad Médica de Evaluación de Incapacidades -en adelante EVI- que el mismo no presentaba reducciones anatómicas o funcionales que viniesen a suponer una disminución o incluso una anulación de su capacidad laboral, siendo posteriormente esta decisión confirmada por medio de Resolución del 5 de julio de dicho mismo año, la cual fundamentó su razonamiento en dos hechos: por un lado, en que dichas lesiones en ningun caso suponen una disminución de su capacidad laboral, al ser anteriores a su afiliación a la Seguridad Social y no haber tampoco experimentado una agravación que supongan la anulación de dicha capacidad. Y en segundo lugar, por ser ya en la fecha de dicha solicitud D. Daniel beneficiario de una pensión de jubilación anticipada por discapacidad. Siendo el segundo de dichos aspectos en el cual nos centraremos en este estudio.

Dicho caso llegó a al Juzgado de lo Social núm. 3 de Logroño, resolviendo este por medio de su Sentencia de 3 de septiembre de 2018 en contra del recurso interpuesto por D. Daniel. Como consecuencia de ello, este último formuló recurso de suplicación ante el TSJ de La Rioja, el cual, por medio de su sentencia de 22 de noviembre de 2018 anteriormente citada, estimo dicho recurso, reconociendo que sí es posible acceder a la situación de invalidez permanente desde la situación de jubilación anticipada por discapacidad, y por tanto, que D. Daniel tiene derecho a una pensión de incapacidad permanente en su grado de gran invalidez.

En este punto, la letrada de la Administración de la Seguridad social plantea el recurso de casación citado ante el TS, planteando la contradicción del recién analizado pronunciamiento del TSJ de la Rioja con la STSJ del País Vasco el 30 de mayo de 2017[27] y siendo este admitido.

En esta última sentencia nos encontramos con un supuesto idéntico al que venimos analizando, con la excepción de que en este último el Tribunal vino a entender que al encontrarse el demandante en una situación previa de jubilación anticipada, la edad ordinaria de jubilación a la cual remite el art. 195 LGSS -y que en consecuencia hay que tomar como límite- no era la de 65 años contenida en el art. 205.1 a) LGSS, sino aquella de carácter reducido a la cual se había llegado como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el art. 206 LGSS regulador -en dicho momento- de la pensión de jubilación anticipada por discapacidad. En consecuencia, entendió dicha sala que al haber ya rebasado el demandante la misma no cumplía los requisitos plasmados en el art. 195 LGSS aún cuando no hubiese alcanzado la edad ordinaria de 65 años.

[26] Rec. 208/2018.
[27] Rec. 1055/2017.

3.3. NORMATIVA JURÍDICA RELEVANTE PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

Antes de entrar a analizar con mayor detalle los fundamentos jurídicos sobre los que se basa el Tribunal para resolver el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y con el fin de dotar este estudio de una base jurídica adecuada que permita comprender el fondo del mismo, debemos de partir realizando un breve repaso de la normativa jurídica aplicable al caso en cuestión.

Tal y como se ha señalado, el caso planteado por medio de esta sentencia gira en torno a la unificación de la doctrina dispar existente en torno a la posibilidad de acceder a la prestación por incapacidad de carácter permanente desde una situación previa de jubilación anticipada por incapacidad. Es por ello, que debemos de partir analizando la regulación legal recogida en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social -en adelante y para abreviar LGSS-.

En particular, concurren en la resolución del conflicto planteado los siguientes preceptos:

En primer lugar, el artículo 195 LGSS mediante el cual se regulan los sujetos que podrán adquirir la condición de beneficiarios de la prestación de incapacidad permanente de carácter contributivo. Este precepto dispone que tendrán derecho a acceder a dicha prestación "*las personas incluidas en el Régimen General que sean declaradas en tal situación y que, además de reunir la condición general exigida en el artículo 165.1, hubieran cubierto el período mínimo de cotización que se determina en los apartados 2 y 3 de este artículo, salvo que aquella sea debida a accidente, sea o no laboral, o a enfermedad profesional, en cuyo caso no será exigido ningún período previo de cotización*." Añadiendo que, en todo caso "*no se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el artículo 205.1.a) y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social."*

En segundo lugar, y por la expresa remisión realizada en el precepto anteriormente citado, cabe evidenciar el contenido del artículo 205.1 a) LGSS, el cual, definiendo los beneficiarios de la prestación por jubilación de carácter contributivo, recoge que tendrán derecho a la misma "*las personas incluidas en el Régimen General que, además de la general exigida en el artículo 165.1, reúnan las siguientes condiciones…, haber cumplido sesenta y siete años de edad, o sesenta y cinco años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias*."

El art. 165.1 LGSS, bajo la rúbrica "condiciones del derecho a las prestaciones.", dispone que "*para causar derecho a las prestaciones del Régimen General, las personas incluidas en su campo de aplicación habrán de cumplir, además de los requisitos particulares exigidos para acceder a cada una de ellas, el requisito general de estar afiliadas y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario."*

Finalmente, y por ser la prestación respecto a la cual se plantea la incompatibilidad, cabe también destacar el contenido del art. 206 LGSS regulador de la jubilación anticipada por razón de la actividad o en caso de discapacidad de manera conjunta. Respecto a este último -y tal y como hemos visto ya anteriormente al analizar la evolución que, a raíz de las distintas reformas normativas operadas en nuestro marco jurídico, ha sufrido la doctrina del TS en torno a esta cuestión - cabe recordar como por medio de la modificación operada tras la promulgación de la Ley 21/2021 se produjo una escisión del contenido de dicho precepto, pasando a regularse de manera separada la jubilación anticipada por discapacidad por medio del art. 206 bis LGSS, manteniendo en lo demás su contenido en los mismos términos que presentaba antes de dicha modificación. Teniendo esto en cuenta, el actual art. 206 bis LGSS dispone que: "*la edad mínima de acceso a la pensión de jubilación a que se refiere el artículo 205.1.a) podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en*

un grado igual o superior al 65 por ciento, en los términos contenidos en el correspondiente real decreto acordado a propuesta del titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas respecto de las que existan evidencias contrastadas que determinan de forma generalizada una reducción significativa de la esperanza de vida. La aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará lugar a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de cincuenta y dos años. Los coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos en el artículo 210.2, y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada."

Junto a dichas normas existen otras que son tenidas en cuenta por el Tribunal de cara a resolver la cuestión planteada, como son el art. 193 y ss. LGSS, los arts. 4.2 c) y 17.1 ET, el art. 14 CE, el RD 1539/2003, la Ley 35/2002, el art. 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social -en adelante LRJS-, etc. Añadiendo algunos autores en el dicho elenco jurídico -pese a nos ser recogida de manera expresa en la sentencia analizada- el Real Decreto-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social[28].

3.4. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y DOCTRINA JURISDICCIONAL APLICABLE EN LA RESOLUCIÓN DEL SUPUESTO

Una vez analizados sucintamente los antecedentes normativos y hechos relevantes en torno a los que gira el conflicto planteado, cabe entrar en mayor detalle a estudiar los fundamentos jurídicos sobre la base de los cuales el TS dictamina que, efectivamente y siguiendo la doctrina que tradicionalmente ha venido recogiendo dicha sala, es posible reconocer la IP a una persona en situación de jubilación anticipada por discapacidad.

Debemos recordar, ya que así lo hace la propia sentencia objeto de estudio, la disparidad de pronunciamientos que a lo largo de las últimas décadas han existido en esta materia, pudiendo encontrar -dependiendo del momento evolutivo del marco normativo de la LGSS en el cual nos enmarquemos-pronunciamientos que avalan la posibilidad de reconocer la IP a una personas que previamente se encuentra disfrutando de una pensión de jubilación anticipada, así como en el sentido contrario.

Precisamente la existencia de dichas disparidades en el criterio que ha venido siguiendo nuestro TS en esta materia, ha dado lugar a que el propio Tribunal Constitucional -en adelante TC- haya tenido que pronunciarse en torno a dicha cuestión, siendo precisamente la doctrina emanada por medio de la STC 172/2021, de 7 de octubre de 2021[29] a la cual alude ahora el TS en el caso objeto de estudio para resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado.

Por medio de la STC 172/2021, el TC se pronuncia sobre la posible existencia de una vulneración del derecho a la no discriminación por razón de discapacidad recogido en el art. 14 CE derivado de la denegación a las personas que se encuentran en una situación de jubilación anticipada por discapacidad el acceso a una IP, al contrario de lo que ocurre en otros supuestos de jubilación anticipada. A dicha Sentencia se llega como consecuencia de uno de los votos particulares contrarios a la STS de 24 de junio de 2020[30] en la cual se denegó la posibilidad de acceder a una IP desde una situación de jubilación anticipada por discapacidad, considerándose por medio del mismo que dicho recurso debía haber sido estimado y que lo contrario supone la ya mencionada discriminación por

[28] *Cfr*. Monereo Pérez, J.L.: "Derecho a acceder a la incapacidad permanente desde la jubilación anticipada por razón de discapacidad", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2022.

[29] Rec. 4119/2020.

[30] Rec. 1411-2018.

razón de discapacidad. Por medio de dicha Sentencia el TC estima dicho recurso, confirmando en consecuencia la existencia de una discriminación por razón de discapacidad. En lo que en este punto nos interesa, fundamenta su fallo el Tribunal en dos aspectos esenciales para discernir la cuestión ahora planteada:

En primer lugar, se alude en dicha sentencia a las denominadas como «*medidas de acción positiva*» las cuales, se articulan en nuestro sistema precisamente con el fin de combatir los graves problemas estructurales existentes en nuestra sociedad y que afectan de manera especialmente acusada a las personas con discapacidad. En este sentido, las mismas pueden ser definidas como aquellas "*de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad*[31]." Entre dichas medidas se encuentran la aplicación de los coeficientes destinados a reducir la edad de jubilación, los cuales, encuentran su fundamentación en *"el mayor esfuerzo y la penosidad*[32]*"* que supone para dichos trabajadores el desempeño de su actividad profesional, siendo este motivo el que precisamente justifica que dicho adelanto en la edad de jubilación no implique, como sí ocurre en otros supuestos recogidos en nuestra normativa, una sanción o reducción de la cuantía de dicha pensión. Es por ello que, dada la naturaleza de dichas medidas, entiende nuestro TC que la argumentación que vienen siguiendo algunas de las sentencias ya citadas en este estudio del TS, por las cuales se sostiene que no nos encontramos realmente ante una jubilación anticipada, sino ante una jubilación ordinaria que concurre en un momento anterior da lugar a un efecto contrario al buscado, dejando sin efectividad dichas medidas al no permitir la igualdad efectiva que por medio de su instauración se persigue.

En segundo lugar, e íntimamente vinculado con el primero de dichos razonamientos, sostiene en el mismo sentido el Tribunal que la citada doctrina lo que hace es *"desnaturalizar el término de jubilación anticipada para asimilarlo a una jubilación ordinaria pero solo en el caso de las personas con discapacidad"*. Asimilación además, errónea según el mismo, ya que según este ni de un análisis sistemático de la norma ni tampoco gramatical pueden extraerse razones suficientes que permitan respaldar dicha tesis ya que ello, por el contrario, supondría una nueva situación de desigualdad entre dicho colectivo y las personas que, por medio de otra de las vías contempladas legalmente, accedan a otra modalidad de jubilación anticipada.

Por todo ello, concluye dicha sentencia afirmando que la interpretación seguida por el del TS en dichas sentencias da lugar a una discriminación no justificada por razón de discapacidad ya que sobre la base de la misma *"toda persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por incapacidad permanente, salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad."*

Sobre la base de dicho análisis jurisprudencial, entra el TS a resolver la cuestión planteada en el supuesto objeto de análisis, sosteniendo el mismo que no cabe descartar la posibilidad de acceder a una IP meramente por el hecho de que el solicitante se encontrase ya disfrutando de una prestación de jubilación anticipada por discapacidad. En concreto, fundamenta dicha afirmación en las siguientes cuestiones.

En primer lugar, atendiendo a la propia interpretación literal -sobre la base del art. 3.1 CC- de los distintos preceptos sobre los que se articula el conflicto -arts. 195 y art, 205.1 a) LGSS- entiende el tribunal que deben de concurrir únicamente dos requisitos para poder denegar el acceso a la IP, siendo estos por un lado que *"el beneficiario reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación*"

[31] *Vid*. Art. 2 g) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

[32] *Cfr*. Monereo Pérez, J.L.: "Derecho a acceder a la incapacidad permanente desde la jubilación anticipada por razón de discapacidad", *cit*., p. 7.

y por otro lado, que el mismo *"tenga cumplidos 67 años o 65 años si acredita determinado periodo de cotización* ." Por lo tanto, no se recoge en ningún momento de manera expresa la prohibición del acceso a la misma desde la situación de jubilación siempre y cuando no se supere dicha edad ni concurran el resto de requisitos exigidos para el acceso a la misma.

En segundo lugar, basa su pronunciamiento en la propia evolución y modificación que ha sufrido la normativa reguladora de esta materia en los términos analizados anteriormente. Así como también en la propia realidad social que ordena, evidenciando en este punto el Tribunal el amplio número de personas que son beneficiarios de una pensión de jubilación anticipada por razón de discapacidad en nuestro país y la tendencia al alza que muestra la misma.

El conjunto de todos dichos factores permite al Tribunal concluir que, el legislador al establecer los requisitos para acceder a la IP lo hizo consciente del "*importante número de pensionistas de jubilación anticipada que no tenían dicha edad y, por lo tanto, podían solicitar, en su caso, prestaciones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común."* Posición que ha mantenido desde entonces en todas y cada una de las reformas que en esta materia se han operado en nuestro país.

En tercer lugar, retiene la sala que denegar dicha prestación al colectivo de personas con discapacidad que por dicha razón se encuentran en una situación de jubilación anticipada, y reconocer la misma -como ha venido ocurriendo- a otros colectivos que también se encuentran disfrutando de una pensión de jubilación anticipada por una razón distinta a la discapacidad conforme a lo dispuesto en nuestra LGSS, supone conforme a la doctrina del TC señalada, una discriminación por discapacidad conforme a lo dispuesto en el art. 14 CE y 4.2 c) y 17.1 ET.

Todo ello lleva al Tribunal a fallar, tal y como se ha señalado, que, al no concurrir en el supuesto planteado los dos requisitos señaladas para denegar el derecho del demandante a acceder a la prestación de incapacidad permanente por no tener el mismo la edad ordinaria de jubilación a la cual remite expresamente la norma reguladora de esta prestación, cabe desestimar el recurso de casación para la unificación de la doctrina planteado en este supuesto, reconociendo el derecho de D. Daniel a acceder la declaración de incapacidad permanente desde de la situación de jubilación anticipada.

4. CLAVE PARA LA RESOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN PLANTEADA: ¿NOS ENCONTRAMOS REALMENTE ANTE UNA JUBILACIÓN ANTICIPADA?

Tal y como ha podido deducirse del análisis realizado hasta ahora, la STS de 27 de abril de 2022 ocupa un importante papel en la protección jurídica y social de las personas con discapacidad, retomando por medio de la misma la doctrina que desde el año 2006 vino sosteniendo en torno a la posibilidad de acceder a una IP desde una previa situación de jubilación anticipada[33] siempre y cuando en el solicitante concurriesen los dos criterios legalmente exigidos para ello, a saber, que el mismo no hubiese alcanzado la edad máxima legalmente establecida en el art. 205.1 a) LGSS -esto es los 67 o 65 años de edad- y que el mismo no reuniese el resto de requisitos para disfrutar de una pensión de jubilación.

No obstante, tal y como hemos visto, si bien este pronunciamiento sigue la línea de otros muchos que con anterioridad han sido aprobados en nuestro país, no parece que ello haya sido suficiente para poner fin a la conflictividad existente en torno a dicha cuestión. Es por ello que, aun resultando indudable la relevancia de este pronunciamiento en aras de luchar contra la discriminación que suponía la exclusión de este colectivo en particular en el acceso a la IP en relación a otras modalidades de jubilación anticipada, cabe entrar a analizar si efectivamente nos encontramos ante una jubilación anticipada o por el contrario, y conforme a la otro doctrina analizada, el problema se

[33] *Cfr*. Monereo Pérez, J.L.: "Derecho a acceder a la incapacidad permanente desde la jubilación anticipada por razón de discapacidad", cit., p. 7.

encuentra en la denominación que en nuestra legislación se ha utilizado en la regulación jurídico-legal de esta figura.

En este sentido, parece cobrar mayor fuerza la doctrina dominante existente en torno a esta cuestión en nuestro país, y que sostiene que en el caso de la jubilación «anticipada» por razón de discapacidad, no constituye un supuesto de «jubilación anticipada» propiamente dicho[34]. En concreto, importantes iuslaboralistas en nuestro país han venido diferenciando en este punto entre los supuestos que podrían denominarse de "reducción de la edad pensionable y, por otro, los supuestos de jubilaciones anticipadas[35]." Enmarcándose en el primero de ellos los supuestos el caso de la jubilación anticipada por razón de discapacidad.

Debemos de partir concretando que es lo que jurídicamente se considera como jubilación anticipada. En este punto, la doctrina ha venido entendiendo la misma en la lógica de una "comparación entre la edad que de forma general se establece para que una persona pueda acceder a la prestación de jubilación y la edad en la que de manera específica esa persona es beneficiario de aquélla, siendo ésta última anterior a la edad general de jubilación. En tales términos, y dada la excepcionalidad de esta situación, normativamente se establece una serie de condicionamientos para poder cursar este derecho a la anticipación de la edad de jubilación, de tal modo que se concretan una serie de requisitos ligados a la edad máxima para la anticipación de la jubilación, así como la ampliación de los períodos de cotización y/o de carencia, y estableciendo una penalización sobre la cuantía económica de la pensión resultante[36]." Precisamente es este último punto el que ha llevado, acertadamente en nuestra opinión, a criticar la denominación elegida en este punto por el legislador, y es que "las jubilaciones anticipadas implican una penalización, y el dato de que no se penalice ya es ilustrativo de que no se anticipa nada[37]."

Sobre la base de dicha definición, las diferencias esenciales entre los supuestos de edad pensionable respecto a la jubilación anticipada pueden ser concentradas en tres rasgos esencialmente[38]. En primer lugar, en este tipo de jubilaciones si bien se accede a la pensión en un momento previo al que en términos generales se recoge legalmente, en realidad no puede hablarse de una anticipación al constituir la misma en realidad la edad ordinaria prevista legalmente para un supuesto en particular. Por otro lado, no nos encontramos en dichos supuestos con sanción alguna por dicha «anticipación». Finalmente, la finalidad perseguida por ambas modalidades de jubilación son diferentes, ya que mientras en las primeras, y específicamente en el caso de la jubilación anticipada por discapacidad, lo que se trata es de compensar la especial penosidad a la cual se encuentra sometido dicho colectivo en la prestación de sus servicios y con ello, disminuir la desigualdad existente respecto a otros colectivos

[34] *Cfr*. García Jiménez, M.: "La prestación de jubilación anticipada y la acreditación del grado de discapacidad", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 5, 2015, pp. 148.

[35] *Vid*. Salvador Pérez, F. y Blasco Rasero, C.: "Artículo 161. Beneficiarios" en VV.AA.*: Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social,* Alarcón Caracuel, M. (Dir.), Navarra, Aranzadi, 2003, p. 1046.

[36] *Cfr*. García Jiménez, M.: "La prestación de jubilación anticipada y la acreditación del grado de discapacidad", *cit*., p. 147.

[37] Maldonado Molina, J.A.: "La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *cit*., pp. 77-78.

[38] Salvador Pérez, F. y Blasco Rasero, C.: "Artículo 161. Beneficiarios" en VV.AA.*: Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social, cit*., pp. 1046-1047.

de trabajadores, en la jubilación anticipada nos encontramos -al menos teóricamente- ante una política de empleo[39] aunque en la práctica ha venido detectándose un uso abusivo de la misma[40].

Partiendo de dicho análisis, no existe reproche alguno que se pueda realizar a la doctrina señalada y es que técnicamente hablando no nos encontramos ante una jubilación anticipada, siendo en consecuencia -al menos en dicho punto- totalmente coherentes la sentencias señaladas que sobre la base de dicho razonamiento entienden que en los casos previstos nos encontramos ante una edad de jubilación ordinaria que, por la concurrencia de determinados supuestos, se reduce o anticipa mediante la aplicación de una serie de coeficientes o mediante el establecimiento de una edad específica.

No obstante, no podemos limitarnos a dicha primera apreciación ya que, dada la complejidad de la cuestión objeto de estudio y la importante repercusión que la misma tiene en un colectivo considerado especialmente vulnerable, es preceptivo ir más allá antes de sacar conclusiones apresuradas.

De este modo, debemos de partir recordando la especialidad del caso ante el cual nos encontramos, y es que la jubilación anticipada por razón de discapacidad se enmarca dentro de las medidas que hemos denominado de acción positiva, las cuales se dirigen de manera específica a paliar las desigualdades existentes en nuestro marco sociolaboral en lo que a la inclusión de las personas con discapacidad se refiere. Ello obliga a que las mismas sean evaluadas tomando en consideración dicho fin, ya que, tal y como hemos visto la denegación de las mismas sin su correcta fundamentación puede dar lugar a un efecto contrario al buscado, aumentando las desigualdades existentes y derivando en una vulneración del derecho a la no discriminación contenido en nuestra CE[41] y ET.

Por otro lado, por criticable que resulte la terminología elegida para ello, no podemos obviar la regulación legal que actualmente se encuentra vigente en esta materia, así como tampoco el proceso de reformas que a lo largo de los años se ha producido en esta materia. Tal y como hemos visto, mediante los cambios operados desde el año 1997 en nuestro país, no se ha hecho más que afianzar la teoría sujeta por el TS en múltiples pronunciamientos desde el año 2006, siendo esta la posibilidad de acceder a la prestación de IP desde una situación de jubilación anticipada. Ya que, si bien en un primer momento podía incluso llegar a alegarse la existencia de un problema de interpretación en este punto derivado del cambio legal producido y la terminología elegida por el legislador en el mismo[42], esta teoría no puede seguir sosteniéndose tras más de dos décadas desde entonces y la existencia

[39] En este sentido ha señalado la doctrina como la misma puede ser utilizada tanto como política de empleo para sustituir "empleo «maduro» por un empleo joven o, al menos, por un empleo menos maduro" o, como ha ocurrido acusadamente en la práctica, como una medida de regulación de empleo. *Cfr*. Desdentado Bonete, A. y Durán Heras, A.: "Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extra 1, 2002, pp. 47-48.

[40] Teniendo en cuenta los rasgos estructurales presentes en nuestro sistema de Seguridad Social -que amenazan con sus sostenibilidad a largo plazo si no se emprenden cambios significativos en el mismo que permitan sanear las cuentas, manteniendo el principio de solidaridad en torno al cual se articula, promoviendo la prolongación de la vida laboral de manera coherente tomando en consideración la situación del trabajador y realizando los ajustes necesarios que permitan lograr dicho fin -la doctrina se ha venido pronunciando en este punto señalando que "Salvo situaciones críticas o excepcionales debe de evitarse la adopción de medidas de anticipación de la edad de cese en el trabajo o, en su caso, de la edad de jubilación". *Cfr*. Monereo Pérez, J.L.: "La política de pensiones tras el acuerdo social y económico de 2011: la fase actual de la construcción de un nuevo sistema de pensiones" en VV.AA.: *La edad de jubilación*, Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2011, p. 44 y Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: "Aspectos jurídico-críticos de la jubilación anticipada", en *NET21*, núm. 3, 2021.

[41] Así lo recoge Rueda Monroy, J.A.: "Reconocimiento de incapacidad permanente tras jubilación anticipada por razón de discapacidad. STC 172/2021 de 7 octubre", *cit*., p. 344, al establecer que "partiendo de la premisa de que el artículo 206.2 introduce una medida de acción positiva, si el precepto que regula la exclusión a la incapacidad permanente no contiene remisión expresa a la misma, sería lo más justo que no se perjudicara a la persona protegida, en este caso la persona con discapacidad."

[42] *Cfr*. Burgos Giner, M.A.: "Incapacidad permanente", en VV.AA.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico. Actualizado con las novedades introducidas por la Ley/2007, de 4*

de múltiples reformas producidas tras el inicio de dicho debate que no han hecho sino reforzar la posibilidad señalada, ya que, tal y como ha recogido el propio TS en muchos de los pronunciamientos citados, si la intención del legislador hubiera sido incluir en la prohibición de acceder a la IP a aquellas personas que se encontrasen disfrutando de una pensión de jubilación anticipada, así lo habría recogido expresamente.

Asimismo queda reflejado en la última reforma operada por medio de la Ley 21/2021, anteriormente ya citada, la cual, aunque ha sido criticada positivamente por la doctrina por haber separado el supuesto de la jubilación anticipada por actividad de aquella por razón de discapacidad[43] -pasando está a regularse por medio del art. 206 bis LGSS-, ha seguido dejando pasar una oportunidad clave para poner fin a este debate y a los constantes pronunciamientos jurisdiccionales que se suceden en esta materia, recogiendo de manera expresa sí existe algún impedimento para acceder a una IP desde los casos de jubilación anticipada y de reducción de la edad pensionable[44], así como corrigiendo la errónea terminología que en este punto ha venido utilizándose, dejando de utilizar el término de «jubilación anticipada» para cualquier supuesto en el que la jubilación, por determinadas razones, se produzca en un momento anterior al fijado legalmente en términos generales.

Por todo ello, aun cuando no cabe duda de la centralidad que ocupa la sentencia objeto de estudio en el marco jurídico en el cual se inserta, al contribuir la misma ha clarificar la compatibilidad entre ambas prestaciones citadas, sigue siendo crucial resolver los importantes problemas que, por la deficiente redacción y terminología presente en esta materia en nuestra LGSS, derivan en el aumento de la inseguridad jurídica y desprotección de dicho colectivo de trabajadores, pudiendo incluso aumentar las desigualdades ya de por sí acusadas en nuestro marco social.

5. CONCLUSIONES CRÍTICAS

Tal y como hemos visto a lo largo de este estudio, existe una marcada controversia tanto doctrinal como jurisdiccional sobre la posibilidad de declarar la compatibilidad entre la prestación por IP de aquella por jubilación anticipada por razón de discapacidad, en el sentido de permitir a los sujetos que se encuentran en disfrutando de dicha pensión de jubilación acceder a la IP.

En la resolución de este conflicto ocupa un papel protagonista la STS de 27 de abril de 2022, ya que la misma, sobre la base de la doctrina construida por el TC en la STC 172/2021 viene a reiterar que, en un supuesto como el descrito, cuando en el solicitante que se encuentre disfrutando de la pensión de jubilación anticipada por razón de discapacidad concurran los requisitos exigidos legalmente - esto es, no haber alcanzado la edad de jubilación ordinaria recogida en el art. 205.1 a) LGSS y no reunir el resto de requisitos para acceder a la pensión de jubilación-, el mismo tendrá derecho a acceder a la IP.

Ante la actual configuración legal de esta figura en nuestra país, esta parece ser la única solución razonable, lo cual encuentra su justificación en las siguientes razones:

- En primer lugar, debemos de enmarcarnos en la regulación legal actualmente vigente de esta figura en nuestro país, así como también en el marco evolutivo de dichos preceptos, ya que ello nos permitirá extraer la auténtica voluntad del legislador más allá de las palabras utilizadas por el mismo. Dicho análisis permite concluir que, ante las múltiples oportunidades que ha tenido el legislador desde el año 1997, siendo consciente además el mismo de la conflictividad existente en torno a esta cuestión en las últimas décadas, sí el

de diciembre, de medidas en materia de seguridad social, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Granada, Comares, 2011, pp. 167-168.

[43] *Vid*. Maldonado Molina, J.A.: "La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *cit*., p. 77.

[44] *Cfr*. Rueda Monroy, J.A.: "Reconocimiento de incapacidad permanente tras jubilación anticipada por razón de discapacidad. STC 172/2021 de 7 octubre", cit., p. 344.

mismo hubiese querido excluir del marco de aplicación de la IP aquellas situaciones en la que el demandante se encontrase ya disfrutando de la pensión de jubilación anticipada así lo habría recogido expresamente.

- En lo que a la redacción actualmente vigente de este precepto se refiere, debemos de realizar un análisis basado en la literalidad del mismo conforme a lo dispuesto en el art. 3.1 CC, siendo claro el mismo al establecer como únicos requisitos que el solicitante no hubiese superado la edad ordinaria de jubilación recogida en el art. 205.1 a) LGSS y, por otro lado, que no reúna el resto de requisitos para acceder a la pensión de jubilación.
- En tercer lugar, debemos de tomar en consideración a la hora de realizar dicho análisis la naturaleza de la figura ante la cual nos encontramos. De este modo, al encontrarnos ante una medida de acción positiva en materia de seguridad social, debe de realizarse un análisis más flexible. Ello encuentra su justificación no solo en la propia normativa legal aplicable sino que además se encuentra en sintonía con la finalidad perseguida por medio de la misma, esto es, como medida de acción positiva, de modo que permita reducir al especial penosidad a la cual se encuentran sujetos dichos trabajadores. No debemos de olvidar, tal y como ha recogido la sentencia objeto de análisis que, al encontrarnos ante una norma de Seguridad Social, la misma debe ser objeto de una "*exégesis favorable a la protección de las situaciones de necesidad protegidas por nuestro sistema público garantizadas por la norma fundamental, en cuanto inherentes al estado social y de derecho…, y no de una interpretación adversa y limitativa del acceso a la prestación de incapacidad permanente que es la que dicho artículo regula*[45]."

El conjunto de los factores señalados, junto a la existencia de esta última reforma sin que el legislador haya utilizado la misma para corregir los problemas existentes en esta materia, nos llevan a concluir que, efectivamente, ante la redacción legal actualmente vigente no existe ningún impedimento para que las personas en situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad que, no habiendo alcanzado la edad de jubilación ordinaria recogida en el art. 205.1 a) LGSS y no reuniendo el resto de requisitos para acceder a la pensión de jubilación, puedan acceder a una IP, suponiendo además lo contrario una discriminación por razón de discapacidad al no ocurrir así en otros supuestos equivalentes de jubilación anticipada.

Ello no obsta a que de cara a futuras reformas deba de ser corregida dicha situación, pronunciándose expresamente el legislador sobre dicha cuestión y corrigiendo los defectos terminológicos por los cuales se encuentra afectada dicha figura.

En todo caso, no podemos sino concluir resaltando, el importante papel que ocupa esta sentencia, retomando la misma la doctrina consolidada por el TS en el año 2006 y avanzando en materia la protección jurídico social de las personas con discapacidad en nuestro país ante las aún acusadas desigualdades a las que los mismos siguen encontrándose sometidos.

6. BIBLIOGRAFÍA

Blasco Pellicer, A.: "Incapacidad permanente y jubilación: el acceso a la protección más allá de la edad de jubilación", en VV.AA.: *I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación,* Ortiz Castillo, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2017.

[45] *Cfr*. Fundamento de Derecho Segundo STS de 27 de abril de 2022.

Burgos Giner, M.A.: "Incapacidad permanente", en VV.AA.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico. Actualizado con las novedades introducidas por la Ley/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Granada, Comares, 2011.

Desdentado Bonete, A. y Durán Heras, A.: "Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extra 1, 2002.

Gala Durán, C.: "La jubilación anticipada de las personas con discapacidad", en *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núm. 7, 2020.

García Jiménez, M.: "La prestación de jubilación anticipada y la acreditación del grado de discapacidad", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 5, 2015.

Garrigues Giménez, A.: "La incapacidad permanente y su relación con otras prestaciones: incapacidad temporal, desempleo, jubilación", en VV.AA.: *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Monereo Pérez, J.L. y García Ninet, J.I. (Dirs.), Granada, Comares, 2004.

Llano Sánchez, M.: "El enclave laboral: ¿cesión de personal discapacitado o subcontratación con centros especiales de empleo?", en VV.AA.: *Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2008.

López Cumbre, L.: "Jubilación e incapacidad permanente en sus modalidades contributivas: una nueva visión desde la consideración conjunta de las situaciones objeto de cobertura", en *Revista Foro de Seguridad Social*, núm. 17, 2007, pp. 100-101.

López Insua, B.M.: "La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales" en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo,* Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2021,

Maldonado Molina, J.A.: "La jubilación a edades reducidas por actividad o discapacidad" en VV.AA.: *La edad de jubilación*, Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2011, pp. 217-233.

Maldonado Molina, J.A.: "La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 30, 2022.

Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: "Aspectos jurídico-críticos de la jubilación anticipada", en *NET21*, núm. 3, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: "Derecho a acceder a la incapacidad permanente desde la jubilación anticipada por razón de discapacidad", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2022.

Monereo Pérez, J.L.: "La política de pensiones tras el acuerdo social y económico de 2011: la fase actual de la construcción de un nuevo sistema de pensiones" en VV.AA.: *La edad de jubilación*, Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2011.

Ordóñez Casado, M.I.: "Los enclaves laborales", en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A (Dirs.), Murcia, Laborum, 2021, pp. 547-568.

Rueda Monroy, J.A.: "Reconocimiento de incapacidad permanente tras jubilación anticipada por razón de discapacidad. STC 172/2021 de 7 octubre", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm.4, 2022, pp. 338-349.

Ruiz Santamaría, J.L.: *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Navarra, Aranzadi, 2019.

Salvador Pérez, F. y Blasco Rasero, C.: "Artículo 161. Beneficiarios" en VV.AA.*: Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social,* Alarcón Caracuel, M. (Dir.), Navarra, Aranzadi, 2003.

Toscani Giménez, D.: "Las reformas introducidas en la jubilación anticipada por la Ley 27/2011", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 27, 2011.

nº 33 (4º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El requisito de inscripción como demandante de empleo en el acceso a la pensión de jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador: la excepción aplicable prevista en la ley 40/2007. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13/06/2022[1]

The requirement of registration as a job seeker in the access to early retirement pension for cause not attributable to the worker: the applicable exception provided for in Law 40/2007. Comment on the Supreme Court judgment of 13/06/2022

Fernando Jimeno Jiménez
Doctor por la Universidad de Granada, Profesor Tutor UNED Ceuta, Coordinador Unidad Dependencia IMSERSO Ceuta
https://orcid.org/0000-0003-0623-779X

Cita Sugerida: JIMENO JIMÉNEZ, F.: «El requisito de inscripción como demandante de empleo en el acceso a la pensión de jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador: la excepción aplicable prevista en la ley 40/2007. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13/06/2022». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 33 (2022): 155-163

Resumen

Se analiza la jurisprudencia sobre la exigibilidad del requisito de inscripción como demandante de empleo (al menos, seis meses) con anterioridad a la solicitud de jubilación anticipada y derivada de cese en virtud de acuerdo colectivo. Se estudian las posibilidades en función de los cambios normativos producidos desde 2007.

Abstract

The case law on the enforceability of the requirement of registration as a job seeker (at least six months) is analyzed prior to the application for early retirement and derived from termination by virtue of collective agreement. Possibilities are explored in the light of policy changes since 2007.

Palabras clave

Demandante de empleo; prejubilación; jubilación voluntaria; asimilación al alta

Keywords

Applicant for employment; early retirement; voluntary retirement; assimilation to discharge

1. RELACIÓN DE LOS HECHOS

Con fecha 22 de diciembre de 2010, en virtud de proceso de reordenación de plantilla, se suscribe acuerdo laboral de integración en Banca Cívica, considerado de naturaleza colectiva a los efectos previstos en el Estatuto de los Trabajadores. En el mismo se establece un apartado destinado a los empleados que deseen acogerse a la oferta de prejubilación, afectando a quienes durante 2011 cumplieran, al menos, la edad de 55 años y manifestasen su adhesión antes del 31 de marzo de 2013. El reajuste afectaría a más de un millar de empleados, con posibilidad de ampliación conforme a necesidades organizativas.

El protagonista de la sentencia, D. Secundino, presta servicios en Caja de Burgos (con posterioridad, Banca Cívica) desde el 15 de noviembre de 1982. En virtud de este acuerdo, acepta el 25 de abril de 2012 la extinción de la relación laboral por mutuo acuerdo, extinguiendo su contrato de

[1] Sentencia del TS de 13/06/2022 (rec. 394/2019).

Fecha Recepción: 25/9/2022 - Fecha Revisión: No precisa - Fecha Aceptación: 25/10/2022
Pags. 155-163

trabajo. La entidad financiera se compromete al abono mensual de una cantidad equivalente al 75% del salario fijo y adicionalmente el coste del convenio especial con la Seguridad Social hasta que cumpla 63 años de edad.

El 25 de enero de 2018 presenta solicitud de jubilación anticipada ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), de conformidad con el contenido del artículo 161bis de la Ley General de la Seguridad Social[2], en redacción dada por la ley 40/2007[3] (la correspondencia en la actualidad sería el artículo 207). Así lo precisa la disposición transitoria cuarta del Decreto Legislativo 8/2015[4], por determinar la aplicación de la legislación anterior en aquellos supuestos cuya relación laboral se haya extinguido antes de 1 de abril de 2013, siempre que con posterioridad a tal fecha no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social. Por tanto, dado que la extinción de la relación laboral tiene lugar el 25 de abril de 2012, se aplica la regulación sobre jubilación anticipada prevista en le ley 40/2007, en lugar de la ley 27/2011[5].

Los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación anticipada establecida en el artículo 161 bis.2 están referidos al cumplimiento de la edad mínima para su acceso (61 años), inscripción como demandante de empleo ininterrumpido durante, al menos 6 meses, inmediatamente anteriores a la solicitud, cotización efectiva mínima de 30 años y cese no producido por causa imputable a la libre voluntad del interesado[6], aplicándose coeficientes reductores por cada año o fracción que resten hasta cumplir los 5 años, todo ello, en función de las cotizaciones acreditadas[7].

La entidad gestora de la Seguridad Social con fecha 29/01/2018 deniega la solicitud de pensión de jubilación anticipada presentada, ya que no se acredita el requisito de inscripción como demandante de empleo durante seis meses previos mencionado (letra b del artículo 161.bis.2 de la ley 40/2007), toda vez que el solicitante se encontraba inscrito desde 14/09/2017 (4 meses y 12 días). Por este motivo, solicita nuevamente la prestación el 14/03/2018, momento en el que cumple los 6 meses requeridos, siendo aprobada por el INSS la jubilación anticipada con fecha 16/03/2018.

No obstante, D. Secundino presenta demanda ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos (autos 257/2018) ante el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la resolución

[2] 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 nº 61, de 31/10/2015).

[3] Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE nº 61, de 31/10/2015). En su artículo 3.3 se aporta nueva redacción al artículo 161.bis. (jubilación anticipada), al modificar el correspondiente artículo del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, texto refundido de la ley General de la Seguridad Social.

[4] La disposición transitoria cuarta en su apartado 5.a, habilita la aplicación de la legislación vigente a la entrada en vigor de la ley 27/2011, es decir, la ley 40/2007 indicada en la nota 3.

[5] Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social (BOE nº 84, de 2 02/08/2011).

[6] Podrán acceder a la jubilación anticipada, los trabajadores que reúnan los siguientes requisitos: a) Tener cumplidos los sesenta y un años de edad, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el apartado anterior. b) Encontrarse inscritos en las oficinas de empleo como demandantes de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación. c) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, se computará como cotizado a la Seguridad Social, el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año. d) Que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma. Se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1.

[7] (1) Entre treinta y treinta y cuatro años de cotización acreditados: 7,5 por ciento (2) Entre treinta y cinco y treinta y siete años de cotización acreditados: 7 por ciento. (3) Entre treinta y ocho y treinta y nueve años de cotización acreditados: 6,5 por ciento y (4) con cuarenta o más años de cotización acreditados: 6 por ciento.

denegatoria de 29/01/2018, desestimando la demanda en sentencia de 03/09/2018 en base a no reunir el requisito de inscripción como demandante de empleo durante los seis meses previos a la solicitud de la pensión y no acreditarse la involuntariedad de la extinción de la relación laboral.

1.1. Recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Burgos)

Presentado recurso de suplicación, se emite sentencia el TSJ de Castilla y León (sede en Burgos) con fecha 13/12/2018 desestimando la pretensión y confirmado la sentencia recurrida. Ahora bien, matiza el contenido de la argumentación jurídica de la sentencia de primera instancia. Entiende la Sala que aunque existe un acuerdo facilitador de la prejubilación, no se justifica la inscripción como demandante de empleo del interesado con carácter previo (al menos 6 meses) a la solicitud, requisito necesario para acceder a la pensión de jubilación anticipada. Se indica que la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social (desde 01/01/2013) no suple el cumplimiento de la necesaria condición.

De igual forma, reconoce la Sala que la tramitación de la baja, sea voluntaria o no, es indiferente y sin eficacia a los efectos de reconocimiento de la pensión, por quedar sometida la entidad gestora al principio de legalidad.

1.2. Recurso de casación para la unificación de la doctrina Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Ante la desestimación, se plantea recurso de suplicación para la unificación de la doctrina por entender que existía contradicción entre la sentencia recurrida y la referida como de contraste, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Burgos) de 06/11/2013[8].

A diferencia de la sentencia recurrida, la sentencia de contraste emitida por el TSJ de Castilla y León en 2013 determina la involuntariedad en la finalización de la relación laboral, dado que aún siendo una decisión personal y libre, se ampara en un acuerdo colectivo, un contrato individual de prejubilación. De igual modo, indica que el requisito de inscripción como demandante de empleo, "en cuanto a su razón de ser", se entiende cumplido al haberse suscrito convenio especial con la Seguridad Social, por establecer el artículo 1 de la Orden TAS[9] 2865/2003 que esta figura implica el inicio o la continuación de la situación de alta o asimilada al alta en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social.

1.2.1. Cuestiones sobre las que debe pronunciarse la Sala IV del Tribunal Supremo

Tras apreciar la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que ambas sentencias contienen pronunciamientos discrepantes sobre la misma cuestión, precisa los interrogantes sobre los que debe pronunciarse, las dos cuestiones relevantes sobre las que centrar la resolución del recurso. Por un lado, habría que determinar el carácter voluntario / involuntario de la finalización de la relación laboral con origen en un acuerdo colectivo de adhesión individual; por otro, si puede subsanarse el requisito previsto en la letra b) del artículo 161.bis.2 (inscripción como demandante de empleo durante, al menos, seis meses previos a la solicitud de la pensión de jubilación), al entender que se encontraba en situación de alta o asimilada al alta como suscriptor de convenio especial con la Seguridad Social (Régimen General).

[8] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Burgos) de 06/11/2013 (rec. 548/2013).

[9] Orden TAS 2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social (BOE nº 250, de 18/10/2003).

En los razonamientos jurídicos, el Alto Tribunal se fundamenta en la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 10/03/2021[10]. Esta sentencia resuelve un caso con identidad sustancial, aportando un nuevo elemento no introducido hasta este momento.

1.2.2. Resolución del asunto recurrido en casación

En relación con la primera de las cuestiones, la naturaleza voluntaria / involuntaria del cese en la relación laboral, aprecia la Sala la involuntariedad de la extinción basada en un acuerdo colectivo (estatutario o extraestatutario), un contrato individual de jubilación del que se derivan indemnizaciones a cargo de la empresa (75% del salario mensual fijo más el abono del convenio especial con la Seguridad Social hasta cumplir 63 años).

La cuestión más compleja es la segunda, dirimir si se entiende subsanado el requisito de inscripción y permanencia durante al menos seis meses como demandante de empleo por el hecho objetivo de encontrarse en situación de alta o asimilada al alta derivada de la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social.

La Sala del Tribunal Supremo recoge la distinción manifestada por la jurisprudencia, separando la jubilación anticipada histórica (trabajadores procedentes del Mutualismo Laboral por encontrarse afiliados antes de 01/01/1967) respecto de la ordinaria (no histórica), toda vez que para los primeros no es exigible ningún requisito de inscripción y permanencia como demandante de empleo, a diferencia de la segunda modalidad, donde sí es exigible esta obligación.

Para resolver esta segunda cuestión, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no entra en el fondo de la posible subsanación del requisito de inscripción como demandante de empleo, sino que utiliza un nuevo elemento ya aportado en la sentencia del TS de 10/03/2021, la excepción recogida en el propio texto del artículo 161.bis.2, cuyo contenido no fue alegado por las partes. Lejos de entrar en el contenido cuestionado, utiliza un recurso que aporta el propio texto legal.

El artículo 161.bis.2 incluye una excepción a la exigencia de los requisitos de inscripción como demandante de empleo (letra b) y la exigencia de la extinción basada en causa no imputable al trabajador (letra d), sometida a determinados condicionantes. De manera concreta, para que opere y no sea exigible el requisito de inscripción y permanencia (seis meses anteriores a la solicitud) como demandante de empleo (junto al de no voluntariedad del cese), es preciso que "el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social".

En el supuesto examinado, el Alto Tribunal sentencia que no se puede exigir al trabajador requisito de inscripción durante al menos seis meses previos a la solicitud, momento del hecho causante, porque interviene la previsión incluida en el propio artículo 161 bis.2, toda vez que percibe en virtud de acuerdo individual de prejubilación una cantidad que supera en cómputo global un importe mensual superior al sumatorio de la prestación por desempleo y la cuota abonada en concepto de convenio especial de Seguridad Social (la entidad financiera se compromete al abono mensual del 75% del salario fijo y adicionalmente el coste del convenio especial hasta los 63 años de edad).

Por tanto, no se entra en el fondo de una posible subsanación del requisito de inscripción como demandante de empleo (seis meses), por encontrarse en situación asimilada al alta derivada del convenio especial, utilizando para resolver la cuestión el mecanismo de la excepcionalidad que aporta el propio artículo 161.bis.2. Siendo aplicable el contenido del articulado donde exime de este

[10] Sentencia del TS de 10/03/2021 (rec. 307/2019).

requisito, se acuerda estimar el recurso de casación para la unificación de la doctrina, revocando la sentencia inicial del Juzgado de lo Social y reconociendo el derecho al recurrente.

2. VALORACIÓN DEL CONTENIDO DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13/06/2022

Tras la relación de hechos y analizar los razonamientos jurídicos del Alto Tribunal, es el momento de valorar el contenido de la sentencia, centrándose principalmente en el estudio de la exigibilidad del requisito de inscripción como demandante de empleo, previos a la solicitud de la pensión de jubilación anticipada. Con anterioridad, se efectuará una breve referencia a la importancia actual del asunto analizado y la trascendencia de la regulación del empleo en el sector financiero en la última década.

Debe resaltarse que la situación que se analiza en el presente documento es muy especial, cese indemnizado de actividad que se prolonga hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación. Son prejubilaciones con una protección a cargo del empresario basada en el acuerdo colectivo, pudiendo incluir compensación indemnizatoria, coste del convenio especial y, en algunos casos, aportaciones a planes de pensiones (Garrido Pérez, 2013). Es una figura jurídica compleja y atípica ubicada entre el desempleo y la jubilación (Martínez Barroso, 2010).

2.1. Importancia social del supuesto analizado

El caso expuesto adquiere vigencia en la actualidad y relevancia sociolaboral en un mundo cambiante, tras la crisis económica iniciada en 2007/2008, prolongada con la pandemia y los recientes conflictos internacionales. Desde 2010 se han producido en España despidos colectivos en el sector bancario que han afectado a más de 70.000 trabajadores, con una reducción en el empleo superior al 30%[11] (Diario Cinco días) respecto al total, una destrucción de puestos de trabajo derivada tanto de la fusión bancaria, como del desarrollo de las nuevas tecnologías. Se continúa asistiendo a una reconfiguración de las plantillas en las entidades financieras.

Las investigaciones coinciden en las causas justificadoras de este proceso de reestructuración. No solo el desarrollo tecnológico o la política de fusión, sino también el reajuste de oficinas, la disminución en el volumen de actividad, la necesaria adaptación en el modelo de negocio, la disminución de la eficiencia (Fuentelsaz et al., 2016) o un desajuste entre oferta y demanda (Rodríguez Fernández, 2017).

2.2. El requisito de inscripción y permanencia como demandante de empleo en las pensiones de jubilación anticipada

Dado que es cuestión pacífica la consideración de la involuntariedad del cese en caso de adhesión a un acuerdo colectivo previo, un contrato anticipado de jubilación del que se desprenden, por lo general, indemnización y abono de convenio especial por la empresa, se va a incidir en el requisito de inscripción y permanencia como demandante de empleo.

2.2.1. La excepción prevista en el artículo 161.bis.2 (ley 40/2007) respecto del requisito de inscripción como demandante de empleo

Se ha comprobado que la redacción del artículo 161.bis.2 de la ley General de la Seguridad Social (ley 40/2007), entre otros requisitos, exige para la jubilación anticipada la inscripción en la oficina de empleo (al menos seis meses antes de la solicitud), obligación exenta en el supuesto de extinción amparada en acuerdo colectivo o contrato individual de jubilación del que se deriva

[11] Consulta efectuada el 20/09/2022: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/04/23/companias/1619201040_029148.html

cantidad global en cómputo mensual con cargo a la empresa (no inferior a la prestación por desempleo y adicionalmente convenio especial) durante dos años inmediatos a la solicitud.

¿Cómo interpretar el requisito de inscripción como demandante de empleo. La sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo en recurso de casación para la unificación de la doctrina de 20/04/2021[12], en base a jurisprudencia reiterada, entiende que el mantenimiento de la condición de demandante de empleo, consecuencia de una situación de paro involuntario, implica una voluntad de incorporación al mercado de trabajo, motivo por el que la demanda de empleo debe encontrarse continuamente actualizada. Por tanto, intención de trabajar (inscripción) y continuidad (durante al menos seis meses previos a la solicitud de jubilación).

¿Qué sentido puede tener la excepción legal a este requisito general? ¿Una doble situación de asimilación al alta? En este sentido, el artículo 36 del Real Decreto 84/1996[13] refleja las situaciones asimiladas a la de alta, incluyendo entre otras, a quienes habiendo cesado en el servicio (1) se encuentren en situación de paro involuntario "siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo" y (6) la suscripción de convenio especial en sus diferentes modalidades.

La excepción prevista por el legislador en el artículo 161.bis.2, es una situación favorable, de especial protección de los trabajadores que han sufrido una regulación de empleo, con cese indemnizado, cobertura de convenio especial con la Seguridad Social y con una edad elevada desde la perspectiva laboral, frente al resto de trabajadores. Podría ser una justificación basada en la dificultad de retorno al mercado laboral (Martínez Barroso, 2010).

2.2.2. La reforma legislativa derivada de la aprobación de la ley 27/2011

La reforma legislativa derivada de la ley 27/2011 supuso un endurecimiento de las condiciones de acceso al sistema de pensiones (Fernández Orte, 2012). A los efectos del presente texto, se mantiene el requisito de inscripción como demandante de empleo con, al menos, seis meses anteriores a la solicitud para solicitar la pensión de jubilación anticipada, pero desaparece la posibilidad de eximir esta circunstancia en el supuesto de acuerdo colectivo (pacto individual de jubilación), tal como recogía la legislación anterior, la ley 40/2007. Por tanto, se establece como exigencia general, sin excepciones posibles.

El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 8/2015, modifica la numeración de la regulación de la jubilación anticipada no imputable al trabajador (artículo 207). La reciente reforma de la ley 21/2021[14] mantiene el requisito de acreditar la situación de demandante de empleo previa a la solicitud de jubilación, sin distinciones. Debe mencionarse que este texto ofrece nueva regulación en la aplicación de los coeficientes reductores, menos gravosos que los aplicables a las restantes modalidades de jubilación (Maldonado Molina, 2022).

Por tanto, el legislador a partir de la reforma de 2011 mantiene sin excepciones la obligación de acreditar la situación de demandante de empleo, eliminando cualquier diferencia en función de la causa que motive la jubilación. La cuestión se ciñe a comprobar el cumplimiento de este requisito, con independencia de la situación asimilada a la de alta (Macías García, 2021).

[12] Sentencia del TS de 20/04/2021 (rec. 4668/2018).

[13] Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (BOE nº 50, de 27/02/1996.

[14] 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 social del sistema público de pensiones (BOE nº 312, de 29/12/2021).

2.2.3. La jurisprudencia reciente sobre el requisito de acreditar la condición como demandante de empleo para acceder a la pensión de jubilación anticipada

La sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 28/10/2020[15] en recurso de casación para unificación de la doctrina es ilustrativa del obligado cumplimiento del requisito de inscripción como demandante de empleo. El razonamiento jurídico de partida es la naturaleza excepcional de la jubilación anticipada (voluntaria o no), prevista en virtud de norma con rango de ley ante supuestos susceptibles de protección. No pueden establecerse interpretaciones flexibles respecto del cumplimiento de sus requisitos y deben cumplirse la totalidad de las consideraciones necesarias para su reconocimiento.

Como precisa la sentencia del Alto Tribunal de 28/10/2020, en la configuración establecida en el artículo 207 de la Ley General de la Seguridad Social se ha previsto que, tras el cese en el trabajo y con carácter previo a la solicitud de la pensión de jubilación, debe justificarse la inscripción como demandante de empleo en las condiciones que ya se han analizado. Es una obligación "ex lege" que recae directamente sobre el ciudadano, por lo que debe extremar la cautela en su cumplimiento. Solamente se podría admitir una cierta flexibilidad en su observancia ante circunstancias sociales, personales o merecedoras de protección social debidamente acreditadas en el expediente.

2.2.4. La perspectiva jurisprudencial humanizadora del requisito de inscripción como demandante de empleo

Retomando los razonamientos jurídicos de la sentencia del Tribunal Supremo de 20/04/2021 (nota nº 12), aporta una interpretación humanizadora, no formalista, muy interesante al permitir valorar las circunstancias que impidan el cumplimiento del periodo de seis meses como demandante de empleo. Son determinados casos que interrumpen la inscripción, consideradas situaciones de asimilación a la de alta por no producirse una dejadez del interesado. Se debe matizar que la sentencia, aunque referida a la solicitud de una pensión de incapacidad permanente, sus argumentaciones podrían aplicarse a las restantes prestaciones de la Seguridad Social.

En base a jurisprudencia, se enumeran como situaciones asimiladas a la de alta determinados supuestos de interrupción como demandante de empleo, incluyendo la suspensión de periodos breves de tiempo[16], molestias o deterioros graves que impidan realizar actividad laboral continuada y efectiva[17] o permanencia en prisión[18]. Por el contrario, no admite la situación asimilada a la de alta cuando no "se acredite la existencia de un impedimento grave, capaz de sustituir la voluntad del afectado".

La casuística sobre interpretación humanizadora del requisito de permanencia como demandante de empleo es recurrente. En fecha cercana, la sentencia del Tribunal Supremo de 26/04/2022[19], en recurso de unificación de la doctrina, aunque aplicada a un supuesto de fallecimiento del que se podría derivar pensión de orfandad, razona acerca de la flexibilización del requisito, sin entrar en el fondo del recurso por no apreciarse contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, ya que ambas aplican la misma doctrina humanizadora que se acaba de analizar.

[15] Sentencia del TS de 28/10/2020 (rec. 947/2020).

[16] (1) Cuando se produce el hecho causante llevaba menos de dos meses de baja, (2) cese en un trabajo y antes de incorporarse al nuevo, acontece accidente de tráfico, (3) no acudir a control de la oficina de empleo debido a su estado físico.

[17] (1) Grave enfermedad psíquica, con noventa días de incidencia, (2) imposibilidad de vida activa, con descuido de exigencias.

[18] Sentencia del TS de 7/11/2018 (rec. 3549/2016).

[19] Sentencia del TS de 26/04/2022 (rec. 395/2019).

3. CONCLUSIONES

La sentencia del Tribunal Supremo de 13/06/2022 resuelve un asunto muy actual, el acceso a jubilación anticipada derivada de reestructuración de plantilla en virtud de acuerdo colectivo. Han sido numerosos los procesos de regulación de empleo en el sector bancario en los últimos diez años en España, afectando a un porcentaje elevado de la plantilla. La controversia se centra en el cumplimiento de uno de los requisitos previstos para conceder la pensión de jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador, la inscripción (y permanencia) como demandante de empleo durante, al menos, seis meses previos a la solicitud.

Al Alto Tribunal se plantea si es subsanable la interrupción del periodo de inscripción como demandante de empleo en el supuesto de un trabajador que ya figura en situación asimilada a la de alta al haber suscrito convenio especial con la Seguridad Social (Régimen General) en virtud de acuerdo colectivo. Resuelve el asunto aplicando la excepción prevista en el propio artículo regulador (161. bis.2), al tratarse de un caso amparado por la ley 40/2007. No es necesario acreditar la permanencia como demandante de empleo, si con motivo del cese laboral (acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación) la empresa reconoce al trabajador una cantidad no inferior a la suma de la prestación por desempleo y la cuota derivada del convenio especial con la Seguridad Social, todo ello, durante los dos años anteriores a la solicitud.

Ahora bien, esta aplicación de la ley 40/2007 se reformó por la ley 27/2011 y solamente es aplicable a las extinciones acaecidas con anterioridad al 01/04/2013, situación amparada por la disposición transitoria cuarta de la ley General de la Seguridad Social, siempre que con posterioridad no vuelvan a quedar incluidas en algún régimen de la Seguridad Social. Se permite mantener su vigencia temporalmente hasta tanto desaparezcan los supuestos fácticos que facilitan su aplicación, situación que puede ser amparada durante un largo periodo temporal[20].

Las leyes 27/2011 y 21/2021 eliminan la excepción, convirtiéndose el requisito de demandante de empleo en inexcusable. La jurisprudencia se ha manifestado exigiendo su cumplimiento. No puede eximirse una conducta activa que debe asumir personalmente el futuro solicitante de la pensión. Cuestión distinta es la perspectiva humanizadora que ha aportado el Tribunal Supremo, facilitando el cumplimiento del requisito ante interrupciones derivadas de circunstancias personales o sociales, dignas de protección y que imposibilitan su realización.

Por último, una reflexión final. ¿Qué sentido tiene la obligación de inscripción como demandante de empleo durante los seis meses previos a la jubilación, cuando el trabajador puede permanecer sin esa exigencia durante periodos amplios de tiempo (varios años) desde el cese laboral, amparado por compensaciones indemnizatorias y un convenio especial con la Seguridad Social cuyas cuotas abona la empresa, permaneciendo expectante ante la proximidad de la pensión de jubilación anticipada? La respuesta a este interrogante debe considerar que el retorno al mercado laboral de personas con edad avanzada es improbable, un logro complejo, en la doble dirección de la relación jurídica laboral, motivo por el que podría considerarse el requisito analizado como prescindible.

4. BIBLIOGRAFÍA

Fernández Orte, J. "La reforma de la pensión de jubilación realizada por la ley 27/2011". *Lan Harremanak*, nº 26 (2012): 95-130.

Fuentelsaz Lamata, L.; González, L. y Palomas Doña, S. "La reestructuración de la red de oficinas en la banca española durante la crisis". *Cuadernos económicos del ICE,* nº 92 (2016): 175-198.

[20] La vigencia vendrá determinada por la edad del trabajador en el momento de la extinción de la relación laboral, que debe ser anterior a 01/04/2013. En el presente supuesto, cuando cesa la relación laboral, si se aplica la edad mínima del acuerdo colectivo (55 años), aún restarían ocho años hasta solicitar la pensión de jubilación voluntaria.

Garrido Pérez, E. "Los acuerdos de reestructuración empresarial, con especial atención a los derivados de despidos colectivos, suspensión y reducción de jornada". *Temas laborales,* nº 129 (2013): 389-438.

Macías García, M.C. "¿Es requisito necesario la situación de asimilación al alta para el acceso a la jubilación anticipada involuntaria?". REJLSS/ ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES (2021). https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/13540/13877

Maldonado Molina, J.A. "La reforma de la pensión de jubilación en la ley 21/2021, de diciembre". *Revista de Derecho de la Seguridad Social,Ediciones Laborum,* nº 30 (2022): 63-89.

Martínez Barroso, M. R. "El impacto de las jubilaciones anticipadas en el sistema de pensiones". *Temas Laborales,* nº 110 (2010): 99-127.

Rodríguez Fernández, F. "El sector bancario español. Foto de una reestructuración en movimiento". *Mediterráneo económico*, 29 (2017): 35-47.

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

Laborum

nº 33 (4º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El protocolo relativo a la coordinación de la Seguridad Social aplicable a la UE-27 y al Reino Unido como resultado del Brexit

The protocol on social security coordination applicable to the EU-27 and the United Kingdom as a result of Brexit

Verónica Lidia Martínez Martínez *Investigadora asociada a la Universidad Anáhuac, México.*
https://orcid.org/0000-0002-7927-3006

Cita Sugerida: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, V.L.: «El protocolo relativo a la coordinación de la Seguridad Social aplicable a la UE-27 y al Reino Unido como resultado del Brexit». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 33 (2022): 167-182

Resumen

Partiendo de una breve exposición del Brexit, en este trabajo son motivo de análisis la integración, contenido y los ámbitos de aplicación del Protocolo relativo a la Coordinación de la Seguridad Social, así como sus principios y normas conflictuales, cuya finalidad es posibilitar la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de la UE-27 y del Reino Unido para salvaguardar los derechos de Seguridad Social de las partes implicadas ante la inaplicabilidad del acervo comunitario.

Abstract

Based on a brief presentation of Brexit, this paper analyses the integration, content and areas of application of the Protocol on Social Security Coordination, as well as its conflicting principles and rules, whose purpose is to make it possible to coordinate the social security systems of the EU-27 and the United Kingdom in order to safeguard the social security rights of the parties involved in view of the inapplicability of the acquis communautaire.

Palabras clave

Brexit; Seguridad Social; coordinación; Unión Europea; Protocolo relativo a la Coordinación de la Seguridad Social

Keywords

Brexit; Social Security; coordination; European Union; Protocol on the Coordination of Social Security

1. EL BREXIT Y EL ACUERDO DE RETIRADA

En 1963 y 1967 el general De Gaulle vetó las solicitudes de adhesión que realizó el Reino Unido del 31 de julio al 10 de agosto de 1961 y del 10 al 11 de mayo de 1967,[1] con la finalidad de incorporarse a la Comunidad Económica Europea (CEE) y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM) por considerar que ejercería una influencia negativa en el proyecto de integración comunitaria.[2]Fue hasta los días 19 y 22 de enero de 1972 que la Comisión y el Consejo de las Comunidades Europeas emitieron los Dictámenes relativos a las solicitud de adhesión a las Comunidades Europeas del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, respectivamente.

El proceso de adhesión del Reino Unido a la Comunidad Europea culminó con la publicación del Tratado de Adhesión de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido del 27 de marzo de 1972, que estipuló los deberes y obligaciones que contraían de manera efectiva los países incorporados y provocó el fortalecimiento de la política de ampliación de la Comunidad Europea como una de las principales herramientas en la promoción de reformas políticas, económicas y sociales, para la consolidación de

[1] Consejo Federal Español, Cronología de la Construcción Europea. Recuperado el 10 de febrero de 2022, sitio consultado http://www.movimientoeuropeo.org/cronologia-ue/ [12 de mayo de 2022].

[2] Rueda Rabanal, S.: "Brexit. La negociación del Acuerdo de Retirada y la relación futura. Los acuerdos de 24 de diciembre de 2020 y sus primeros meses de aplicación". *Actualidad Internacional Sociolaboral*, 2021, número 252, p. 13.

Fecha Recepción: 20/7/2022 - Fecha Revisión: 16/10/2022 - Fecha Aceptación: 17/10/2022
Pags. 167-182

la paz, la estabilidad y la democracia, además de reforzar la presencia de la organización en la ámbito internacional.[3]

No obstante, que el Reino Unido entró el 1º de enero de 1973 a formar parte de la CEE y del EURATOM, el euroescepticismo de los británicos jugó un papel importante en el ámbito de ambas organizaciones, no sólo por su exclusión de la Eurozona y por mantenerse al margen del Acuerdo de Schengen, bajo el argumento de ejercer el control en sus fronteras, sino también porque bajo su tradicional ideología liberal contribuyeron a frenar la dimensión social de la UE, como lo demuestra su oposición a la inclusión de las materias sociales en el Tratado de Maastricht que fueron relegadas a un Acuerdo sobre Política Social, así como la inaplicabilidad de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como resultado de la adopción del Protocolo número 30 por parte del Reino Unido.

En 1975 tuvo lugar el primer referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la Comunidades Económicas Europeas, con resultado en favor de la misma. Posteriormente, en los años setenta y ochenta, la izquierda política británica apoyó el éxodo de la comunidad y en las elecciones generales de 1983 fue una de las propuestas del Partido Laborista, pero ante la abrumadora victoria de Margaret Thatcher, no prosperó.

Las presiones del Partido de la Independencia del Reino Unido (UKIP), que desde su nacimiento en la década de 1990, cuestionaron la participación del Reino Unido en la Unión Europea (UE) y la promesa de campaña realizada por David Cameron el 23 de enero de 2013 de llevar a cabo la consulta sobre el mantenimiento del Reino Unido en la organización política provocaron que el 23 de junio de 2016 tuviera lugar un nuevo referéndum, cuyo resultado indicó que el 51.9% de los votantes era partidario de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea (*brexit*), además de contar con el apoyo en los Partidos Conservador y UKIP. El *remain o* permanencia en la UE fue apoyado por David Cameron, los Partidos Laborista, Nacional Escocés, Green Party, Galés Plaid Cymru y el Liberal Demócrata, contando en Escocia, Irlanda del Norte, Gibraltar, Manchester, Liverpool y Londres con el 48.1%.[4]

El pago de miles de millones al año cubiertos por los británicos por pertenecer a la UE, el despilfarro de dinero por parte de la organización económica aunado al exceso de burocracia, papeleos y leyes que la misma exige a sus Estados miembros, las crisis económica y financiera, así como limitar el turismo social provocado por el éxodo de inmigrantes hacia tierras británicas fueron las principales causas que motivaron la retirada del Reino Unido de su condición de Estado miembro de la UE, del EURATOM y del mercado único con la finalidad de recuperar su soberanía, el control de sus asuntos internos y deshacerse del yugo de Bruselas.

De acuerdo con las exigencias de algunos Estados miembros, especialmente, Reino Unido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en los casos Brey, Dano, Alimanovic, García Nieto y Comisión Europea vs. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte[5] ha reforzado de manera restrictiva los derechos de los ciudadanos europeos en materia de prestaciones sociales para impedir que utilicen el sistema asistencial del Estado miembro de acogida para garantizar su subsistencia cuando no ejerzan una actividad económica.

---

[3] Parlamento Europeo, Ampliación de la Unión, sitio consultado https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/167/la-ampliacion-de-la-union [24 de junio de 2022].

[4] Abc Internacional. El Remain sólo se impuso en Londres, Escocia e Irlanda. Recuperado el 10 de febrero de 2022, sitio consultado https://www.abc.es/internacional/abci-remain-solo-impuso-londres-escocia-irlanda-norte-201606240705_noticia.html. [21 de junio de 2022].

[5] STJUE de 19 de septiembre de 2013, asunto C-140/12, Brey. STJUE de 11 de noviembre de 2014, asunto C-333/13, Dano. STJUE de 15 de septiembre de 2015, asunto C-67/14, Alimanovic. STJUE de 25 de febrero de 2016, asunto C-299/14, García Nieto y STJUE de 14 de junio de 2016, asunto C-308/14, Comisión Europea vs. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

De acuerdo con la Directiva 2004/38, se trata de evitar que los ciudadanos europeos migrantes económicamente inactivos (es decir, aquellos que no están trabajando o buscando empleo activamente) se conviertan, durante su estancia, en una carga excesiva para las arcas públicas del Estado de acogida, pero provoca la desigualdad de trato en la obtención de prestaciones sociales entre nacionales y no nacionales del Estado de acogida, "pues no contando con recursos propios y no manteniendo un derecho de residencia en los términos literales de la Directiva 2000/34/CE, no hay defensa posible: los Estados Miembros pueden libérrimamente denegar las prestaciones"[6] por imperar la prevalencia de la salvaguarda de las finanzas de los diversos sistemas nacionales de Seguridad Social en detrimento del derecho a la libre circulación que queda limitado y condicionado, principalmente, al mantenimiento de la variable condición de trabajador como consecuencia del ámbito de aplicación de que se trate[7] y al cumplimiento de los requisitos para gozar del derecho de residencia legal en el Estado de acogida.

Bajo este panorama y con base en el resultado del referéndum, el 29 de marzo de 2017 el Reino Unido notificó al Consejo Europeo su decisión de abandonar la UE, conforme al procedimiento previsto en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea (TUE),[8] que después de constantes prórrogas al plazo previsto en este ordenamiento y de un largo y complicado proceso de negociaciones, el 24 de enero de 2020 se materializó en la firma del Acuerdo de Retirada en Bruselas de parte de los presidentes Charles Michel y Ursula von der Leyen, haciendo lo propio en Londres el primer ministro Boris Johnson.

Como su denominación indica, el Acuerdo de Retirada celebrado entre la Unión Europea y el Reino Unido, publicado el 8 de febrero de 2018 y en vigor a partir del 1º de febrero de 2020, consignó las condiciones de la retirada ordenada del Reino Unido de la UE con el fin de proteger y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, además de marcar el fin del plazo establecido en el artículo 50 del TUE y el comienzo del período de transición o de ejecución, que del 1o de febrero al 31 de diciembre de 2020 por determinación del Consejo Europeo, mantuvo en favor del Reino Unido, como si se tratara de un Estado miembro, la aplicación del acervo comunitario, de las modificaciones adoptadas por sus distintas instituciones, órganos y organismos, así como de todos los instrumentos y estructuras vigentes en materia reglamentaria, judicial, presupuestaria, de supervisión y de ejecución, incluida la competencia del TJUE, además de concederle el derecho de escoger entre la participación o la exclusión en el caso del espacio de libertad, seguridad y justicia,

No obstante, que el Reino Unido estaba sujeto al cumplimiento de las obligaciones derivadas de los acuerdos celebrados por la UE, el Consejo Europeo acordó que no podía participar en los organismos que se instituyeran en tales acuerdos, ni asistir a las reuniones de los grupos de expertos, a los comités de la Comisión Europea u otras entidades similares en las que estén representados los Estados miembros de la Unión Europea, aunque de manera excepcional y según las circunstancias de cada caso, se le podía invitar para que asistiera a las reuniones, pero sin derecho de voto. Al seguir participando el Reino Unido en la unión aduanera y en el mercado único con las cuatro libertades,[9] durante el periodo transitorio o de ejecución, estuvo obligado a cumplir la política comercial, a aplicar el arancel aduanero de la UE y a recaudar los derechos de aduana, pero sin tener derecho a concertar acuerdos internacionales en los ámbitos de competencia del Derecho de la Unión, salvo que la UE le hubiera otorgado de manera previa su consentimiento.

---

[6] Cabeza Pereiro, J.: "Las prestaciones de asistencia social en la Unión Europea entre política y jurisprudencia, o la jurisprudencia contaminada de la política". *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, número 8, 3er trimestre de 2016, p. 42.

[7] STJCE de 12 de mayo de 1998, asunto C-85/96, Martínez Sala vs contra Freistaat Bayern, sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A61996CJ0085 [17 de octubre de 2022].

[8] Artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sitio consultado https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf [3 de julio de 2022].

[9] El mercado ínico o interior de la UE se basa en la efectiva garantía de cuatro libertades: la libre circulación de trabajadores, mercancías, servicios y capitales.

2. INTEGRACIÓN DEL PROTOCOLO RELATIVO A LA COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El 24 de diciembre de 2020 se concertó el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por la otra parte (ACC). Este acuerdo, que abarca el comercio de bienes y servicios, la inversión, la competencia, las ayudas estatales, la transparencia fiscal, el transporte aéreo y por carretera, la energía y la sostenibilidad, además de la pesca, silvicultura y la protección de datos, se firmó el 30 de diciembre de 2020, tuvo una aplicación provisional al concluir el período transitorio, y entró en vigor el 1º de mayo de 2021 al ser ratificado por el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE.[10]

El ACC incluye un Protocolo relativo a la Coordinación de la Seguridad Social (PCSS) que tiene como objetivo que los Estados miembros de la UE-27 y el Reino Unido coordinen sus disímiles sistemas de seguridad social para proteger y garantizar los derechos de Seguridad Social de los ciudadanos europeos en el Reino Unido y de los nacionales del Reino Unido en la UE, soslayando el vacío jurídico, así como la inseguridad e incertidumbre jurídicas ante la inaplicabilidad del acervo comunitario al finalizar el periodo transitorio. De acuerdo con el PCSS, su estructura e integración es la siguiente:

Cuadro 1. Contenido del PCSS

Título I	Disposiciones Generales.
Título II	Determinación de la legislación aplicable.
Título III	Disposiciones particulares aplicables a las distintas categorías de prestaciones. Se integra por los siguientes capítulos: Capítulo 1. Prestaciones por enfermedad, maternidad y paternidad asimiladas. Capítulo 2. Prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional. Capítulo 3. Subsidios de defunción. Capítulo 4. Prestaciones de invalidez. Capítulo 5. Pensiones de vejez y de supervivencia. Capítulo 6. Prestaciones por desempleo. Capítulo 7. Prestaciones de prejubilación.
Título IV	Disposiciones varias.
Título V	Disposiciones finales.

Elaboración propia con base en el PCSS

Por su parte, los anexos del PCSS contienen entradas específicas por país, por ello están expuestos a constantes mutaciones al ser resultado de las reformas que realizan los Estados miembros de la UE-27 y el Reino Unido a sus sistemas de Seguridad Social para adecuarlos a sus nuevas necesidades y riesgos a que está expuesto el ser humano. De acuerdo con el PCSS, el contenido de sus anexos es el siguiente:

[10] El Parlamento del Reino Unido ratificó el 30 de diciembre de 2020 el Acuerdo el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica. No fue necesaria la ratificación de los Parlamentos nacionales de los Estados miembros, porque el citado acuerdo cubre únicamente áreas que son competencia de la UE.

Cuadro 2. Anexos del PCSS

Anexos del PCSS	Contenido
Anexo SSC-1. Determinadas prestaciones en metálico a las que no se aplicará el PCSS.	Parte 1. Prestaciones especiales en metálico no contributivas. Parte 2. Prestaciones por cuidados de larga duración.[11] Parte 3. Pagos vinculados a una rama de la Seguridad Social mencionada en el artículo SSC.3, apartado 1, del PCSS y que se abonan para hacer frente a los gastos de calefacción en un clima frío.
Anexo SSC-2. Restricción de derechos a las prestaciones en especie para miembros de la familia de un trabajador fronterizo.	
Anexo SSC-3. Derechos adicionales en relación con las prestaciones por enfermedad en especie para los pensionistas que regresan al Estado competente .	
Anexo SSC-4. Casos en los que se renuncia o no se aplica el cálculo prorrateado.	Parte 1. Casos en los que no se aplica el cálculo prorrateado de conformidad con el artículo SSC. 47, apartado 4 del PCSS. Parte 2. Casos en los que se aplica el artículo SSC. 47, apartado 5 del PCSS.
Anexo SSC-5. Prestaciones y acuerdos que permiten la aplicación del artículo SSC.49 (Acumulación de prestaciones de la misma naturaleza) del PCSS.	Parte I. Prestaciones mencionadas en el artículo SSC.49, apartado 2, letra a), del PCSS, cuya cuantía sea independiente de la duración de los períodos de seguro o residencia cumplidos. Parte II. Prestaciones a que se refiere al artículo SSC.49 apartado 2, letra b), del PCSS, cuya cuantía se determine por referencia a un período acreditado que se considera cumplido entre la fecha de materialización del riesgo y una fecha posterior. Parte III. Acuerdos a los que se hace referencia en el artículo SSC.49, apartado 2, letra b), inciso i) del PCSS, destinados a impedir que el mismo período acreditado se compute dos o más veces.

[11] El CECSS considera que el título del anexo SSC-2 del PCSS es inexacto porque únicamente se refiere a las prestaciones de cuidados de larga duración (CLD) en metálico, no obstante que bajo el artículo SSC.1, letra r) del PCSS se prevé el establecimiento de prestaciones de CLD en metálico y en especie. Bajo este tenor, el CECSS determina que es procedente la supresión del término en metálico del título del anexo SSC-1 del PCSS y que a la parte 2 de este anexo se adicionen las prestaciones en especie por CLD que recogen las legislaciones de Alemania, Bélgica, Croacia, Dinamarca, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Portugal y Suecia, además de introducirse correcciones y adiciones a la regulación de los CLD por lo que respecta al Reino Unido, Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chequia, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Rumanía y Suecia. Propuesta de Decisión n.º 1/2021 del Comité Especializado creado por el artículo 8, apartado 1, letra p), del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, relativa a la modificación de los anexos del Protocolo relativo a la coordinación de la seguridad social., sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0364&from=EN [22 de junio de 2022].

Anexo SSC-6. Disposiciones especiales para la aplicación de la legislación de los Estados Miembros y del Reino Unido.	
Anexo SSC-7: Parte relativa a la aplicación del PCSS. (De contenido similar al Reglamento 987/2009) Apéndices	Título I: Disposiciones Generales. Título II: Determinación de la legislación aplicable. Título III: Disposiciones particulares aplicables a las distintas categorías de prestaciones. Título IV: Disposiciones financieras. Título V: Disposiciones diversas, transitorias y finales. Apéndice SSCI-1: Acuerdos administrativos entre dos o más estados que establecen procedimientos distintos a los regulados en el Anexo SSC-7 del PCSS. Estos acuerdos seguirán aplicándose de conformidad con el artículo SSCI. 8 del PCSS. Apéndice SSCI-2 Acreditación (artículos SSC.17 [Estancia fuera del estado competente], SSC. 25 [Estancia del titular de una pensión o de los miembros de su familia en un estado distinto del estado en que residan - estancia en el estado competente - autorización para recibir un tratamiento adecuado fuera del estado de residencia], apartado 1 y SSCI.22 [Estancia en un Estado distinto del estado competente]). Apéndice SSCI-3. Estados que reclaman el reembolso de los gastos de las prestaciones en especie sobre la base de importes a tanto alzado (mencionados en el artículo SSCI. 48 [identificación del estado o estados afectados], apartado 1) del anexo SSC-7 del PCSS.
Anexo SSC-8: Disposiciones transitorias relativas al establecimiento de excepciones relativas al artículo SSC.10 del PCSS con arreglo al artículo SSC. 11, apartado 1 del mismo protocolo, por lo que se refiere a los trabajadores desplazados.	

Elaboración propia con base en el PCSS

El Comité Especializado de Coordinación de Seguridad Social (CECSS) es el organismo encargado de velar por la correcta aplicación del PCSS, además de estar facultado para modificar sus anexos y apéndices. En el ámbito de la hermenéutica, el CECSS cuenta con facultades para formular recomendaciones respecto de todos los asuntos que disponga el PCSS y adoptar las decisiones con carácter vinculante para las partes. A pesar de la corta vigencia que ha tenido el PCSS, el CECSS ha sugerido en la propuesta de Decisión n.º 1/2021 la modificación de la mayoría de los anexos del PCSS con la finalidad de reflejar las modificaciones que el Reino Unido y los Estados miembros han realizado a sus sistemas jurídicos en el ámbito de la seguridad social. Por lo tanto, mientras las adecuaciones normativas no sean realizadas, el PCSS constituye un ordenamiento desactualizado que no corresponde con la realidad que debe normar y es incapaz de brindar certeza y seguridad jurídica en la cobertura de las prestaciones de Seguridad social como resultado de su falta de reconocimiento y regulación.

El PCSS no desempeña una labor de unificación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros de la UE y del Reino Unido. Las principales causas de ello se encuentran en que

los diversos sistemas nacionales de seguridad social al ser resultado de un proceso histórico en el que confluyen factores políticos, económicos, sociales y culturales han provocado que los Estados de la Unión se reconozcan dentro de su espacio territorial social como soberanos en la aplicación de su propia normatividad, existiendo por consecuencia gran renitencia en aceptar otras que provengan de terceros países. Particularmente, la instauración de cualquier tipo de armonización produce una fuerte oposición, no sólo en los países con modelos de Estados de bienestar más generosos, ante la posible amenaza de reducción de los beneficios sociales, sino también en aquellos en los que la cobertura es menor por miedo a perder competitividad debido al incremento de los costes sociales.

Este panorama y la ausencia de una verdadera identidad europea que hiciera posible la aplicación de esquemas de solidaridad[12] son las principales causas que impiden la armonización en el ámbito de la Seguridad Social y generan la instauración en el PCSS de un régimen de coordinación de los disimiles sistemas nacionales de seguridad social organizados y financiados por los Estados de la UE-27 y por el Reino Unido.

A pesar del constante empleo del término coordinación en el PCSS y de la necesidad de su conceptualización para facilitar la exigibilidad de los derechos de Seguridad Social, no se le define en este instrumento en contravención con la racionalidad comunicativa o lingüística[13] que debe estar presente en toda normativa. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, la coordinación no implica unificación ni armonización de sistemas de Seguridad Social.[14]Tampoco conlleva la derogación o modificación de los sistemas coordinados al no vedarse las competencias soberanas de los Estados para legislar en el ámbito de la Seguridad Social.[15] Bajo esta directrices, la coordinación se instaura en el PCSS como un instrumento que hace posible la existencia, permanencia, convivencia coherente de los divergentes sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la UE-27 y del Reino Unido para garantizar y salvaguardar los derechos de Seguridad Social adquiridos o en curso de adquisición de los ciudadanos europeos y británicos ante la ejecución del Brexit.

3. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL PROTOCOLO RELATIVO A LA COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El ámbito de aplicación de las normas jurídicas consiste en la delimitación de su validez en un espacio, tiempo, contenido y destinatarios. El PCSS al estar incorporado al ACC tuvo una aplicación provisional a partir del 1º de enero de 2021 y entró en vigor el 1º de mayo de 2021 (ámbito de validez temporal). La vigencia del PCSS está sujeta a una cláusula de extinción que dispone que dejará de aplicarse quince años después de la entrada en vigor del ACC, pero existe la posibilidad de que las partes entablen negociaciones con la finalidad de celebrar un Protocolo actualizado, para lo cual

[12] Corti Varela, J.: "La propuesta de seguro de desempleo europeo. Estado de la cuestión," en *El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada,* Chocrón Giráldez, A. M. et al (coordinadora).: *Retos para la disciplina laboral*, España, Laborum, 2015, p. 127.

[13] De acuerdo con Manuel Atienza en la elaboración de las normas jurídicas es necesaria la comunión de los niveles de racionalidad. El primer nivel es el correspondiente a la racionalidad comunicativa o lingüística (R1), en el cual es necesario que el emisor (edictor) sea capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario). Atienza M., *Contribución a una teoría de la legislación*, España, Civitas, 1997.

[14] STJUE de 19 de septiembre de 2019, Sociale Verzekeringsbank y F. van den Berg, H. D. Giesen, C. E. Franzen, asuntos acumulados C-95/18 y C-96/18, sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2019.399.01.010.02.SPA&toc=OJ%3AC%3A2019%3A399%3AFULL [12 de julio de 2022].

[15] STJUE de 11 de abril de 2013, F.P. Jeltes, M.A. Peeters,, J.G.J. Arnold y Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, asunto C-443/11, sitio consultado https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid= 34B23936112E2404EA148BC91415A13F?text=&docid=136143&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1387658 [29 de junio de 2022].

cualquiera de las partes debe notificar a la otra esta intención, al menos doce meses antes de que el PCSS deje de aplicarse.[16]

Los Estados miembros y el Reino Unido coordinarán sus sistemas de Seguridad Social de conformidad con el PCSS para garantizar, en el territorio de la Unión Europea, de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y en el territorio del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte con excepción de Gibraltar (ámbito de validez territorial), los derechos en materia de Seguridad Social de las personas que residan legalmente en un Estado miembro de la UE o en el Reino Unido, incluyendo los trabajadores desplazados, a los apátridas y a los refugiados, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados, así como a los miembros de sus familias y a sus sobrevivientes.[17]

De acuerdo con la consideración del riesgo a cubrir, las contingencias que prevé el PCSS son las siguientes (ámbito de validez material):[18]

a) Las prestaciones por enfermedad cubren el riesgo asociado a un estado patológico que acarrea una suspensión temporal de las actividades del interesado, pueden otorgarse en especie y en metálico. El primer tipo de prestaciones son las definidas o admitidas como tales por la legislación que aplique el Estado, con la finalidad de proveer, facilitar, abonar de manera directa o reembolsar los costes de la atención sanitaria, así como los productos y servicios accesorios de dicha atención. Mientras que las prestaciones por enfermedad en metálico, por lo general, se trata de beneficios que se cubren con el abono de una cantidad monetaria sustitutiva del salario ante la imposibilidad de trabajar.

b) Prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas. Este tipo de beneficios, cuya naturaleza jurídica parece acercarse más a las prestaciones familiares,[19] viene a sustituir a los ingresos que la persona deja de percibir durante los períodos de crianza.

c) Las prestaciones de invalidez destinadas, por lo general, a cubrir el riesgo de una incapacidad del grado que se establezca, cuando sea probable que la incapacidad tendrá carácter permanente o duradero y limitará la capacidad productiva y lucrativa de la persona trabajadora.

d) Las prestaciones de vejez o la jubilación, incluidas en todos los regímenes de Seguridad Social europeos, sustituyen a las rentas del trabajo por una pensión vitalicia, única e imprescriptible, cuando el trabajador a causa de la edad cesa de manera total o parcial su actividad laboral.

e) Prestaciones de supervivencia. A través de este tipo de beneficios se paga una ayuda económica a las personas que ante la muerte de otra quedan desamparadas por depender de ella.

f) Prestaciones de accidentes de trabajo y por enfermedad profesional. El reconocimiento del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional genera el derecho a prestaciones que contrarrestan los efectos negativos que producen en el organismo del ser humano siniestrado, los padecimientos, secuelas y las limitaciones de orden profesional. En el PCSS es inexistente la coordinación de la prevención de los riesgos profesionales y la rehabilitación como derechos fundamentales que deben ser reconocido al trabajador con la finalidad de lograr la recuperación de la salud y su reincorporación al trabajo.

g) Los subsidios de defunción que consisten en la suma abonada que se cubre en caso de fallecimiento, con exclusión de las prestaciones consistentes en la entrega de capital sustitutivas de las pensiones.

[16] Artículo SSC. 70.1 del PCSS, sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:22021A0430(01) [2 de junio de 2022].

[17] *Ibid*., artículo SSC.2 del PCSS.

[18] *Ibid*., artículo SSC.3 del PCSS.

[19] García de Cortázar y Nebreda, C., "El ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 64, 2006, p. 64.

h) Las prestaciones de prejubilación que se conceden a partir de una edad determinada al trabajdor que ha reducido, cesado o suspendido sus actividades profesionales hasta la edad en que pueda acogerse a la pensión de vejez o a la pensión de jubilación anticipada, pero sin que se requiera estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente,[20]

i) Las prestaciones por desempleo, que se cubren a una persona apta y disponible para trabajar con una suspensión de ganancias como consecuencia de la imposibilidad de obtener un empleo.

No obstante, que el PCSS reconoce como parte de su ámbito de aplicación material a las prestaciones de prejubilación, invalidez y desempleo, se concreta de manera limitada a normar la aplicabilidad del principio de totalización y la manera de calcular a las prestaciones por desempleo e invalidez, pero no instaura normas conflictuales que sean acordes con la naturaleza jurídica de ambas contingencias que ampara, las cuales son indispensables para resolver los posibles conflictos normativos que puedan derivar de la solicitud de las mismas.

Salvo disposición en contrario del anexo SSC 6 del PCSS intitulado Disposiciones especiales para la aplicación de la legislación de los Estados miembros de la UE y del Reino Unido, el PCSS también es aplicable a los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador.

El PCSS excluye de su ámbito material de aplicación a las prestaciones familiares en especie o en metálico, a los cuidados de larga duración en especie o en metálico, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de una persona que, debido a su discapacidad, requiere de una asistencia considerable que incluye, entre otras cosas, la asistencia de otra u otras personas para llevar a cabo actividades esenciales de la vida cotidiana durante un período prolongado a fin de apoyar su autonomía personal; además de las prestaciones concedidas con el mismo fin a la persona que preste esa asistencia y las prestaciones especiales en metálico no contributivas que reúnan las características siguientes:

a) Tengan por objeto proporcionar una cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de Seguridad Social, que garantice a las personas en cuestión ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado de que se trate, o únicamente la protección específica de las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado de que se trate, y

b) Cuando la financiación proceda exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones, no dependan de ninguna contribución del beneficiario.[21]

La falta de incorporación de las prestaciones especiales en metálico no contributivas, de los cuidados de larga duración y de las prestaciones familiares provoca que el PCSS ofrezca un limitado esquema de coordinación discordante con el contexto social y con la necesidad de su cobertura, al estimarse que aproximadamente 80,000 ciudadanos móviles tienen derecho a prestaciones por cuidados de larga duración, por un total de 793 millones de euros, que representa el 0.4% del total del gasto de la UE,[22]y que el envejecimiento al ser uno de los motores que propicia el cambio social[23] hace necesaria la toma de adecuadas y eficaces decisiones para dar respuesta a los desafíos que provoca.

A lo anterior se adiciona que, en los últimos años, se ha prestado una mayor atención a la regulación de las prestaciones familiares y a los cuidados de larga duración en los Reglamentos

[20] Artículo 1 x del del PCSS, op. cit.

[21] *Ibid*., artículo SSC. 3, apartado 4 del PCSS.

[22] Acuerdo provisional del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea, de 25 de marzo de 2019, sobre la propuesta de revisión de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, sitio consultado https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7698-2019-ADD-1-REV-1/en/pdf (11 de junio de 2022].

[23] Afirmación realizada en enero de 2021, por José Augusto García Navarro, Presidente de la Sociedad Española de Geriatría y Gerontología durante su intervención en el Senado.

883/2004 y 987/2009 como resultado de la interpretación realizada por el TJUE respecto de ambos beneficios, además de la propuesta realizada por la Comisión Europea y del Acuerdo provisional del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea, de 25 de marzo de 2019, que centran su atención en la regulación de ambas prestaciones y en su modificación como parte de la necesidad de simplificar y modernizar los reglamentos comunitarios que coordinan las distintas legislaciones de Seguridad Social en el espacio europeo.

El PCSS también excluye de su ámbito material de aplicación a los servicios de concepción asistida; a la asistencia social y médica; a las prestaciones respecto a las cuales un Estado asuma la responsabilidad de los daños causados a las personas y prevea una compensación, como las concedidas a las víctimas de guerra y de acciones militares o de sus consecuencias; las víctimas de delitos, asesinato o actos terroristas; las víctimas de daños ocasionados por agentes del Estado en el ejercicio de sus funciones; o las víctimas que se hayan visto perjudicadas por razones políticas o religiosas o debido a su origen, además de los pagos vinculados a una rama de la Seguridad Social que son abonados para cubrir los gastos de calefacción en un clima frío y que figuren en la parte 3 del anexo SSC-1 del PCSS.

4. HERRAMIENTAS QUE POSIBILITAN LA COORDINACIÓN EN EL PROTOCOLO RELATIVO A LA COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Bajo el principio de territorialidad en donde los Estados se reconocen como soberanos en la aplicación de su normatividad social que forma parte de su identidad nacional, el PCSS no desempeña una labor de unificación o armonización de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembro de la UE-27 y del Reino Unido, no conlleva la derogación, reforma o modificación de los sistemas nacionales de Seguridad Social coordinados, como tampoco veda las competencias soberanas de los Estados para legislar en el ámbito de la Seguridad Social. El PCSS para posibilitar la coordinación, reproduce de manera parcial e incompleta las normas conflictuales que imperan en los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, cuya función consiste en determinar la legislación nacional de Seguridad Social aplicable al caso concreto para que opere el reconocimiento de las prestaciones solicitadas por sus titulares, la fijación de su monto, el alcance de su cobertura y su pago. Las principales características que reúnen las normas conflictuales del PCSS, son las siguientes:

a) Neutras respecto del contenido material de las legislaciones contendientes, debido a las disparidades imperantes en los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembro de la UE-27 y del Reino Unido.

b) Indirectas. En las normas conflictuales no se consignan los requisitos que deben reunirse para el otorgamiento de las prestaciones de Seguridad Social y las obligaciones que han de cumplirse. Su finalidad se acota en determinar la legislación nacional de Seguridad Social aplicable al caso concreto, por lo tanto, para que tengan aplicabilidad las reglas de coordinación se requiere que los interesados se encuentren afiliados al sistema de Seguridad Social de un Estado miembro de la UE o del Reino Unido.

c) Unívocas. Con la finalidad de soslayar la doble cotización, el cúmulo de prestaciones referidas a la misma contingencia y la dificultad de la exportación, las normas conflictuales permiten identificar la legislación nacional de Seguridad Social aplicable al caso concreto.

d) Imperativas. Los Estados miembro de la UE-27 y del Reino Unido deben cumplir con las disposiciones aplicables del PCSS, lo que hace discutible la soberanía británica y la recuperación del control de sus asuntos internos.

e) Integridad. Las normas conflictuales tienen el efecto de privar al legislador de cada Estado miembro de la UE-27 y del Reino Unido del poder para determinar el alcance y las condiciones para la aplicación de sus funciones.

f) Tuitivas. La finalidad de las normas conflictuales es garantizar los derechos de Seguridad Social adquiridos o en curso de adquisición.

g) Variables. Las normas conflictuales son distintas para cada prestación de Seguridad Social cubierta por el PCSS.

h) Se trata de principios jurídicos. Que una norma conflictual valga para un caso no se sigue que valga como resultado definitivo al tratarse de normas válidas sólo *prima facie*, toda vez que pueden ser configuradas como normas que podrían ser dejadas de lado por el mayor "peso" de otra, o bien normas que mutan, por ejemplo, porque se explicitan las condiciones de aplicación de su antecedente las cuales habían permanecido implícitas.[24] De esta forma, una de las normas puede no ser tomada en consideración para el caso concreto, pero ésta puede tener aplicación en otros supuestos. Empero, con independencia del método aplicable, una vez determinado en el caso concreto que norma ha de prevalecer, ésta exige un cumplimiento pleno[25] (todo o nada).

Con independencia de las normas conflictuales que reglan las contingencias cubiertas por el PCSS, dentro del sistema de coordinación de Seguridad Social del PCSS es posible clasificar a las normas conflictuales generales que determinan la legislación aplicable de Seguridad Social, en los términos siguientes:

a. Normas de conflicto para trabajadores que prestan servicios en lugares con características especiales. i. En la administración pública, ii. Trabajadores del mar y iii. Miembros de tripulación de vuelo o cabina.

b. Normas de conflicto para trabajadores que prestan servicios en más de un Estado miembro. i. Trabajadores desplazados (con vocación temporal) y ii. Trabajadores que prestan sus servicios en dos o más Estados miembros (con vocación de permanencia).

No obstante, que por disposición del principio *lex loci labori*, contenido en el artículo SS. 10, numeral 3 del PCSS, normalmente los trabajadores están sujetos a la legislación del Estado miembro en el que prestan sus servicios laborales, de acuerdo con la tipología de las normas conflictuales generales, este postulado en el PCSS admite las siguientes excepciones y matizaciones:

Cuadro 3. Determinación de la legislación aplicable.

Tipo de actividad	Estado competente
Trabajador en la administración pública. Trabajador en la administración pública de un Estado que ejerza una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia en otro u otros Estados.	Estado miembro de la administración que le ocupa [artículos SSC 10.3 inciso (b) y 12.4 del PCSS]
Persona que trabaja a bordo de un buque.	Estado miembro del pabellón que enarbole el buque o Estado del empleador, si la persona reside en dicho Estado [artículo SSC 10.4 del PCSS].
Persona que trabaja a bordo de una aeronave	Estado miembro en el que se encuentre la base [artículo SSC 10.5 del PCSS].

[24] Pozzolo, S.: "Apuntes sobre Neoconstitucionalismo", en Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, Fabra Zamora, J. L. y Núñez Vaquero, A. (Coordinadores), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. volumen 1. 2015, pp. 38 y ss.

[25] Atienza M. y Ruiz Manero, J.: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* Barcelona, Ariel, 1996, p. 9.

Persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en un Estado para un empleador que ejerza normalmente sus actividades en él.	Estado miembro donde se origina el desplazamiento, a condición de que la duración previsible del trabajo no exceda de veinticuatro meses y que la persona no haya sido enviada para reemplazar a otro trabajador desplazado [artículo SSC 11.1, inciso a) del PCSS]
Persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia en un Estado y que vaya a realizar una actividad similar en otro Estado.	Estado miembro donde se ejerce normalmente la actividad por cuenta propia, a condición de que la duración previsible de la actividad no exceda de veinticuatro meses [artículo SSC 11.1, inciso b) del PCSS]
Persona que ejerza de manera normal una actividad por cuenta ajena en uno o más Estados miembros, así como en el Reino Unido.	Estado miembro de residencia, si dicha persona ejerce una parte sustancial de su actividad en este lugar [artículo SSC 12.1, inciso a) del PCSS].
Persona que ejerza de manera normal una actividad por cuenta ajena en uno o más Estados miembros, así como en el Reino Unido, sin que ejerza una parte sustancial de su actividad en el Estado miembro de residencia.	a) Cuando la persona solo esté contratada por una empresa o empleador será aplicable la legislación del Estado en el que tenga su sede o domicilio la empresa o empleador [artículo SSC 12.1, inciso b), i) del PCSS]. b) La persona que esté contratada por dos o más empresas o empleadores que tengan sus sedes o domicilios en un solo Estado será aplicable la legislación del Estado en el que tengan sus sedes o domicilios la empresas o empleadores [artículo SSC 12.1, inciso b), ii) del PCSS]. c) Será aplicable la legislación del Estado en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador, cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores que tengan su sedes o domicilios en un Estado miembro y en el Reino Unido [artículo SSC 12.1, inciso b), iii) del PCSS]. d) La legislación del Estado de residencia será aplicable a la persona contratada por dos o más empresas o empleadores, y al menos dos de ellos tengan su sede o domicilio en Estados diferentes distintos del Estado de residencia [artículo SSC 12.1, inciso b), iv) del PCSS].
Persona que ejerza de manera normal una actividad por cuenta propia en uno o más Estados miembros, así como en el Reino Unido.	a) Legislación del Estado de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en este lugar [artículo SSC 12.2, inciso a) del PCSS]. b) Legislación del Estado en el que se encuentra el centro de interés de sus actividades, si no reside en uno de los Estados en los que ejerce una parte sustancial de su actividad [artículo SSC 12.2, inciso b) del PCSS].
Persona que ejerce actividad por cuenta ajena y actividad por cuenta propia en diferentes Estados miembros.	Estado miembro en el que ejerce una actividad por cuenta ajena [artículo SSC 12.3 del PCSS].

Persona que ejerza una actividad por cuenta propia en dos o más Estados miembros (y no en el Reino Unido), sin ejercer una parte sustancial de esa actividad en el Estado de residencia, estará sujeta a la legislación del Reino Unido cuando el centro de interés de su actividad esté situado en este lugar.	Legislación del Reino Unido cuando el centro de interés de su actividad esté situado en este lugar [artículo SSC 12.6 del PCSS].
Persona ejerza de manera normal una actividad como trabajador por cuenta ajena en dos o más Estados miembro, pero no en el Reino Unido, estará sujeta a esta última legislación.	Legislación del Reino Unido de no ejercer una parte sustancial de la actividad en el Estado de residencia y ubicarse dentro de los supuestos siguientes: a) Es contratada por una o más empresas o empleadores, todos los cuales tienen su sede o lugar de negocios en el Reino Unido [artículo SSC 12.5, inciso a) del PCSS]. b) Reside en un Estado miembro y está empleada por dos o más empresas o empleadores, todos los cuales tienen su sede o lugar de negocios en el Reino Unido [artículo SSC 12.5, inciso b) del PCSS]. c) Reside en el Reino Unido y está contratada por dos o más empresas o empleadores, de los cuales al menos dos tienen su domicilio social o su lugar de trabajo en diferentes Estados miembros [artículo SSC 12.5, inciso c) del PCSS]. d) Residen en el Reino Unido y está empleada por una o más empresas o empleadores sin oficina registrada o lugar de negocios en otro Estado [artículo SSC 12.5, inciso d) del PCSS].

Elaboración propia con base en el PCSS

Cualquier otra persona a la que no le sean aplicables las anteriores disposiciones estará sujeta a la *lex domicilii* (legislación del Estado de residencia).

La otra herramienta empleada por el PCSS para posibilitar la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembro de la UE-27 y del Reino Unido son los principios hermenéuticos de igualdad de trato y no discriminación que provocan que las personas a las cuales sea aplicable el PCSS puedan acogerse a los mismos beneficios y estén sujetas a las mismas obligaciones, además de la aplicabilidad del principio de asimilación de las prestaciones que consiste en tratar cualquier hecho o acontecimiento ocurrido en el territorio de otro Estado miembro de la UE-27 o del Reino Unido, como si hubieran ocurrido en el territorio cuya legislación sea aplicable o en el que debe surtir efecto. Lo esencial a la hora de aplicar el principio de asimilación es que las prestaciones puedan incardinarse en el ámbito de aplicación del PCSS y respondan a los mismos o similares objetivos, por lo que las diferencias que no tienen una influencia decisiva en el objetivo perseguido resultan irrelevantes.

Con la finalidad de mantener los derechos adquiridos o en curso de adquisición en el ámbito de la Seguridad Social, con excepción de las prestaciones de prejubilación, el PCSS consigna el principio de totalización que al permitir, a partir del 1º de enero de 2021, contabilizar todos los períodos de seguro, residencia, empleo o actividad por cuenta propia completados en cualquiera de los Estados miembros de la UE-27 y en el Reino Unido, hace posible el otorgamiento de las prestaciones de vejez, invalidez, maternidad, paternidad, muerte, supervivencia, desempleo, accidentes de trabajo y

enfermedades profesionales, solicitadas al amparo de la legislación de Seguridad Social que resulte aplicable, de acuerdo con la naturaleza de los servicios prestados, el tipo de personal que presta el servicio, el lugar donde éste se presta, si la actividad se desarrolla por cuenta propia o por cuenta ajena en un Estado miembro o en diferentes Estados (principio de unicidad).

El PCSS también prevé, con excepción de las prestaciones en metálico de invalidez y desempleo que no son exportables, que el resto de los beneficios en metálico, debidos al amparo de la legislación de un Estado o del PCSS y de conformidad con el principio de exportabilidad, no sean modificados, suspendidos, cancelados o confiscados por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado distinto de aquél en que se encuentra la institución deudora.[26]

5. CONCLUSIÓN

Bajo un marco de cooperación económica, social, medioambiental y en materia de pesca, el PCSS, no desempeña una labor de unificación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la UE-27 y del Reino Unido como Tercer Estado, sino que reproduce las reglas y principios que imperan en los Reglamentos comunitarios 883/2004 y 987/2009 que permiten la coordinación de los distintos sistemas de Seguridad Social europeos. La mayoría de las prestaciones de la seguridad social se coordinan a través de un sistema de reglas y principios contenidos en el PCSS que operan como criterios hermenéuticos para que sea posible el acceso a las prestaciones de Seguridad Social conforme a la legislación nacional.

El PCSS ofrece un complejo, pero modesto y limitado esquema de coordinación en lo referente a las prestaciones por enfermedad, maternidad, paternidad, vejez y supervivencia; mientras que en lo referente a las prestaciones de invalidez, desempleo y prejubilación no instituye las reglas y principios conflictuales para materializar la coordinación de este tipo de beneficios presentes en los distintos sistemas de Seguridad Social, su regulación queda reducida a la consignación de las normas aplicables para determinar su cuantificación, que en nada contribuye a resolver los conflictos normativos que puedan suscitarse al solicitarse este tipo de prestaciones.

Bajo este panorama, es necesario adecuar al PCSS a la realidad que tendrá que normar, dotarlo de las reglas que hagan posible identificar, de una manera clara y sencilla, la normativa aplicable ante la cobertura de las prestaciones de Seguridad Social que forman parte de su ámbito de aplicación material y que cumpla con los niveles de racionalidad de las normas jurídicas (comunicativa o lingüística, jurídica formal, pragmática, teleológica y ética) para facilitar la exigibilidad de los derechos de Seguridad Social.. En este esfuerzo es necesario involucrar a las instituciones de la Unión Europea para informar a los ciudadanos europeos sobre el contenido del PCSS, pues de esta forma se facilitará su aplicación y cumplimiento, incrementarán las oportunidades para lograr la estabilidad financiera de los sistemas nacionales de Seguridad Social, sin detrimento de los derechos sociales, además de erradicarse la incertidumbre y los cuestionamientos sobre el futuro de los derechos de Seguridad Social en la UE-27 ante la ejecución del Brexit.

6. BIBLIOGRAFÍA

ABC INTERNACIONAL. El Remain sólo se impuso en Londres, Escocia e Irlanda. Recuperado el 10 de febrero de 2022, sitio consultado https://www.abc.es/internacional/abci-remain-solo-impuso-londres-escocia-irlanda-norte-201606240705_noticia.html. [21 de junio de 2022].

Atienza M. y Ruiz Manero, J.: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* Barcelona, Ariel, 1996.

[26] Artículo SSC. 8 del PCSS, op. cit.

Atienza M., *Contribución a una teoría de la legislación*, España, Civitas, 1997.

Cabeza Pereiro, J.: "Las prestaciones de asistencia social en la Unión Europea entre política y jurisprudencia, o la jurisprudencia contaminada de la política". *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, número 8, 3er trimestre de 2016.

Corti Varela, J.: "La propuesta de seguro de desempleo europeo. Estado de la cuestión," en *El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada,* Chocrón Giráldez, A. M. et al (coordinadora).: *Retos para la disciplina laboral*, España, Laborum, 2015.

García de Cortázar y Nebreda, C., "El ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 64, 2006.

Martín-Pozuelo López, A.: "Los efectos del Brexit en la coordinación en materia de Seguridad Social: del régimen privilegiado del Acuerdo de Retirada a la coordinación limitada del Acuerdo de Comercio y Cooperación". *Revista Internacional de Protección Social,* vol. VI, número 2, 2021.

Rueda Rabanal, S.: "Brexit. La negociación del Acuerdo de Retirada y la relación futura. Los acuerdos de 24 de diciembre de 2020 y sus primeros meses de aplicación". *Actualidad Internacional Sociolaboral*, 2021, número 252.

Pozzolo, S.: "Apuntes sobre Neoconstitucionalismo", en Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, Fabra Zamora, José Luis y Núñez Vaquero, Álvaro (Coordinadores), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. volumen 1. 2015.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sitio consultado https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf [3 de julio de 2022].

Propuesta de Decisión n.º 1/2021 del Comité Especializado creado por el artículo 8, apartado 1, letra p), del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, relativa a la modificación de los anexos del Protocolo relativo a la coordinación de la seguridad social, sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0364&from=EN [22 de junio de 2022].

Protocolo relativo a la coordinación de la seguridad social, sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:22021A0430(01) [2 de junio de 2022].

Acuerdo provisional del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea, de 25 de marzo de 2019, sobre la propuesta de revisión de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, sitio consultado https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7698-2019-ADD-1-REV-1/en/pdf (11 de junio de 2022].

Consejo Federal Español, Cronología de la Construcción Europea. Recuperado el 10 de febrero de 2022, sitio consultado http://www.movimientoeuropeo.org/cronologia-ue/ [12 de mayo de 2022].

Parlamento Europeo, Ampliación de la Unión, sitio consultado https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/167/la-ampliacion-de-la-union [24 de junio de 2022].

STJCE de 12 de mayo de 1998, asunto C-85/96, Martínez Sala vs contra Freistaat Bayern, sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A61996CJ0085 [17 de octubre de 2022].

STJUE de 19 de septiembre de 2019, Sociale Verzekeringsbank y F. van den Berg, H. D. Giesen, C. E. Franzen, asuntos acumulados C-95/18 y C-96/18, sitio consultado: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2019.399.01.0010.02.SPA&toc=OJ%3AC%3A2019%3A399%3AFULL [12 de julio de 2022].

STJUE de 11 de abril de 2013, F.P. Jeltes, M.A. Peeters,, J.G.J. Arnold y Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, asunto C-443/11, sitio consultado https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=34B23936112E2404EA148BC91415A13F?text=&docid=136143&pageIndex=0&doclang=es &mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1387658 [29 de junio de 2022].

Sentencia de 12 de junio de 2012, Waldemar Hudzinski y Agentur für Arbeit Wesel - Familienkasse y entre Jaroslaw Wawrzyniak y Agentur für Arbeit Mönchengladbach - Familienkasse, asuntos acumulados C-611/10 y C-612/10, sitio consultado https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=123722&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1 &cid=1387980 [27 de junio de 2022].

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

María Nieves Moreno Vida
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-0600-8332

Laborum

nº 33 (4º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

1. CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

1.1. NORMAS INTERNACIONALES

-Instrumento de ratificación del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995 (BOE 2-11-2022)

El Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995, fue firmado por el Plenipotenciario de España el 4 de febrero de 2021.

Una vez concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución, se manifiesta el consentimiento de España en obligarse por este Protocolo mediante el correspondiente instrumento de ratificación, estableciendo, no obstante, la siguiente declaración:

«El Reino de España queda comprometido por el anexo a la Carta Social Europea revisada "Ámbito de aplicación de la Carta Social (revisada) en lo que se refiera a las personas protegidas" de acuerdo a la literalidad de sus términos, sin que pueda entenderse que el disfrute de los derechos señalados se extienda a extranjeros que no se encuentren en situación regular, salvo que exista autorización previa y expresa por parte de las autoridades españolas en la que se especifique el alcance y forma en que dicha protección hubiera de ser garantizada.»

El Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, entrará en vigor para España el 1 de diciembre de 2022, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 14.2. Con ello finaliza la aplicación provisional por España de este Protocolo, iniciada el 1 de julio de 2021 y publicada junto con el texto del mismo en el «Boletín Oficial del Estado» número 153, de 28 de junio de 2021.

-Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea (DOUE 25-10-2022 L 275/33)

La Directiva parte de la base, señalada en el Considerando 7 del Preámbulo, de que "La mejora de las condiciones de vida y de trabajo, también mediante unos salarios mínimos adecuados, beneficia a los trabajadores y a las empresas de la Unión, así como a la sociedad y la economía en general, y es un requisito previo para alcanzar un crecimiento justo, inclusivo y sostenible. Si se abordan las grandes diferencias en la cobertura y adecuación de la protección de los salarios mínimos, se contribuye a mejorar la equidad del mercado laboral de la Unión, a prevenir y reducir las desigualdades salariales y sociales, y a promover el progreso social y económico, así como una convergencia al alza (…).

Se señala (Considerando 9) que la pobreza de los ocupados en la Unión ha aumentado en la última década y hay un mayor número de trabajadores pobres y que durante las recesiones económicas, el papel de unos salarios mínimos adecuados en la protección de los trabajadores con salarios bajos es particularmente importante, ya que estos trabajadores son más vulnerables a las consecuencias de dichas recesiones. En ese sentido, destaca que "las mujeres, los trabajadores más jóvenes, los trabajadores migrantes, los progenitores de familias monoparentales, los trabajadores poco cualificados, las personas con discapacidad y, en particular, las personas que sufren múltiples formas de discriminación siguen teniendo una mayor probabilidad de ser trabajadores con salarios mínimos o con salarios bajos que otros colectivos". Además, "dada la sobrerrepresentación de las

mujeres en empleos poco remunerados, la mejora de la adecuación de los salarios mínimos contribuye a la igualdad de género, ya que reduce la brecha salarial y de pensiones de género y también saca a las mujeres y a sus familias de la pobreza, y contribuye asimismo al crecimiento económico sostenible en la Unión" (Considerando 10).

Por ello, el *objeto* de la Directiva es establecer un marco para:

a) adecuar los salarios mínimos legales con el objetivo de lograr unas condiciones de vida y de trabajo dignas;

b) fomentar la negociación colectiva sobre la fijación de salarios;

c) mejorar el acceso efectivo de los trabajadores a los derechos a la protección del salario mínimo, cuando así lo establezcan el Derecho nacional o los convenios colectivos.

La Directiva se entenderá sin perjuicio del pleno respeto a la autonomía de los interlocutores sociales, así como a su derecho a negociar y celebrar convenios colectivos y -conforme al art. 153, apartado 5, TFUE- sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros en la fijación del nivel de los salarios mínimos así como de la decisión de los Estados miembros de establecer salarios mínimos legales, de fomentar el acceso a la protección del salario mínimo establecida en los convenios colectivos, o de ambas cosas.

La aplicación de la Directiva respetará plenamente el derecho a la negociación colectiva, de tal forma que ninguna disposición de la Directiva se interpretará en el sentido de que imponga a cualquier Estado miembro:

a) la obligación de introducir un salario mínimo legal, cuando la formación de los salarios esté garantizada exclusivamente a través de convenios colectivos, o

b) la obligación de declarar que algún convenio colectivo es universalmente aplicable.

-En cuanto a su *ámbito de aplicación*, el art. 2 establece que la Directiva se aplicará a los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido en el Derecho, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

A este respecto, el Considerando 21 establece que, siempre que cumplan dichos requisitos, pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva los trabajadores tanto del sector privado como del público, así como los trabajadores domésticos, los trabajadores según demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de plataformas digitales, los trabajadores en prácticas, los aprendices y otros trabajadores atípicos, así como los falsos autónomos y los trabajadores no declarados.

Especifica asimismo que los trabajadores que realmente ejerzan una actividad por cuenta propia no se incluyen en el ámbito de aplicación de la Directiva, ya que no cumplen estos criterios.

Pero advierte que el abuso de la condición de trabajador por cuenta propia conforme lo define el Derecho nacional, ya sea a escala nacional o en situaciones transfronterizas, es una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplan las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales. Estas personas deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos a la actividad que se ejerce realmente, y no por la descripción de la relación que hagan las partes.

-Respecto al *objetivo de fomentar la negociación colectiva sobre la fijación de salarios*, la Directiva establece que se deberá aumentar la cobertura de la negociación colectiva para facilitar

el ejercicio del derecho de negociación colectiva sobre la fijación de salarios. Por ello, el art. 4 de la Directiva establece que los Estados miembros deberán fomentar el desarrollo y el refuerzo de capacidades de los interlocutores sociales para participar en la negociación colectiva sobre la fijación de salarios, en particular a nivel sectorial o intersectorial; promover unas negociaciones constructivas sobre los salarios sobre la base del acceso a información adecuada; adoptar medidas para proteger el ejercicio del derecho de negociación colectiva y proteger a los trabajadores y a los representantes sindicales de actos que los discriminen en relación con su empleo por el hecho de participar en la negociación colectiva sobre la fijación de salarios, así como a los sindicatos y las organizaciones patronales que participen en la negociación frente a cualquier acto de injerencia mutua.

En relación con esta negociación colectiva sobre la fijación de salarios, el Considerando 16 señala que las estructuras tradicionales de negociación colectiva se han ido erosionando durante las últimas décadas debido, entre otras cosas, a los cambios estructurales de la economía hacia sectores menos sindicalizados y a la disminución de la afiliación sindical, en particular como consecuencia de las prácticas antisindicalistas y el aumento de las formas de trabajo precarias y atípicas.

Considera, además, que la negociación colectiva a nivel sectorial e intersectorial se vio sometida a presión en algunos Estados miembros tras la crisis financiera de 2008. No obstante, destaca que la negociación colectiva sectorial e intersectorial es un factor esencial para lograr una protección adecuada del salario mínimo y, por lo tanto, debe fomentarse y reforzarse.

Por todo ello, el art. 4 de la Directiva establece que todo Estado miembro en el que la tasa de cobertura de la negociación colectiva sea inferior a un umbral del 80 %, establecerá un marco de condiciones que favorezcan la negociación colectiva. También elaborará un plan de acción para fomentar la negociación colectiva previa, que establecerá un calendario claro y medidas concretas para aumentar progresivamente la tasa de cobertura de la negociación colectiva, con respeto pleno de la autonomía de los interlocutores sociales.

-En cuanto al segundo objetivo, adecuar los salarios mínimos legales para lograr unas condiciones de vida y de trabajo dignas, la Directiva establece el procedimiento de fijación de salarios mínimos legales adecuados; la posibilidad de introducir variaciones y deducciones de los salarios mínimos legales; la participación de los interlocutores sociales en la fijación y actualización de los salarios mínimos legales; y el acceso efectivo de los trabajadores a los salarios mínimos legales.

El Considerando 28 señala que los salarios mínimos se consideran adecuados si son justos en relación con la distribución salarial en el Estado miembro de que se trate y si proporcionan un nivel de vida digno para los trabajadores sobre la base de una relación laboral a tiempo completo. Cada Estado miembro determina y evalúa la adecuación de los salarios mínimos legales teniendo en cuenta sus condiciones socioeconómicas nacionales, incluidos el crecimiento del empleo, la competitividad y la evolución regional y sectorial. Para proceder a dicha determinación, los Estados miembros deben tener en cuenta el poder adquisitivo, los niveles y la evolución de la productividad nacional a largo plazo, así como las cuantías, la distribución y el crecimiento de los salarios.

Conforme a ello, el art. 5 establece que los Estados miembros con salarios mínimos legales establecerán los procedimientos necesarios para la fijación y actualización de los salarios mínimos legales, que se guiarán por criterios establecidos para contribuir a su adecuación, con el objetivo de lograr un nivel de vida digno, reducir la pobreza de los ocupados, fomentar la cohesión social y la convergencia social al alza, y reducir la brecha salarial de género.

Los Estados miembros determinarán dichos criterios que incluirán al menos: a) el poder adquisitivo de los salarios mínimos legales, teniendo en cuenta el coste de la vida; b) la cuantía general de los salarios y su distribución; c) la tasa de crecimiento de los salarios; d) los niveles y la evolución de la productividad nacional a largo plazo. En el Considerando 28 se considera que, entre otros instrumentos, una cesta de bienes y servicios a precios reales establecida a escala nacional puede

ser fundamental para determinar el coste de la vida con el objetivo de lograr un nivel de vida digno. Además de las necesidades materiales como la alimentación, la ropa y la vivienda, también podría tenerse en cuenta la necesidad de participar en actividades culturales, educativas y sociales.

Sin perjuicio de las obligaciones establecidas en este artículo, los Estados miembros podrán utilizar además un mecanismo automático de ajuste de indexación de los salarios mínimos legales, basado en criterios apropiados y de conformidad con el Derecho y usos nacionales, siempre que la aplicación de ese mecanismo no dé lugar a una disminución del salario mínimo legal.

Los Estados miembros garantizarán además que la actualización periódica y oportuna de los salarios mínimos legales se lleve a cabo al menos cada dos años o, en el caso de los Estados miembros que utilicen el mecanismo de indexación automático al menos cada cuatro años.

En el Considerando 29 se advierte que, sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para fijar el salario mínimo legal y permitir variaciones y deducciones, es importante evitar que las variaciones y deducciones (art. 6 de la Directiva) se utilicen de forma generalizada, ya que corren el riesgo de afectar negativamente a la adecuación de los salarios mínimos. Por ello, debe garantizarse que las variaciones y deducciones (tales como deducciones ordenadas por una autoridad judicial o administrativa, aquellas relativas al equipamiento necesario para desempeñar un trabajo o las deducciones de remuneraciones en especie, como el alojamiento) respeten los principios de no discriminación y proporcionalidad. Por tanto, las variaciones y deducciones deben perseguir un objetivo legítimo y ninguna disposición de la presente Directiva debe interpretarse en el sentido de que imponga a los Estados miembros la obligación de introducir variaciones o deducciones de los salarios mínimos.

-Por otra parte, *en relación con la contratación pública*, el art. 9 de la Directiva establece que los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar que, en la adjudicación y ejecución de los contratos públicos o de concesión, los operadores económicos y sus subcontratistas cumplan las obligaciones aplicables sobre salarios, el derecho de sindicación y la negociación colectiva sobre la fijación de salarios, en el ámbito del Derecho social y laboral establecido por el Derecho de la Unión, el Derecho nacional y los convenios colectivos o por disposiciones de Derecho internacional social y laboral, como los Convenios de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, nº 87 (1948), y sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, nº 98 (1949).

-Para garantizar el *acceso efectivo de los trabajadores a los salarios mínimos legales* (art. 8), en la Directiva se resalta la necesidad de establecer controles e inspecciones efectivos, proporcionados y no discriminatorios, llevados a cabo por las inspecciones de trabajo o por los organismos responsables de garantizar el cumplimiento de los salarios mínimos legales; así como de desarrollar las capacidades de las autoridades de control, en particular mediante la formación y la orientación, para que se centren activamente en los empleadores que incumplan la normativa y los persigan.

-Finalmente, la Directiva establece un conjunto de obligaciones de los Estados miembros en relación con el seguimiento y la recogida de datos y sobre la información sobre la protección del salario mínimo (art. 11). Además se establecen obligaciones en relación con el derecho de reparación y protección de los trabajadores y los representantes de los trabajadores, incluidos los afiliados a sindicatos o representantes de éstos, contra el trato o las consecuencias desfavorables derivadas de denuncias presentadas ante el empresario o procedimientos incoados en caso de vulneración de los derechos relativos a la protección del salario mínimo (art. 12).

-En cuanto a su *transposición y aplicación*, el artículo 17 dispone que "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 15 de noviembre de 2024".

-Recomendación (UE) 2022/2337 de la Comisión de 28 de noviembre de 2022 relativa a la lista europea de enfermedades profesionales (DOUE de 30.11.2022 L 309/12)

Aunque el reconocimiento de las enfermedades profesionales es una cuestión estrechamente relacionada con el diseño de los sistemas de seguridad social, que es competencia de los Estados miembros, la Comisión promueve que los Estados miembros reconozcan las enfermedades profesionales que figuran en la lista europea de enfermedades profesionales.

En consonancia con los principios generales de prevención que constituyen el núcleo de la Directiva marco relativa a la seguridad y la salud en el trabajo, de 1989, y las directivas conexas en materia de salud y seguridad en el trabajo, esta Recomendación debe ser un instrumento principal para la prevención de enfermedades profesionales en la UE. Además, se indica en la Recomendación que es también importante apoyar a los trabajadores infectados, especialmente por la COVID-19, y a las familias que hayan perdido a parientes debido a la exposición en el trabajo.

En vista de las consideraciones anteriores, y teniendo en cuenta, por una parte, que la inclusión de la COVID-19 en el anexo I de la presente Recomendación es de carácter temporal, especialmente a la luz de posibles nuevas olas de COVID-19 y la aparición de variantes del virus SARS-CoV-2, y, por otra parte, que la Recomendación 2003/670/CE sigue siendo en gran medida pertinente y adecuada para su finalidad, la presente Recomendación debe incluir la COVID-19 en su anexo I y reiterar el contenido de la Recomendación 2003/670/CE, sin perjuicio de nuevas actualizaciones de la presente Recomendación en una fase posterior.

Sin perjuicio de las disposiciones nacionales legislativas o reglamentarias más favorables, se recomienda a los Estados miembros:

1. que introduzcan cuanto antes la lista europea que figura en el anexo I en sus disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas relativas a las enfermedades cuyo origen profesional se haya reconocido científicamente, que puedan dar lugar a indemnización y que deban ser objeto de medidas preventivas;

2. que tomen medidas para introducir en sus disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas un derecho de indemnización por causa de enfermedad profesional para los trabajadores afectados por una enfermedad que no figure en la lista del anexo I pero cuyo origen y carácter profesional puedan determinarse, en particular si dicha enfermedad figura en el anexo II;

3. que elaboren y mejoren medidas eficaces de prevención de las enfermedades profesionales, implicando activamente a todos los agentes y recurriendo a la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo;

4. que establezcan objetivos nacionales cuantificados para la reducción de las tasas de enfermedades profesionales reconocidas;

5. que garanticen la declaración de todos los casos de enfermedades profesionales y que hagan que, para cada paciente con un caso de una enfermedad profesional, se disponga de información sobre el agente o factor causal, sobre el diagnóstico médico y sobre el sexo de la persona;

6. que introduzcan un sistema de recogida de información o de datos sobre la epidemiología de las enfermedades que figuran en el anexo II o de cualquier otra enfermedad de carácter profesional;

7. que promuevan la investigación en el ámbito de las enfermedades relacionadas con una actividad profesional, especialmente por lo que se refiere a las enfermedades que figuran en el anexo II y a los trastornos de carácter psicosocial relacionados con el trabajo;

8. que garanticen una amplia difusión de los documentos de ayuda al diagnóstico de las enfermedades profesionales incluidas en sus listas nacionales;

9. que transmitan a la Comisión los datos estadísticos y epidemiológicos relativos a las enfermedades profesionales y los pongan a disposición de los medios interesados, en particular a través de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo;

10. que promuevan una contribución activa de los sistemas nacionales de salud a la prevención de las enfermedades profesionales, en particular mediante una mayor sensibilización del personal médico.

Esta Recomendación sustituye a la Recomendación 2003/670/CE. Se insta a los Estados miembros a que informen a la Comisión de las medidas que adopten o tengan previsto adoptar en respuesta a la introducción de la entrada nº 408 en la presente Recomendación a más tardar el 31 de diciembre de 2023.

1.2. LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2023

-Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (BOE 24 de diciembre de 2022)

Se señala en la Exposición de Motivos que estos Presupuestos vienen marcados por la guerra de Ucrania que ha afectado en 2022 al proceso de recuperación y crecimiento económico en términos de menor crecimiento económico y mayor inflación e incertidumbre. En nuestro país, los primeros efectos sobre nuestra economía se han manifestado a través del alza sin precedentes de los precios de la energía, de las materias primas y de los alimentos.

Se señala asimismo que la Ley de Presupuestos para el año 2023 tiene el propósito de consolidar una recuperación económica y social justa que permita la creación de un escenario económico resiliente y un crecimiento sostenible basado en la modernización estructural del tejido productivo en un contexto de cohesión social y territorial.

Resulta de obligada referencia la incorporación a los Presupuestos de fondos procedentes de la puesta en marcha del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, dentro del instrumento excepcional de recuperación Next Generation EU, para la realización de reformas e inversiones sostenibles y favorables al crecimiento.

Se refieren a continuación las principales medidas de carácter social y laboral que se contienen en este Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2023:

1. Dentro del Título I, el Capítulo III *"De la Seguridad Social":*

-En el art. 12 se regula la financiación de la asistencia sanitaria prestada por el Instituto de Gestión Sanitaria, de la asistencia sanitaria no contributiva del Instituto Social de la Marina, así como la financiación del IMSERSO. Asimismo, se recogen la totalidad de las transferencias que se realizan desde el Estado a la Seguridad Social.

2. En el Título II, relativo a la *«Gestión Presupuestaria»*:

-En el Capítulo II relativo a la «Gestión presupuestaria de la Seguridad Social, de la Sanidad y de los Servicios Sociales», se recogen competencias específicas en materia de modificaciones presupuestarias del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de la Tesorería General de la Seguridad Social, del Instituto Social de la Marina, de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y del Instituto de Mayores y Servicios Sociales y se incluyen normas sobre la aplicación de remanentes de tesorería en el presupuesto del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (arts. 15, 16 y 17).

3. En el Título III, *«De los gastos de personal»:*

1º) En el Capítulo I, tras definir lo que constituye el «sector público» a estos efectos (art. 19. Uno), trata de los gastos del personal con la previsión general de que en el año 2023, las retribuciones del personal al servicio del sector público tendrán un incremento del 3,5 por ciento con el siguiente desglose (art. 19.Dos):

a) 2,5 por ciento de incremento fijo y

b) Dos cláusulas de revisión del 0,5 por ciento cada una. La primera vinculada al Indice de Precios al Consumo Armonizado (IPCA) y la segunda al Producto Interior Bruto (PIB) nominal.

Dichas cláusulas de revisión se aplicarán de la siguiente forma:

a) Incremento vinculado al IPCA. Si la suma del IPCA del año 2022 y del IPCA adelantado del mes de septiembre de 2023 fuera superior al 6 por ciento, se aplicará un incremento retributivo complementario del 0,5 por ciento.

b) Incremento vinculado a la evolución del PIB nominal en el año 2023. Si el incremento del PIB nominal igualase o superase el estimado por el Gobierno en el cuadro macroeconómico que acompaña a la elaboración de la presente Ley de Presupuestos, se aplicará un incremento retributivo complementario del 0,5 por ciento.

Se establecen disposiciones transitorias relativas a la indemnización por residencia del personal al servicio del sector público estatal (Disposición transitoria segunda) y a los complementos personales y transitorios (Disposición transitoria tercera).

2º) Asimismo, se incluye en este capítulo la regulación de la Oferta de Empleo Público (art. 20), que se articulará a través de las siguientes tasas de reposición de efectivos:

a) En los sectores prioritarios la tasa será del 120 por cien y en los demás sectores del 110 por cien.

Sectores prioritarios: funcionarios docentes; personal estatutario y equivalente de los servicios de salud del Sistema Nacional de Salud; militares de carrera y militares de complemento; Administraciones Públicas respecto del control y lucha contra el fraude fiscal, laboral, de subvenciones públicas y en materia de Seguridad Social; Administraciones Públicas respecto del asesoramiento jurídico y la gestión de los recursos públicos; Letrados de la Administración de Justicia y de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia; servicios de prevención y extinción de incendios; Administraciones Públicas y Agentes del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación; Catedráticos y Profesores Titulares de Universidad; supervisión e inspección de los mercados de valores; seguridad aérea, a la seguridad marítima y a la seguridad y operaciones ferroviarias y portuarias; Administración Penitenciaria; Seguridad Nuclear y Protección Radiológica; Acción Exterior del Estado; Plazas de personal que presta asistencia directa a la ciudadanía en los servicios sociales y servicios de transporte público, así como las plazas de seguridad y emergencias, las relacionadas con la atención a los ciudadanos en los servicios públicos y la gestión de prestaciones y políticas activas en materia de empleo; área de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

b) Las entidades locales que tuvieran amortizada su deuda financiera a 31 de diciembre del ejercicio anterior tendrán un 120 por cien de tasa en todos los sectores.

c) La tasa será del 125 por ciento para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cuerpos de Policía Autonómica y Policías Locales, que se considerarán también sectores prioritarios.

d) La tasa específica, en los términos previsto en el apartado Dos.3 del artículo 20 de esta Ley, en donde se contempla que cada Administración podrá autorizar, con carácter extraordinario, una tasa específica que sea necesaria para dar complimiento del objetivo previsto en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, de que la temporalidad en el empleo público no supere el 8 por ciento de las plazas de naturaleza

estructural en cada uno de sus ámbitos, siempre que venga justificado de acuerdo con el instrumento de planificación plurianual con que deberá contar.

-Cada Administración podrá autorizar, con carácter extraordinario, una tasa específica que sea necesaria para dar cumplimiento del objetivo previsto en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, de que la temporalidad en el empleo público no supere el 8 por ciento de las plazas de naturaleza estructural en cada uno de sus ámbitos, siempre que venga justificado de acuerdo con el instrumento de planificación plurianual con que deberá contar.

-Se establecen las reglas para la tasa de reposición de efectivos (art. 20. Tres).

-Se establecen limitaciones a la contratación temporal (art. 20.Cinco):

*La contratación de personal laboral, así como los nombramientos de personal funcionario y estatutario habrán de realizarse con carácter fijo, indefinido o permanente, según proceda.

*No se podrá contratar personal temporal, ni realizar nombramientos de personal estatutario temporal y de personal funcionario interino excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables.

*La contratación de personal temporal se vincula a los supuestos contemplados en el Estatuto de los Trabajadores (en su redacción dada por el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre) y en el Estatuto Básico del Empleado Público (en su redacción dada por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre).

-Disposiciones adicionales vigésima, vigésima primera y vigésima segunda: Se regula la posibilidad, con las limitaciones y requisitos que se contemplan, de que las sociedades mercantiles públicas, las entidades públicas empresariales a que se refiere el artículo 19. Uno, de la Ley de Presupuestos, y las fundaciones del sector público y consorcios puedan proceder a la contratación de nuevo personal.

-La masa salarial del personal laboral del sector público estatal (art. 24) no podrá experimentar un crecimiento superior al establecido en el artículo 19.Dos de esta Ley, sin perjuicio de lo que pudiera derivarse de la consecución de los objetivos asignados a cada Departamento ministerial, Organismo Público, resto de entes públicos, sociedades mercantiles estatales, fundaciones del sector público estatal y consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el sector público estatal, mediante el incremento de la productividad o modificación de los sistemas de organización del trabajo o clasificación profesional, previo el informe favorable del Ministerio de Hacienda y Función Pública a través de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos.

-Tampoco experimentarán un incremento superior al establecido en el artículo 19.Dos las retribuciones de cualquier otro personal vinculado mediante una relación de carácter laboral no acogido a convenio con independencia de su tipología, modalidad o naturaleza, incluido el personal directivo del sector público.

-Con carácter previo al inicio de la negociación colectiva, será necesario el informe sobre la masa salarial (art. 24. Tres).

El Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, informará con carácter preceptivo y vinculante la masa salarial y la acción social de los Departamentos ministeriales, Organismos, Agencias estatales, entidades públicas empresariales y demás entes públicos, de las sociedades mercantiles estatales, de las fundaciones del sector público estatal, y de los consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que

integran el sector público estatal, así como de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y sus centros mancomunados.

El informe de la masa salarial se tendrá en cuenta para determinar, en términos de homogeneidad, los créditos correspondientes a las retribuciones del personal laboral afectado y será requisito previo para el comienzo de las negociaciones de convenios o acuerdos colectivos.

Lo previsto en los párrafos anteriores representa el límite máximo de la masa salarial, cuya distribución y aplicación individual se producirá, en su caso, a través de la negociación colectiva.

En aquellos casos en los que el Convenio Colectivo regule la forma de distribuir el incremento retributivo establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, no será necesario el informe previo de masa salarial para la aplicación del incremento, ya que esta no requiere negociación colectiva.

En los casos en los que no esté regulado en el Convenio Colectivo la forma de distribuir el incremento retributivo, será necesario el informe de masa salarial como requisito previo para la negociación del mismo.

Por otra parte, en estos supuestos, los acuerdos de distribución que se limiten a aplicar el incremento máximo establecido por la Ley de Presupuestos Generales del Estado homogéneamente para todos los trabajadores y en todos los conceptos retributivos, salvo los no incrementables conforme a la Ley y/o al Convenio Colectivo aplicable, no requerirán los informes previstos en el artículo 35, si bien se deberán remitir para conocimiento de las Secretarías de Estado de Presupuestos y Gastos y de Función Pública.

-Por lo que se refiere a la determinación de las condiciones laborales del personal laboral al servicio del sector público estatal (art. 34):

La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos aprobará las Pautas para la negociación colectiva en el sector público estatal para el ejercicio 2023, a las que estarán sujetas las entidades públicas empresariales y demás entes públicos del sector público estatal, sociedades mercantiles estatales, fundaciones del sector público estatal, consorcios participados mayoritariamente por el sector público estatal y mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y sus centros mancomunados.

Una vez autorizadas las Pautas para la negociación colectiva en el sector público estatal para el ejercicio 2023, con carácter previo al inicio de las negociaciones, deberá recabarse informe de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre las líneas de negociación y las principales medidas que se pretenden plantear en la negociación colectiva, previo informe de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos sobre impacto presupuestario.

Una vez emitido dicho informe, se podrá iniciar la negociación colectiva con la representación legal de los trabajadores. La negociación colectiva deberá ajustarse a la propuesta informada.

Todos los acuerdos, convenios, pactos o cualesquiera otros instrumentos de negociación colectiva similares, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido se refiera a gastos imputables al capítulo de gastos de personal de los presupuestos de las entidades públicas empresariales, y demás entes públicos del sector público estatal, sociedades mercantiles estatales, fundaciones del sector público estatal, consorcios participados mayoritariamente por el sector público estatal y mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad social y sus centros mancomunados así como a demás condiciones de trabajo, requerirán, para su plena efectividad, de la autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Secretaría de Estado de Función Pública, previo informe de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos sobre impacto presupuestario, siendo nulos de pleno derecho los que se alcancen sin dicha autorización, sin que de los mismos pueda en ningún caso derivarse, directa o indirectamente,

incremento del gasto público en materia de costes de personal y/o incremento de retribuciones por encima del autorizado en el artículo 19 de esta Ley.

4. El Título IV, *«De las pensiones públicas»:*

1º) El Capítulo I se refiere al criterio para la revalorización de las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como las de Clases Pasivas (art. 35).

-No se fija el porcentaje de incremento sino que se establece el procedimiento para su determinación.

-De este modo, las pensiones experimentarán 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 2022.

2º) El Capítulo II está dedicado a regular la determinación inicial de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado y especiales de guerra (art. 36 y 37).

3º) El Capítulo III recoge los criterios señalados en el Capítulo I para la fijación de las pensiones máximas, estableciendo las limitaciones en el señalamiento inicial de las pensiones públicas.

4º) El Capítulo IV reitera los mismos criterios para la revalorización de las pensiones contributivas abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como las de Clases Pasivas. Asimismo, se determinan las pensiones que no se revalorizan (arts. 39 a 41).

5º) El Capítulo V se refiere al sistema de complementos por mínimos, que contiene dos artículos relativos, respectivamente, a pensiones de Clases Pasivas y pensiones del sistema de la Seguridad Social (arts. 42 y 43).

6º) El Capítulo VI establece de una parte, la determinación inicial y revalorización de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social (art. 44) y, de otra, la fijación de la cuantía de las pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (art. 45).

5. En el Título VIII, *«Cotizaciones Sociales»:*

-Se establece la normativa relativa a las bases y tipos de cotización de los distintos regímenes de la Seguridad Social, procediendo a su actualización.

El Título consta de tres artículos relativos, respectivamente, a:

*Art. 122 «Bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional durante el año 2023»:

-Se establecen los topes máximo (4.495,50 euros mensuales) y mínimo (cuantía del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementada en un sexto, salvo disposición expresa en contrario) de las bases de cotización para 2023.

-Se fijan las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional.

-En el art. 122. Diez se establece que "En caso de causarse derecho a la prestación del *Mecanismo RED* a que se refiere la disposición adicional cuadragésima primera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, la base de cotización a la Seguridad Social para la determinación de la aportación de los trabajadores por los que exista obligación legal de cotizar será el promedio de las bases de cotización en la empresa en la que se aplique el mecanismo de contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, correspondientes a los 180 días inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de aplicación de la medida a la persona trabajadora. En caso de no acreditar 180 días de ocupación cotizada en dicha empresa, la base de cotización se calculará en función de las bases correspondientes al periodo inferior acreditado en la misma".

-En el art. 122. Catorce se establece la cotización correspondiente al *mecanismo de equidad intergeneracional*. Conforme a lo dispuesto en la disposición final cuarta de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, a partir del 1 de enero de 2023 se efectuará una cotización de 0,6 puntos porcentuales aplicable a la base de cotización por contingencias comunes en todas las situaciones de alta o asimiladas a la de alta en el sistema de la Seguridad Social en las que exista obligación de cotizar para la cobertura de la pensión de jubilación. Cuando el tipo de cotización deba ser objeto de distribución entre empleador y trabajador, el 0,5 por ciento será a cargo del empleador y el 0,1 por ciento a cargo del trabajador.

*«Cotización a las Mutualidades Generales de Funcionarios para el año 2023» (art. 123).

*«Cotización a derechos pasivos» (art. 124).

6. La Disposición adicional vigésima cuarta regula los *procesos selectivos de cambio de régimen jurídico del personal laboral fijo* del anexo II del IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, que desempeña funciones o actividades reservadas al personal funcionario.

7. Disposiciones adicionales trigésima sexta, trigésima séptima y trigésima novena: En relación con diversas prestaciones sociales públicas, se establecen las cuantías de las *prestaciones familiares de la Seguridad Social* y *complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, de los subsidios económicos contemplados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* (RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre), y *las pensiones asistenciales y se fija la revalorización de las prestaciones económicas reconocidas al amparo de la Ley 3/2005*, de 18 de marzo, a las personas de origen español desplazadas al extranjero durante la Guerra Civil.

8. Asimismo, se introducen normas relativas al incremento de las *prestaciones por gran invalidez del Régimen Especial de las Fuerzas Armadas* (Disposición adicional trigésima octava) y se fija la revalorización para el año 2023 de las ayudas sociales a los afectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) (Disposición adicional cuadragésima).

9. Disposición adicional cuadragésima primera: Se mantiene el aplazamiento de la aplicación de la disposición adicional vigésima octava de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social.

10. Se establecen diversas medidas de apoyo financiero:

-apoyo a proyectos empresariales de empresas de base tecnológica (creado por el apartado 2 de la disposición adicional segunda de la Ley 6/2000, de 13 de diciembre, por la que se aprueban medidas de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa) (Disposición adicional cuadragésima quinta).

-apoyo financiero a pequeñas y medianas empresas (Disposición adicional cuadragésima séptima).

-apoyo a los jóvenes emprendedores (Disposición adicional cuadragésima sexta).

-apoyo financiero a pequeñas y medianas empresas del sector audiovisual y de las industrias culturales y creativas (Disposición adicional quincuagésima).

-apoyo financiero a personas físicas y jurídicas del sector agroalimentario y pesquero mediante el reafianzamiento de los avales otorgados por la Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria SAECA, con objeto de facilitar su acceso al crédito (Disposición adicional quincuagésima primera).

11. La Disposición adicional septuagésima primera se refiere al *Fondo de cohesión sanitaria y al Fondo de Garantía Asistencial*.

Con vigencia indefinida se suspenden los apartados a), b) y d) del artículo 2.1 del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de Cohesión Sanitaria y se establece la naturaleza extrapresupuestaria de dichos apartados.

A partir del 1 de enero de 2023, los gastos derivados de la asistencia sanitaria prestada a pacientes residentes en España derivados entre Comunidades Autónomas e Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y asegurados desplazados a España en estancia temporal, con derecho a asistencia a cargo de otro Estado, prestada al amparo de la normativa internacional en esta materia contemplado en el artículo 2.1. a), b) y d) del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, así como los derivados de la asistencia sanitaria contemplada en el Fondo de Garantía Asistencial serán objeto de compensación sobre la base de los saldos positivos y negativos resultantes de las liquidaciones realizadas por el Ministerio de Sanidad y el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, a través del Instituto Nacional de la Seguridad Social, tomando como período de referencia la actividad realizada en el año anterior por cada comunidad autónoma e Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

Al respecto, en esta disposición se establece una extensa y detallada regulación del procedimiento correspondiente.

12. Se prevén aportaciones para la financiación de *planes de empleo en la isla de La Palma, Extremadura y Andalucía* y aportaciones financieras del Servicio Público de Empleo Estatal al plan Integral de Empleo de *Canarias* (Disposiciones adicionales octogésima sexta, octogésima séptima, octogésima octava y octogésima novena).

13. Se determina el *indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM)* para 2023, que será de 600 euros mensuales (Disposición adicional nonagésima).

14. Se establece una reducción de cuotas a la Seguridad Social en las provincias de Cuenca, Soria y Teruel (Disposición adicional nonagésima primera)

-Reducción de cuotas a la Seguridad Social por el ejercicio de una actividad por cuenta ajena en las provincias de Cuenca, Soria y Teruel: Esta reducción afectará, durante toda la vigencia del contrato, a la contratación indefinida, a tiempo completo, a tiempo parcial o de fijos-discontinuos, de personas que causen alta, o que figuren en situación de alta a la entrada en vigor de esta disposición, en códigos de cuenta de cotización asignados a empresarios para el alta de trabajadores en el Régimen General, excluidos sus sistemas especiales, en las provincias de Cuenca, Soria o Teruel. Estas reducciones de cuotas se financiarán con aportaciones del Estado, a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social.

-Cuota reducida aplicable por el inicio de una actividad por cuenta propia en las provincias de Cuenca, Soria y Teruel durante el año 2023: Esta reducción afectará a los trabajadores autónomos que, durante el año 2023, causen alta inicial o no hubieran estado en situación de alta en los 2 años inmediatamente anteriores, a contar desde la fecha de efectos del alta, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y desempeñen toda su actividad en las provincias de Cuenca, Soria y Teruel. Se beneficiarán de una cuota reducida por contingencias comunes y profesionales, durante los 36 primeros meses naturales inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, consistente en una cuota única mensual de 80 euros, quedando los trabajadores excepcionados de cotizar por cese de actividad y por formación profesional.

15. Se recogen medidas en relación con la *financiación de la formación profesional para el empleo* y específicamente, de la formación profesional para el empleo vinculada al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales (Disposición adicional nonagésima segunda y nonagésima tercera).

-Respecto a las medidas dirigidas a la financiación de la formación profesional para el empleo, entre otras cosas, se establece que la cuota de formación profesional se destinará a financiar los gastos del sistema de formación profesional para el empleo regulados por la normativa vigente, incluyendo los correspondientes a programas públicos de empleo y formación y otros que pudieran establecerse reglamentariamente, todo ello con el objeto de impulsar y extender entre las empresas y los trabajadores ocupados y desempleados una formación que responda a sus necesidades del mercado laboral y contribuya al desarrollo de una economía basada en el conocimiento.

El Servicio Público de Empleo Estatal gestionará los programas de formación profesional para el empleo, que le correspondan normativamente, con cargo a los créditos en su presupuesto de gastos.

El 50 por ciento, como mínimo, de dichos fondos se destinará inicialmente a la financiación de los gastos necesarios para la ejecución de las iniciativas formativas dirigidas prioritariamente a trabajadores ocupados no vinculadas con certificados de profesionalidad, las acciones formativas dirigidas a la capacitación para el desarrollo de las funciones relacionadas con la negociación colectiva y el diálogo social previstas en el artículo 6.8 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, así como los gastos de funcionamiento e inversión de la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo.

Con carácter específico, se incluyen en este apartado las iniciativas de formación programada por las empresas; los permisos individuales de formación; la oferta formativa para trabajadores ocupados no vinculada con certificados de profesionalidad, y la formación en las Administraciones Públicas.

El 50 por ciento restante se destinará inicialmente a financiar los gastos necesarios para la ejecución de las iniciativas formativas dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados no vinculadas con certificados de profesionalidad, así como los programas públicos de empleo-formación.

La financiación de la actividad formativa inherente al contrato de formación en alternancia se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa reglamentaria que regula la impartición y las características de la formación recibida por los trabajadores.

Las empresas que cotizan por la contingencia de formación profesional dispondrán de un crédito para la formación de sus trabajadores de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, que resultará de aplicar a la cuantía ingresada por la empresa en concepto de formación profesional durante el año 2022 el porcentaje de bonificación que, en función del tamaño de las empresas, se establece en esta disposición. Las empresas de 1 a 5 trabajadores dispondrán de un crédito de bonificación por empresa de 420 euros, en lugar de un porcentaje.

Asimismo, podrán beneficiarse de un crédito de formación, en los términos establecidos en la citada normativa, las empresas que durante el año 2023 abran nuevos centros de trabajo, así como las empresas de nueva creación, cuando incorporen a su plantilla nuevos trabajadores. En estos supuestos las empresas dispondrán de un crédito de bonificaciones cuyo importe resultará de aplicar al número de trabajadores de nueva incorporación la cuantía de 65 euros.

Las empresas que formen a personas afectadas por expedientes de regulación temporal de empleo regulados en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores o por una de las modalidades del Mecanismo RED a las que hace referencia el artículo 47 bis de dicha norma, tendrán derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada de la cantidad que se indica en dicho apartado, en función del tamaño de la empresa.

Las empresas que durante el año 2023 concedan permisos individuales de formación a sus trabajadores dispondrán de un crédito de bonificaciones para formación adicional al crédito anual que les correspondería de conformidad con lo establecido en el párrafo primero de este apartado, por el importe que resulte de aplicar los criterios determinados por la normativa aplicable.

-En cuanto a la Financiación de la formación profesional vinculada al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, sin perjuicio de otras fuentes de financiación, los fondos provenientes de la cuota de formación profesional gestionados por el Ministerio de Educación y Formación Profesional se destinarán a financiar los gastos del sistema de formación profesional en las acciones formativas vinculadas al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, con el objeto de impulsar y extender a los trabajadores ocupados y desempleados una formación que responda a sus necesidades del mercado laboral y contribuya al desarrollo de una economía basada en el conocimiento.

16. Se establece la Gestión de los servicios y programas establecidos en la letra h) del artículo 18 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre (que se especifican en esta disposición) por el Servicio Público de Empleo Estatal (Disposición adicional nonagésima sexta)

17. La Disposición adicional nonagésima séptima establece nuevamente la *suspensión del sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales por disminución de la siniestralidad laboral*. Se suspende la aplicación del sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral, prevista en el Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo, para las cotizaciones que se generen durante el año 2023. Esta suspensión se extenderá hasta que el Gobierno proceda a la reforma del citado real decreto.

18. En la Disposición adicional nonagésima octava se aborda el *nivel acordado del sistema para la autonomía y la atención a la dependencia*.

Durante 2023 se procede al establecimiento del nivel acordado entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas de financiación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, el cual tendrá una dotación de 783.197.420 € euros que será distribuido a cada Comunidad Autónoma de acuerdo con los criterios de reparto que se establezcan en el correspondiente Marco de Cooperación Interadministrativa.

Se establece la posibilidad de prever anticipos para la financiación de las actuaciones a desarrollar por las Comunidades Autónomas en el marco de los convenios de colaboración que formalicen con la Administración General del Estado conforme a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia (Disposición adicional nonagésima novena).

Se prevé un incremento en el tramo convenido, de la atención a la dependencia.

19. Por su parte, la Disposición adicional centésima sexta establece las *cuantías del nivel mínimo de protección garantizado por la Administración General del Estado para cada persona beneficiaria del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*.

Se procede a la actualización de las cuantías del nivel mínimo de protección garantizado por la Administración General del Estado para cada persona beneficiaria del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de grado III, Gran Dependencia; grado II, Dependencia Severa y grado I, Dependencia Moderada, que son las siguientes:

- Grado III Gran Dependencia 290,00 Euros/mes
- Grado II Dependencia Severa 130,00 Euros/mes
- Grado I Dependencia Moderada 76,00 Euros/mes

20. Se establecen previsiones sobre la indemnización por residencia del personal al servicio del sector público (Disposición transitoria segunda).

21. En la Disposición transitoria octava se establece el *Régimen transitorio aplicable a la prestación por desempleo*.

Los porcentajes a que se refiere el artículo 270 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, se aplicarán también a quienes, a la entrada en vigor de esta ley, estuvieran percibiendo la prestación por desempleo.

22. La Ley se cierra con un conjunto de *disposiciones finales*, en las que se recogen las modificaciones realizadas a varias normas legales, entre las que destacan:

A-***Modificaciones del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril*** (Disposición final cuarta).

-Se da nueva redacción al apartado 1 del artículo 11, relativo a la competencia para el reconocimiento de derechos pasivos y la concesión de las prestaciones de Clases Pasivas del Estado, para establecer que "En los procedimientos administrativos que a tal efecto se tramiten, si no hubiese recaído resolución expresa una vez transcurrido el plazo máximo fijado por la norma reguladora del procedimiento de que se trate para dictar resolución y notificarla, se entenderá desestimada la petición por silencio administrativo".

-Se da nueva redacción al apartado 3 del artículo 32, en relación con los "Servicios efectivos al Estado", para equiparar al servicio militar obligatorio el servicio social femenino obligatorio a efectos de su consideración.

-Se modifican los apartados 4 y 5 y se introduce un apartado 6, nuevo, en el artículo 38, relativo a las condiciones del derecho a la pensión de viudedad, en relación con las parejas de hecho. Asimismo, se añade una disposición adicional vigésima, nueva, que queda relativa a la pensión de viudedad de parejas de hecho en supuestos excepcionales.

-Se da nueva redacción a los apartados 1 y 2 y se añade un nuevo apartado 5 al artículo 41 en relación con las condiciones del derecho a la pensión de orfandad. Con ella se precisa más la regulación establecida y se incluye en este artículo la regulación del supuesto referido a la adopción de los hijos e hijas de una causante fallecida como consecuencia de violencia sobre la mujer.

B- ***Modificaciones del 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*** (Disposición final décimo primera).

Con efectos desde 1 de enero de 2023 y vigencia indefinida, se modifica la letra a) del apartado 3 del artículo 5 del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, en relación con las aportaciones anuales máximas a los planes de pensiones, de forma que quedan sometidas a un régimen general (máximo de 1.500 euros anuales para el total de las aportaciones y contribuciones empresariales anuales máximas a los planes de pensiones regulados) y unos supuestos particulares: 1º. Incremento en 8.500 euros anuales, siempre que tal incremento provenga de contribuciones empresariales, o de aportaciones del trabajador al mismo instrumento de previsión social por importe igual o inferior a las cantidades que resulten del cuadro establecido en esta ley en función del importe anual de la contribución empresarial; 2º. Incremento en 4.250 euros anuales, siempre que tal incremento provenga de aportaciones a los planes de pensiones sectoriales (previstos en el artículo 67.1 a) LPFP), realizadas por trabajadores por cuenta propia o autónomos que se adhieran a dichos planes por razón de su actividad; aportaciones a los planes de pensiones de empleo simplificados de trabajadores por cuenta propia o autónomos (previstos en el artículo 67.1.c) LPFP); o de aportaciones propias que el empresario individual o el profesional realice a planes de pensiones de empleo de los que, a su vez, sea promotor y partícipe.

En todo caso, la cuantía máxima de aportaciones y contribuciones empresariales por aplicación de los incrementos previstos en los números 1.º y 2.º anteriores será de 8.500 euros anuales.

C-***Modificaciones del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad*** (Disposición final vigésima primera).

-Se suprime el apartado Tres del artículo 8, que establecía "Desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, quedan suspendidos y sin efecto los Acuerdos, Pactos y Convenios para el personal funcionario y laboral, suscritos por las Administraciones Públicas y sus Organismos y Entidades, vinculados o dependientes de las mismas, en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza".

-Se suprime el artículo 9, relativo a la "Prestación económica en la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, organismos y entidades dependientes de las mismas y órganos constitucionales".

-Se suprime el artículo 10, referido a la "Reducción de créditos y permisos sindicales".

-Se suprime el artículo 16, por el cual "Se suspenden y quedan sin efecto los acuerdos, pactos y convenios para el personal del sector público definido en el artículo 22 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos generales del Estado, suscritos por las Administraciones públicas y sus organismos y entidades que contengan cláusulas que se opongan a lo dispuesto en el presente título".

-Se suprime la disposición adicional segunda, que asimismo regulaba las "Suspensiones o modificaciones de convenios colectivos, pactos o acuerdos que afecten al personal funcionario o laboral por alteración sustancial de las circunstancias económicas", estableciendo que: "A los efectos de lo previsto en el artículo 32 y 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público se entenderá, entre otras, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de requilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público".

-Se suprime la disposición adicional décima octava, referido a determinados complementos en los supuestos de incapacidad temporal en la Administración del Estado.

-Se suprime la disposición final octava, Derechos sindicales en el ámbito del sector público, que establecía que "Las fundaciones, sociedades mercantiles y resto de entidades que conforman el sector público deberán efectuar una adecuada gestión, en el marco de la legislación vigente, de las materias relacionadas con la creación, modificación o supresión de órganos de representación, secciones y delegados sindicales, especialmente en lo que afecta a los créditos horarios, cesiones de estos créditos y liberaciones que deriven de la aplicación de normas o pactos que afecten a la obligación o al régimen de asistencia al trabajo (…) deberán informar al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas u organismo autonómico competente en relación con estas materias, sin perjuicio de la protección de datos de carácter personal".

-Se suprime la disposición derogatoria, que afectaba a un número importante de disposiciones de otras tantas normas legales.

D-***Modificaciones de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*** (Disposición final vigésima tercera).

Se modifican los arts. 121 y 122, apartado 3, introduciendo algunas precisiones en el régimen jurídico de los Consorcios.

E-***Modificaciones del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*** (Disposición final vigésima cuarta).

-Con efectos desde la entrada en vigor de esta ley y vigencia indefinida, se suprimen el último párrafo del apartado 2 del artículo 32 y el último párrafo del apartado 10 del artículo 38.

En estos dos preceptos se establece la posibilidad de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas de suspender o modificar el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral y de los Pactos y Acuerdos que afecten a los funcionarios públicos, ya firmados, excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas. En los dos párrafos que se suprimen se establecía que: "A los efectos de los previsto en este apartado, se entenderá, entre otras, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público".

-Se modifica también la disposición adicional séptima, en relación con la obligación de establecer un Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres, precisando que deberá ser objeto de negociación, y en su caso acuerdo, con la representación legal de los empleados públicos. También se establece que en el plazo de 3 meses se creará un Registro de Planes de Igualdad, adscrito al departamento con competencias en materia de función pública.

F-***Modificaciones del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre*** (Disposición final vigésima quinta).

-Se da nueva redacción al apartado 2. del artículo 95 y al apartado 1. del artículo 96, modificando los porcentajes mínimos y máximos para establecer la dotación de las Reservas de Estabilización de Contingencias Profesionales, de Contingencias Comunes y por Cese de Actividad, así como la aplicación del excedente que resulte después de dotar la Reserva de Estabilización de Contingencias Profesionales.

-Se da nueva redacción al art. 103 sobre el Patrimonio de la Seguridad Social, especificando que "Asimismo, los inmuebles que forman parte del patrimonio de la Seguridad Social, además de estar afectos, con carácter prioritario, a los fines de la Seguridad Social, podrán ser destinados a fines de utilidad pública a través de su adscripción, en la forma prevista en el artículo 104, o de la cesión de su uso, en la forma prevista en el artículo 107".

-Se da nueva redacción al artículo 104 y al apartado 4 del art. 107, introduciendo precisiones en la regulación de la titularidad, adscripción, administración y custodia del patrimonio único de la Seguridad Social.

-Se da nueva redacción al apartado 1 del art. 109, relativo a los recursos generales para la financiación de la Seguridad Social, recogiendo las facultades de disposición patrimonial no onerosas de los frutos, rentas o intereses y cualquier otro producto de los recursos patrimoniales de la Seguridad Social en los supuestos que estos se produzcan.

-Se añade un apartado 3, nuevo, al artículo 118, relativo a la dotación del Fondo de Reserva de la Seguridad Social estableciendo que las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social ingresarán en el Fondo de Reserva de la Seguridad Social el importe correspondiente al porcentaje del excedente que resulte de la gestión de las contingencias profesionales al que se refiere el artículo 96.1.d) LGSS.

-Se da nueva redacción al apartado 2 del artículo 270, en relación con la cuantía de la prestación por desempleo: "La cuantía de la prestación se determinará aplicando a la base reguladora los siguientes porcentajes: el 70 por ciento durante los ciento ochenta primeros días y el 60 por ciento [se incrementa, pues, desde el 50 establecido hasta ahora] a partir del día ciento ochenta y uno".

-Se añade una disposición transitoria, nueva: "Disposición transitoria trigésima quinta. Distribución del excedente y constitución de las reservas de estabilización correspondientes al ejercicio 2022. Lo dispuesto en los artículos 95.2, 96.1 y 118.3 será de aplicación a la liquidación de

las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2022 que realicen las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social."

G-***Modificaciones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*** (Disposición final vigésima séptima), introduciendo diversas modificaciones relacionadas con los procesos de contratación pública.

H-***Modificaciones del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales*** (Disposición final trigésima).

I-***Modificaciones del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*** (Disposición final trigésima primera).

J-***Modificaciones de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital*** (Disposición final trigésima segunda).

Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, se añade una disposición transitoria novena, nueva, sobre la Incompatibilidad de las pensiones asistenciales reguladas en la Ley 45/1960, de 21 de julio, con nuevos reconocimientos de la prestación económica del ingreso mínimo vital, que establece lo siguiente:

-Desde 1 de enero de 2023 la condición de beneficiario de la prestación económica del ingreso mínimo vital será incompatible con las pensiones asistenciales reguladas en la Ley 45/1960, de 21 de julio, por la que se crean determinados Fondos Nacionales para la aplicación social del Impuesto y del Ahorro, y suprimidas por la Ley 28/1992, de 24 de noviembre, de Medidas Presupuestarias Urgentes, que aún sigan percibiéndose.

-A estos efectos, dichas pensiones asistenciales quedarán extinguidas cuando se reconozca a sus beneficiarios, a partir del 1 de enero de 2023, la prestación del ingreso mínimo vital, ya sea a título individual o como integrantes de una unidad de convivencia. La pensión asistencial se exceptuará del cómputo de ingresos y patrimonio al objeto de determinar el derecho a la prestación de ingreso mínimo vital así como, en su caso, su cuantía. La extinción de la pensión asistencial tendrá efectos en la misma fecha en que tenga efectos económicos la prestación económica del ingreso mínimo vital.

K-***Modificaciones de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal***, aprobado por 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) (Disposición final trigésima tercera).

Con efectos desde el 1 de enero de 2023 y vigencia indefinida se da una nueva redacción a la disposición adicional undécima, relativa a los "Aplazamientos y fraccionamientos de deudas y sanciones tributarias estatales en situaciones preconcursales por la Agencia Estatal de Administración Tributaria".

1.3. COTIZACIÓN

-Resolución de 26 de octubre de 2022, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, por la que se establece el plazo especial para el ingreso de las diferencias resultantes de la aplicación de la 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 1-11-2022)

La Resolución establece que las diferencias de cotización resultantes de la aplicación de lo dispuesto en la 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, respecto de las cotizaciones que, a partir de 1 de enero de 2022, se hubieran efectuado hasta el mes anterior al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», se ingresarán en un único plazo correspondiente al mes de febrero de 2023.

1.4. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

-Ley 21/2022, de 19 de octubre, de creación de un fondo de compensación para las víctimas del amianto (BOE 20-10-2022)

Esta Ley crea el Fondo de Compensación para las Víctimas del Amianto, que será gestionado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, para la reparación íntegra de los daños y perjuicios sobre la salud resultantes de una exposición al amianto padecidos por toda persona en su ámbito laboral, doméstico o ambiental en España, así como a sus causahabientes en los términos establecidos en la presente ley.

Como se explica en la Exposición de Motivos, en el conjunto del Estado español entre los años 1994 y 2008 el número de fallecimientos vinculados directamente al amianto fue de 3.943. Si se hace una estimación del número anual de casos de patologías por amianto, entre los años 2003 y 2009 podrían haberse producido 7.154 casos a indemnizar en sus diferentes modalidades. Se puede deducir que hasta 2023 seguiremos con un número ascendente de casos, lo que pone más en evidencia la necesidad de poner en marcha en nuestro país un fondo de compensación como los existentes en Francia, Holanda o Bélgica. Las previsiones indican que a partir del 2023 se estabilizarán las cifras y se iniciará una rápida tendencia descendente.

Si bien el amianto actualmente ya no existe como problema preventivo, el problema radica fundamentalmente en las enfermedades derivadas de antiguas exposiciones que afloran y seguirán aflorando aún con más intensidad. Los daños sufridos están derivando en una gran litigiosidad que se refiere o afecta a trabajadores y trabajadoras que hayan podido estar en relación con el amianto. Además hay que tener en cuenta los contactos fuera del ámbito laboral, dentro del ámbito familiar (por lavado de ropa en casa) o ambiental, que no regula ahora el sistema.

Además, el principal problema es que muchas empresas donde se produjo la exposición ya han desaparecido cuando la enfermedad se manifiesta (se trata de exposiciones que se produjeron de 20 a 50 años antes); o bien los trabajadores y trabajadoras han podido prestar servicios en diferentes empresas a lo largo de su vida laboral, lo que dificulta la identificación de la exposición concreta que generó la enfermedad. Ello supone una dificultad añadida en la identificación de las empresas responsables del pago de las indemnizaciones que pueden corresponder a los afectados y las afectadas.

Por todo ello se hace necesaria la creación de un fondo de compensación sin culpa. Este fondo de compensación conseguirá que aquellas familias o trabajadores y trabajadoras afectadas que tienen vedada la vía judicial, por no tener empresa a la que reclamar la indemnización, vean compensado el

daño. Otro problema añadido es la judicialización de los procesos. Las víctimas han de luchar en los juzgados, para reclamar sus derechos, con los organismos de la Seguridad Social y con las mutuas, lo que conlleva un coste económico importante por parte de las familias, además del coste emocional.

La Ley define el marco regulador de este Fondo de Compensación, pero no establece la cuantía de las indemnizaciones. El artículo 3 de esta Ley establece que las personas que resulten beneficiarias tendrán derecho a las compensaciones que se determinen reglamentariamente.

Conforme al artículo 6, serán beneficiarias de la reparación íntegra a cargo del Fondo de Compensación para las Víctimas del Amianto por los daños y perjuicios sobre la salud resultantes de una exposición al amianto padecidos en ámbito laboral, doméstico o ambiental en España:

a) Las personas que hayan obtenido el reconocimiento de una enfermedad profesional ocasionada por el amianto.

b) Las personas con una enfermedad que no pueda ser reconocida como profesional, pero de la cual se haya determinado o pueda determinarse que su causa principal o coadyuvante haya sido su exposición al amianto.

c) Las personas causahabientes de los beneficiarios mencionados en las letras anteriores, en los términos que se determinen reglamentariamente.

El diagnóstico y la valoración de la enfermedad, su calificación y revisión, así como la determinación de su causa o del fallecimiento se realizarán por los equipos de valoración que se determinen reglamentariamente.

La Ley determina los recursos económicos de los que dispondrá el Fondo de Compensación para las Víctimas del Amianto para el cumplimiento de sus fines, y ordena el procedimiento de gestión de las compensaciones financiadas por el Fondo.

La solicitud deberá ir acompañada de los documentos acreditativos de la enfermedad y lesiones padecidas, así como de que han sido originadas o han podido serlo por la exposición al amianto, incluidos los certificados médicos, informe sanitario del PIVISTEA, así como todos los documentos necesarios para probar la realidad de la exposición al amianto. No obstante, cuando se hubiera determinado el origen profesional de la enfermedad, el solicitante adjuntará a la petición exclusivamente la resolución de reconocimiento. En su caso, también se acompañará de la información relativa a las acciones judiciales y extrajudiciales que estén en curso en el momento de la solicitud, así como de las prestaciones o compensaciones reconocidas como consecuencia de su exposición al amianto.

En el plazo de tres meses, a contar desde la presentación de la solicitud, el Instituto Nacional de la Seguridad Social formulará al solicitante una propuesta de resolución, indicando la evaluación establecida sobre la enfermedad padecida, lesiones, causa de las lesiones o del fallecimiento, en su caso, discapacidad que se reconoce y compensación que corresponde.

En el caso de falta de conformidad con la propuesta por parte del solicitante, el Instituto Nacional de la Seguridad Social emitirá resolución desestimando la solicitud. De ser aceptada la propuesta, la citada entidad emitirá resolución estimando la procedencia de la compensación en los términos propuestos y el Fondo de Compensación para las Víctimas del Amianto se subrogará en todas las acciones y derechos que correspondan a los beneficiarios.

De no recaer resolución expresa en el plazo de seis meses, o si transcurrido dicho plazo no se hubiera pronunciado el solicitante admitiendo la propuesta, se entenderá desestimada la solicitud por silencio administrativo. En todo caso se deberá dictar resolución expresa.

La Disposición adicional única establece que la puesta en marcha e inicio de actividades del Fondo de Compensación para las Víctimas del Amianto tendrá lugar el mismo día en que entre en

vigor el reglamento de desarrollo de la presente ley, que deberá dictarse en el plazo de tres meses desde su publicación en el BOE.

1.5. PENSIONES

-Ley 24/2022, de 25 de noviembre, para el reconocimiento efectivo del tiempo de prestación del servicio social de la mujer en el acceso a la pensión de jubilación parcial (BOE 26-11-2022)

En el artículo único de esta Ley se modifica, por una parte, el párrafo primero de la letra d) del apartado 2 del artículo 215 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, sobre los requisitos para acceder a la jubilación parcial, otorgando al servicio social femenino los mismos efectos que la LGSS ya establece para la prestación del servicio militar obligatorio y para la prestación social sustitutoria en el acceso a la jubilación anticipada (cómputo de dichos períodos, con el límite máximo de un año, para acreditar el período de cotización de treinta y tres años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial).

En el mismo sentido se modifica la letra f) del apartado 6 de la disposición transitoria cuarta LGSS, también respecto a los requisitos para el acceso a la jubilación parcial, en relación con la "aplicación de legislaciones anteriores para causar derecho a pensión de jubilación".

El cómputo del servicio social femenino obligatorio, con el límite de un año, a los efectos de acreditar el período mínimo de cotización efectiva exigido ya fue establecido por 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, en la modificación que efectúa en la LGSS, para acceder a la jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora y a la jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada (artículos 207.1, letra c) y 208.1, letra b), respectivamente, LGSS).

Modificación con la que se recoge legalmente lo que ya resolvió la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en STS 338/2020, de 6 de febrero, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina, que reconoció el cómputo de los días de prestación del servicio social de la mujer a efectos de completar el período mínimo de cotización para acceder a la pensión de jubilación anticipada. Con dicha reforma legal se corrigió el grave quebranto que para las mujeres apartadas de este beneficio suponía el tener que pleitear contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social para conseguirlo, no siempre con éxito, lo que infligía el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de nuestro texto constitucional.

No obstante, este avance legislativo en lo que se refiere a la jubilación anticipada en relación con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no encontraba correspondencia en el artículo 215.2, letra d), de la LGSS, que continuaba sin contemplar el tiempo del servicio social femenino en el cómputo de los años requeridos para el acceso a la jubilación parcial, cuando sí recogía el tiempo de prestación del servicio militar o prestación social sustitutoria, situando a las mujeres en peor derecho que a los hombres para el acceso a esta pensión.

Si bien, como señaló la STS 338/2020, una lectura compatible de los artículos de la LGSS reseñados con el principio de no discriminación por razón de sexo recogido en el artículo 14 de la Constitución (principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres que informa e integra la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, como establece el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), debiera haber llevado a la consideración de que el tiempo de prestación del servicio social de la mujer es equiparable al tiempo del servicio militar o de la prestación social sustitutoria realizado por los hombres a efectos del cómputo para el acceso a las pensiones, sin embargo no había operado con la misma finalidad

protectora -aunque concurren en dichas prestaciones las mismas notas de «período de trabajo activo prestado al Estado, en beneficio y por orden de éste, excluido legalmente de cotización» (Fj 2 STS 338/2020)-, por lo que fue necesaria la reforma (por la Ley 21/2021) de los artículos referidos a la jubilación anticipada para otorgar al servicio social femenino los mismos efectos que a la prestación del servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria, eliminando la litispendencia.

Sin embargo, el reconocimiento de efectos del tiempo del servicio social femenino en la acreditación de los años para el acceso a la jubilación parcial no se llevó a cabo en la reforma operada por la Ley 21/2021. Por ello, en cumplimiento de las normas nacionales e internacionales que obligan a la igualdad de trato entre mujeres y hombres, y de la Recomendación 17 del «Pacto de Toledo» (referida a «Mujer y Seguridad Social»), que conmina a la adopción de medidas estructurales para conseguir la equiparación de la cobertura por pensiones entre mujeres y hombres, así como a hacer efectivo el principio de transversalidad en la elaboración de cualquier norma o política al objeto de evitar el impacto de género negativo, la presente ley otorga al tiempo de prestación del servicio social femenino los mismos efectos en el acceso a la jubilación parcial que en el acceso a la jubilación anticipada.

Se aprovecha, además, esta Ley para modificar la Disposición adicional trigésima octava LGSS sobre "Gastos de manutención y gastos y pluses de distancia por desplazamiento de los músicos". Así, la Disposición final primera de esta Ley añade un apartado dos a la disposición adicional trigésima octava LGSS, conforme al cual "En caso de que se haya producido un pronunciamiento judicial firme que tenga causa en procedimientos sancionadores y de liquidación de cuotas a la Seguridad Social antes de la entrada en vigor de la Ley 14/2021, de 11 de octubre, por la que se modifica el Real Decreto Ley 17/2020, de 5 de mayo, por la que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, se procederá a la condonación de la deuda siempre y cuando no hayan transcurrido más de 5 años desde la fecha de levantamiento del Acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social".

1.6. PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS

-Orden ISM/1055/2022, de 31 de octubre, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se aprueba el Plan para la reordenación y simplificación del sistema de prestaciones económicas no contributivas de la Administración General del Estado (BOE 4-11-2022)

Mediante esta Orden se da publicidad al Plan para la reordenación y simplificación del sistema de prestaciones económicas no contributivas de la Administración General del Estado, adoptado por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, en su reunión del día 31 de octubre de 2022 (el texto del Acuerdo se recoge como Anexo I a esta Orden).

Con dicho Plan se pretende dar cumplimiento al hito 319 del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia del Reino de España, relativo a la reforma 5 del componente 22 del Plan se refiere a la Publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del Plan para la reordenación y simplificación del sistema de prestaciones económicas no contributivas de la Administración General del Estado, debiendo cumplirse antes de que finalice el tercer trimestre de 2022. El hito 320, también referido al C22.R5, se refiere a la entrada en vigor de legislación para reorganizar y simplificar el sistema de prestaciones económicas no contributivas, debiendo cumplirse antes del cuarto trimestre de 2023.

El texto del Plan se incluye como anexo II a esta orden.

Para la consecución de los objetivos, el plan presenta los siguientes direccionamientos básicos:

1. Desarrollar y ampliar el IMV para convertirlo en la prestación base del sistema de garantía de ingresos mínimos.

2. Simplificar las ayudas actuales entorno a él para lo que será necesario evaluar los parámetros que garanticen la equidad que persigue el plan.

3. Establecer una gobernanza más eficiente entre los distintos órganos gestores, que requerirá de un sistema de información ágil, con la información y la toma de decisiones con datos como eje del diseño de prestaciones.

Aspectos fundamentales del Plan:

1. El Plan hace referencia exclusiva a todas las prestaciones monetarias de la Administración General del Estado de naturaleza no contributiva sujetas a la comprobación de recursos y a las prestaciones universales que tienen influencia o foco en las personas desfavorecidas: Complemento de Ayuda para la Infancia (CAPI); PNC de jubilación y discapacidad y complemento de alquiler; Ingreso Mínimo Vital (IMV); Prestaciones familiares de pago único; Subsidio por nacimiento; Asignación económica por hijo a cargo con discapacidad.

2. Quedan excluidas del alcance del plan las prestaciones de carácter semicontributivo, esto es, las relativas a complementos mínimos de pensiones y de apoyo a desempleados.

Tampoco se entienden como parte del plan y del sistema de prestaciones monetarias no contributivas, aquellas prestaciones que son sustitutivas de un servicio o están destinadas a pagarlo directa o indirectamente. No obstante, cualquier modificación de las prestaciones que forman parte de este perímetro tendrá consecuencias sobre otras prestaciones monetarias y políticas de inclusión.

3. El plan tiene los siguientes objetivos: mejorar la equidad de las prestaciones no contributivas, ampliando su cobertura y generosidad; incrementar su eficiencia a través de la focalización en actividades de inclusión socio laboral que eviten trampas de pobreza; facilitar la accesibilidad, de forma que el usuario pueda acceder a un esquema simplificado de prestaciones; lograr mayores niveles de agilidad que faciliten la activación y solventar aspectos de inconsistencia interna del modelo.

Se toma como referencia a países de nuestro entorno, en los que las iniciativas de reordenación de prestaciones no contributivas tienden a seguir un esquema de integración en torno a una prestación que actúa como base de la garantía de ingresos, una prestación de rentas mínimas similar al ingreso mínimo vital.

4. El plan promueve el estudio y la reordenación de prestaciones hoy orientadas a colectivos específicos y su potencial integración en el concepto y esquema general que supone el IMV, en forma de complementos, que deberían dar respuesta a tres de las causas principales de exclusión económica:

- la vejez,
- la discapacidad y
- las familias vulnerables con niños.

5. La redacción de este plan, además de apoyarse en la estructura que han venido desarrollando los países de nuestro entorno, propone tomar como referencia el ejemplo de la transformación puesta ya en marcha de la ayuda a la infancia, pasando de la prestación familiar, más conocida como prestación por hijo a cargo, al complemento de ayuda para la infancia (CAPI), integrado en el esquema del IMV. La prestación familiar se cierra definitivamente el 31 de diciembre de 2022 y el CAPI todavía necesita unos meses para terminar el despliegue completo.

6. En cuanto a las Directrices del plan: El esquema general debe dar respuesta a las tres causas de riesgo de exclusión económico antes mencionadas, esto es, la vejez, la discapacidad y las familias vulnerables con hijos.

7. Respecto al Plan de trabajo:

-Se parte de la base de que un plan de estas características requiere de un tiempo significativo para su puesta en marcha, dado que la existencia de un régimen transitorio supone una convivencia paralela entre un nuevo sistema y las prestaciones pertenecientes al sistema antiguo. Además, la experiencia pasada nos demuestra que esta convivencia genera dinámicas con poca flexibilidad, dado que las prestaciones extintas abandonan el sistema muy lentamente.

Por otro lado, la experiencia internacional muestra que los cambios en los sistemas de prestaciones no contributivas, además de su complejidad, requieren de un importante tiempo de implantación.

Por todo ello, el plan para la puesta en marcha requerirá de un tiempo de concreción de las medidas a implantar, así como la gestión de los impactos que los cambios de las prestaciones tendrán en los beneficiarios, actuales y futuros.

-Se plantea un calendario en fases:

- Fase 1. Preparación del trabajo que culmine en un plan de ejecución (2023-2025).
- Fase 2. Ejecución del plan (2026-máx. 2030: Despliegue escalonado del plan).

1.7. MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL

-Resolución de 7 de noviembre de 2022, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, por la que se prorroga para 2023 la planificación general de las actividades preventivas de la Seguridad Social a desarrollar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social establecida para 2022 en la Resolución de 29 de abril de 2022 (BOE 17-11-2022)

Se establece la prórroga para 2023 de la planificación general de las actividades preventivas a desarrollar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social determinada en la Resolución de 29 de abril de 2022, con las particularidades correspondientes que procedan derivadas del hecho de que las actividades a realizar y las previsiones para su ejecución han de estar referidas al próximo año 2023.

Respecto al Programa de asesoramiento técnico a PYMES y empresas de sectores preferentes (a las que se refiere el apartado primero.1 de la Resolución de 29 de abril de 2022), para el desarrollo durante 2023 de las actividades que comprende este programa se seguirán tomando como referencia los índices de accidentalidad de 2021 y las divisiones de actividad y los sectores de actividad que figuran en los anexos I y II de la Resolución de 29 de abril de 2022.

Las actividades preventivas de 2023 se financiarán por las mutuas con las disponibilidades presupuestarias existentes para ese año, sin que los importes del presupuesto de gastos que se destinen a su ejecución por cada mutua puedan superar el 0,7 por ciento de sus ingresos por cuotas efectivamente cobradas relativas a las contingencias profesionales del último ejercicio liquidado previo al plan de actividades preventivas.

El plazo de presentación por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social del plan de actividades preventivas se deberá realizar en el período comprendido entre los días 16 y 31 de diciembre de 2022. En el plan que se presente se especificarán los sectores y las empresas a los que van dirigidos, así como el número de trabajadores afectados y el coste previsto de desarrollo de cada uno de los programas y actividades.

Las mutuas, en la elaboración de sus planes de actividades preventivas, habrán de tener en cuenta las especificidades existentes en las comunidades autónomas que, en su caso, se hayan

comunicado por las mismas de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.2 del Real Decreto 860/2018, de 13 de julio.

Durante el primer trimestre del año 2024, las mutuas deberán facilitar a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social información detallada sobre la ejecución del plan, que incluirá información sobre el grado de ejecución de cada uno de los programas y actividades incluidos en el plan, así como sobre el coste de ejecución de cada uno de ellos.

1.8. MUTUALISMO ADMINISTRATIVO

-Orden JUS/1052/2022, de 31 de octubre, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento de los derechos derivados de enfermedad profesional y de accidente en acto de servicio o como consecuencia de él, en el ámbito del mutualismo administrativo gestionado por la Mutualidad General Judicial (BOE 4-11-2022)

El artículo 61 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, del 28 de marzo, establece que el reconocimiento de los derechos derivados de enfermedad profesional y de accidente en acto de servicio o como consecuencia de él, a los efectos del mutualismo administrativo, se realizará por la Mutualidad General, con carácter previo o simultáneo a la concesión de las prestaciones derivadas de tales contingencias.

Esta Orden desarrolla el procedimiento previsto en el artículo 59 del Reglamento del Mutualismo Judicial aprobado por Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio, que regula el reconocimiento de los derechos derivados de enfermedad profesional y de accidentes en acto de servicio, para el reconocimiento de estos derechos.

Conforme a la citada norma, dicho reconocimiento se instrumentará a partir de un expediente dirigido a averiguar las causas que dieron lugar a las lesiones o a las circunstancias en que se inició la patología, así como a establecer la relación de causalidad entre éstas y el servicio o tarea desempeñados por el o la mutualista. El expediente, que se iniciará a solicitud del interesado o de la interesada o de oficio por el órgano competente para expedir, en su caso, la licencia por enfermedad del o de la mutualista afectado o afectada, será instruido por dicho órgano, con arreglo a las normas que al efecto se establezcan por orden del Ministro o de la Ministra de Justicia. La orden determinará las especificaciones que habrá de contener el informe resultante de la instrucción, incluida la posibilidad de que el mencionado órgano lleve a cabo actuaciones complementarias.

Con esta orden se cumple esta previsión reglamentaria y se desarrolla el procedimiento que los Órganos de Personal del departamento, en el que estén destinados o destinadas los o las mutualistas, recogidos en el artículo 3 del Reglamento del Mutualismo Judicial aprobado por Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio, y la propia Mutualidad han de seguir para la realización de la actividad jurídica conducente, por una parte y con carácter previo, a la determinación de la existencia del hecho causante del accidente en acto de servicio o como consecuencia de él o de la enfermedad profesional y la relación de causalidad con el servicio desempeñado y por otra, al reconocimiento de los derechos y concesión de las prestaciones, que garanticen la protección del o de la mutualista ante estas contingencias.

La Orden regula:

1-El expediente de averiguación de causas (Capítulo II)

2-El procedimiento para el reconocimiento de los derechos derivados de enfermedad profesional y de accidente en acto de servicio o como consecuencia de él y para la concesión de las prestaciones derivadas de las contingencias (Capítulo III). En relación con esto, se regula:

-El procedimiento para el reconocimiento de los derechos derivados de enfermedad profesional y de accidente en acto de servicio o como consecuencia de él (Sección 1.ª)

-El procedimiento para la concesión de las prestaciones derivadas de las contingencias (Sección 2.ª), diferenciando: Supuestos en que se precisen prestaciones de asistencia sanitaria (Subsección 1.ª) y Supuestos en que se originen lesiones permanentes no invalidantes (Subsección 2.ª)

3-Los plazos para resolver y efectos de la falta de resolución expresa (Capítulo IV)

4-La Disposición adicional primera establece la aplicación de la normativa del Régimen de Clases Pasivas y del Régimen General de la Seguridad Social, en función del régimen al que esté adscrito el o la mutualista a efectos de jubilación, cuando las consecuencias del accidente en acto de servicio o como consecuencia de él o de la enfermedad profesional sean el fallecimiento o la jubilación por incapacidad permanente para el servicio del o de la mutualista afectado o afectada,

5- La Disposición adicional segunda establece la compatibilidad de las prestaciones con determinadas indemnizaciones (como las indemnizaciones que correspondan al o a la mutualista afectado o afectada en su condición de víctima del terrorismo, las indemnizaciones que el o la mutualista afectado o afectada pudiera recibir en virtud de lo establecido en el Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnización a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad, así como con cualesquiera otras indemnizaciones en cuyas normas reguladoras no se establezca expresamente su incompatibilidad con aquéllas).

6-La Disposición transitoria única establece el régimen transitorio para los procedimientos en los que la fecha del hecho causante sea anterior a la de entrada en vigor de la presente orden, que se regirán por lo dispuesto en la normativa entonces vigente.

7-En la Orden se contiene, finalmente, un ANEXO con el "Parte de accidente en acto de servicio".

1.9. SANIDAD

-Orden SND/1147/2022, de 23 de noviembre, por la que se procede a la actualización en 2022 del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud (BOE 28-11-2022)

Mediante esta Orden ministerial se procede a la actualización en 2022 de los conjuntos y precios de referencia establecidos por la Orden SND/1308/2021, de 26 de noviembre, y se revisan los precios de referencia de las presentaciones de medicamentos incluidas en conjuntos previamente existentes. Igualmente se procede a la supresión de los conjuntos de referencia previamente determinados por no cumplir, por causas sobrevenidas, los requisitos exigibles para su establecimiento.

La Orden cuenta con 7 anexos.

-En el Anexo 1 se relacionan los conjuntos de referencia de presentaciones de medicamentos dispensables por oficinas de farmacia a través de receta médica oficial u orden de dispensación, con indicación del precio industrial de referencia y PVPIVA de referencia fijado para cada presentación. Son de nueva creación los conjuntos enumerados del F461 al F471 de este anexo.

-En el Anexo 2 se relacionan los conjuntos de referencia de presentaciones de medicamentos de ámbito hospitalario y presentaciones en envase clínico, con indicación del precio industrial de referencia fijado para cada presentación. Son de nueva creación los conjuntos enumerados del P154 al P170 y el S102 de este anexo.

-En el Anexo 3, a efectos informativos, se relacionan todos los conjuntos de referencia de medicamentos con indicación del precio de referencia de cada conjunto (PRC), identificando la presentación de medicamento cuyo coste/tratamiento/día (CTD) ha determinado el mismo.

También se incluye la información de las dosis diarias definidas (DDD) de cada conjunto de referencia de medicamentos utilizadas para el cálculo del coste/tratamiento/día (CTD) de las presentaciones de medicamentos integradas en el mismo y se identifican los conjuntos de referencia de medicamentos formados por la existencia de un medicamento biosimilar y aquellos otros formados sin la existencia de un medicamento genérico o biosimilar conforme a lo establecido en el artículo 3 del Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo.

-En el Anexo 4 se comprende una relación de los conjuntos de referencia suprimidos, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5 del RD 177/2014, de 21 de marzo, por haber dejado de cumplir los requisitos exigidos para su establecimiento.

-En el Anexo 5 se relacionan las presentaciones de medicamentos declaradas como innovaciones galénicas de interés terapéutico con anterioridad a la entrada en vigor del RD-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, excluidas del sistema de precios de referencia, cuya declaración como innovación galénica expira con posterioridad a la fecha de efectos de esta orden. Se indica el plazo de exclusión del sistema de precios de referencia para cada una de las presentaciones de medicamentos, así como el precio industrial de referencia fijado para las presentaciones con el que se integrarán en el conjunto de referencia correspondiente durante el periodo de aplicación de la presente Orden. Una vez transcurrido el plazo de exclusión, será de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de la citada disposición.

-En el Anexo 6 se relacionan las presentaciones de medicamentos y sus licencias para las que no se ha formado conjunto de referencia de conformidad con lo establecido en el artículo 3.2 del Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo.

-En el Anexo 7 se relacionan las presentaciones de medicamentos, con indicación del conjunto de referencia en el que se integrarán y el precio industrial de referencia para cada presentación, incluidas en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud con anterioridad a la fecha de efectos de esta orden, pero cuya efectividad de inclusión en la prestación farmacéutica, conforme a lo dispuesto en la disposición adicional sexta del RD 177/2014, de 21 de marzo, no se había producido a fecha 28 de abril 2022, fecha de inicio del procedimiento de elaboración de esta orden.

Este sistema de precios de referencia, aplicable en materia de financiación de medicamentos por el Sistema Nacional de Salud, se establece en el artículo 98 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio. Constituye una herramienta esencial de control del gasto farmacéutico, necesario para la sostenibilidad del sistema sanitario público.

Su desarrollo reglamentario se encuentra establecido en el Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de precios de referencia y de agrupaciones homogéneas en el Sistema Nacional de Salud y determinados sistemas de información en materia de financiación y precios de los medicamentos y productos sanitarios. Su artículo 5.1 encomienda a la persona titular del Ministerio de Sanidad que, con periodicidad anual, mediante la correspondiente orden y previo informe a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, establezca los nuevos conjuntos y sus precios de referencia, así como que revise los precios de referencia de las presentaciones de medicamentos incluidas en los conjuntos ya existentes y, en su caso, proceda a la supresión de los conjuntos cuando hayan dejado de cumplir los requisitos exigidos para su establecimiento.

Como explica la Exposición de Motivos de esta Orden, con objeto de garantizar el suministro de los medicamentos esenciales, en concreto de aquellos no sustituibles por ningún otro de los

actualmente financiados por el Sistema, se ha adoptado la solución de no revisar el precio de referencia de determinadas presentaciones incluidas en los conjuntos. A estos efectos, se considera medicamento esencial aquel considerado como tal por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Estos son los medicamentos que la OMS indica que deben estar disponibles en todo momento, en cantidades suficientes, en las formas farmacéuticas apropiadas, con una calidad garantizada, y a un precio asequible para las personas y para la comunidad.

La no revisión encuentra su fundamento jurídico en la parte expositiva del propio Real Decreto de precios de referencia, cuando contempla la adopción de medidas excepcionales de corrección para garantizar la disponibilidad de medicamentos clásicos y altamente eficientes en la prestación farmacéutica del SNS, medidas entre las que debe considerarse incluida la no alteración del precio vigente de determinadas especialidades cuando así sea aconsejable para preservar el interés general. Adicionalmente viene apoyada por la Directiva 89/105/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la transparencia de las medidas que regulan la fijación de precios de los medicamentos para uso humano y su inclusión en el ámbito de los sistemas nacionales del seguro de enfermedad.

Esta orden se dicta de acuerdo con la habilitación específica prevista en el artículo 5.1 del Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, y en trámite de audiencia se ha dado traslado a las administraciones sanitarias de las comunidades autónomas, a las entidades gestoras de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, a los laboratorios farmacéuticos interesados, a las entidades de distribución de medicamentos, así como a las entidades representativas de los sectores afectados, incluidas las asociaciones de consumidores y usuarios.

1.10. OTRAS NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

-Orden ISM/1103/2022, de 16 de noviembre, por la que se regulan las operaciones de cierre del ejercicio 2022 para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social (BOE 18-11-2022)

Se determinan los plazos para la tramitación de expedientes de gasto a fiscalizar e intervenir y para la remisión de la documentación contable necesaria para el registro de las operaciones, para la ordenación de pagos y realización de los mismos, en el momento del cierre del ejercicio 2022, así como para la concreción de distintas operaciones reguladas en la citada Ley 47/2003, de 26 de noviembre.

-Resolución de 11 de octubre de 2022, de la Intervención General de la Seguridad Social, por la que se aprueba la Instrucción de operatoria contable para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social y se modifica la de 3 de julio de 2014, por la que se aprueba la Instrucción de contabilidad para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social (BOE 2-11-2022)

Mediante esta Resolución se aprueba una nueva instrucción que integre el conjunto de la operatoria contable a seguir por las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social, recogiendo el contenido del título V de la actual Instrucción de contabilidad, junto con otros aspectos que hasta ahora no estaban contemplados en la misma, sino en otras resoluciones aprobadas por este Centro Directivo (fondo de maniobra y pagos a justificar) que se integran en la nueva instrucción. Asimismo, la nueva instrucción incorpora reglas específicas para regular diferentes procedimientos contables en función del tipo de gasto que se va a contabilizar.

También se modifica la Resolución de 3 de julio de 2014, de la Intervención General de la Seguridad Social, por la que se aprueba la Instrucción de contabilidad para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social para, en primer lugar, suprimir el citado título V sobre operatoria contable, cuyo contenido pasa a integrarse en la Instrucción de operatoria contable y, en segundo

lugar, efectuar modificaciones en algunas disposiciones dirigidas a incluir en esta resolución aspectos relacionados con la elaboración de los documentos contables y con los libros de contabilidad del fondo de maniobra y pagos a justificar. De esta forma la actual Instrucción de contabilidad se desprende de las reglas que determinan la operatoria contable y pasa a regular exclusivamente aquellas propias de la gestión contable, considerada esta como el conjunto de elementos y actuaciones que permiten el registro contable de las operaciones económicas de la Seguridad Social que se enmarcan dentro del Sistema de Información Contable de la Seguridad Social, tales como documentos, trámites, anotaciones y libros contables.

Por todo ello y para evitar posibles confusiones terminológicas, se modifica el título de la Instrucción de contabilidad, la cual pasa a denominarse Instrucción de gestión contable para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social.

Finalmente, la hasta ahora denominada Instrucción de contabilidad, también es objeto de modificación para adaptar una serie de reglas de su título preliminar al contenido recogido en el Real Decreto 1077/2021, de 7 de diciembre, por el que se regulan los principios generales y la organización del Sistema de Información Contable de la Seguridad Social.

En la Resolución se contienen dos anexos: el Anexo I que contiene la "Instrucción de operatoria contable para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social", que tiene por objeto la regulación de las operaciones contables derivadas de la ejecución de los presupuestos de gastos e ingresos de las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social, así como, de las operaciones realizadas al cierre del ejercicio presupuestario, y el Anexo II con los distintos modelos.

Mediante la Disposición derogatoria única se derogan en particular:

-La Resolución de 21 de diciembre de 2001, de la Intervención General de la Seguridad Social, por la que se incorpora al Sistema de Información Contable de la Seguridad Social el Subsistema de Contabilidad Auxiliar para el Registro de los Pagos que se realicen con cargo al fondo de maniobra, y se dictan las correspondientes normas de actuación.

-La Resolución de 29 de diciembre de 2003, de la Intervención General de la Seguridad Social, por la que se incorporan al subsistema de contabilidad auxiliar de pagos por fondo de maniobra, los correspondientes a dietas y gastos de viaje, y se asignan nuevas competencias contables a las unidades administrativas responsables del fondo de maniobra.

-Las instrucciones tercera y cuarta de la Resolución de 12 de marzo de 2010, de la Intervención General de la Seguridad Social, por la que se dictan instrucciones para el ejercicio de la función interventora y para la contabilización de las operaciones derivadas de la expedición de órdenes de pago a justificar, la cual pasa a denominarse Resolución de 12 de marzo de 2010, de la Intervención General de la Seguridad Social, por la que se dictan instrucciones para el ejercicio de la función interventora. Asimismo, se suprime la referencia contable que se realiza en la instrucción primera de dicha Resolución.

1.11. NORMAS LABORALES Y DE PROTECCIÓN SOCIAL

-Orden PCM/1047/2022, de 1 de noviembre, por la que se aprueba y se publica el procedimiento de valoración de los puestos de trabajo previsto en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres (BOE 3-11-2022).

El procedimiento de valoración de puestos de trabajo es uno de los instrumentos que, de forma novedosa, se introdujo por el RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, en desarrollo del artículo 28 ET y del artículo 46.6 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, para la aplicación del principio de transparencia retributiva.

Este procedimiento se inserta en el marco de la auditoría retributiva [artículo 8.1.a).1.º del RD 902/2020, de 13 de octubre], puesto que el diagnóstico de la situación retributiva en la empresa requiere la evaluación de los puestos de trabajo. Esta evaluación de los puestos de trabajo «tiene por objeto realizar una estimación global de todos los factores que concurren o pueden concurrir en un puesto de trabajo, teniendo en cuenta su incidencia y permitiendo la asignación de una puntuación o valor numérico al mismo. Los factores de valoración deben ser considerados de manera objetiva y deben estar vinculados de manera necesaria y estricta con el desarrollo de la actividad laboral». Por otra parte, la valoración «debe referirse a cada una de las tareas y funciones de cada puesto de trabajo de la empresa, ofrecer confianza respecto de sus resultados y ser adecuada al sector de actividad, tipo de organización de la empresa y otras características que a estos efectos puedan ser significativas, con independencia, en todo caso, de la modalidad de contrato de trabajo con el que vayan a cubrirse los puestos».

La valoración de los puestos de trabajo tiene efectos en la obligación de elaborar el registro retributivo, porque en el caso de empresas que lleven a cabo auditorías retributivas, el registro «deberá reflejar, además, las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa, conforme a los resultados de la valoración de puestos de trabajo» [artículo 6.a) del RD 902/2020, de 13 de octubre].

Dicho real decreto también contempla la forma en que se debe proceder a realizar la valoración de los puestos de trabajo (artículo 4), desarrollando las diferentes categorías de factores que, conforme al artículo 28 ET, se deben tomar en consideración para entender que un trabajo tiene igual valor que otro, así como los criterios que deben regir la valoración: adecuación, totalidad y objetividad.

La disposición final primera del citado real decreto, en su apartado 1, dispuso la aprobación, a través de una orden dictada a propuesta conjunta de las personas titulares de los Ministerios de Trabajo y Economía Social y del Ministerio de Igualdad, de un procedimiento de valoración de los puestos de trabajo.

En cumplimiento de este mandato, el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Instituto de las Mujeres, junto con los interlocutores sociales, han desarrollado una herramienta informática que diese soporte a dicho procedimiento, junto con el de la herramienta de igualdad retributiva (IR!).

La herramienta incorpora un modelo voluntario de procedimiento de valoración de puestos de trabajo, que posibilita que cada empresa, de una manera sencilla, pueda evaluar de forma efectiva el valor que realmente aporta cada puesto de trabajo al conjunto de la organización. En especial, se trata de una herramienta que permite visibilizar las tareas, funciones y actividades que tradicionalmente, por estar ligadas a puestos de trabajo altamente feminizados, no se valoran debidamente. Se trata de ofrecer una imagen fiel del valor que aporta cada puesto de trabajo a la empresa y, al mismo tiempo, ofrecer un recurso para revelar situaciones de infravaloración de puestos de trabajo feminizados.

Este procedimiento de valoración de los puestos de trabajo previsto en el RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, es lo que se aprueba y publica mediante esta Orden.

-El artículo 1 determina su objeto, que consiste en la aprobación y la publicación del procedimiento de valoración de los puestos de trabajo previsto en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres. La implementación de este procedimiento por parte de las empresas tendrá carácter voluntario y se llevará a cabo a través de la herramienta elaborada al efecto para evaluar la contribución de cada puesto de trabajo al conjunto de la organización. Dicha herramienta se publicará en las páginas web del Ministerio de Trabajo y de Economía Social y del Instituto de las Mujeres.

-El artículo 2 declara que la valoración de los puestos de trabajo realizada conforme a dicho procedimiento cumple con los requisitos formales exigidos por el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre.

-La disposición adicional primera atribuye el seguimiento de la implementación de las herramientas de valoración de los puestos de trabajo y de igualdad retributiva al Ministerio de Trabajo y Economía Social y al Ministerio de Igualdad, junto con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. La disposición adicional segunda establece que se publicará una Guía de uso de la herramienta de valoración de puestos de trabajo. La disposición adicional tercera se refiere a la ausencia de incremento del gasto.

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

A) Acción protectora. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

-STS de 06/07/2022, nº 624/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3850/2019

ENFERMEDAD PROFESIONAL: auxiliar de ayuda a domicilio que padece síndrome del túnel carpiano, siendo una enfermedad incluida en el RD 1299/2006, de 10 noviembre, y teniendo en cuenta que el listado de profesiones es solo indicativo, admitiendo su extensión a otros oficios o profesiones con análogos requerimientos, como es el caso de las actividades desarrolladas por estas profesionales que requieren repetidos movimientos de hiperflexión y de hiperextensión de la muñeca y de aprehensión con la mano, susceptibles de generar esta patología, que no pueden considerarse como meramente esporádicos, secundarios y residuales en dicha profesión, lo que evidencia la relación de causalidad sin posibilidad de prueba en contrario, por aparecer esa dolencia entre las enfermedades legalmente codificadas. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante, contra la Sentencia de 09-07-2019 de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, dictada en autos promovidos en reclamación de determinación de contingencia, que casa y anula y resolviendo el debate de suplicación, estima el de tal clase formulado por la parte actora, declarando que el proceso de incapacidad temporal objeto del litigio es derivado de la contingencia de enfermedad profesional.

-STS de 08/07/2022, nº639/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 24/2020

ENFERMEDAD PROFESIONAL: auxiliar de ayuda a domicilio que padece síndrome del túnel carpiano, siendo una enfermedad incluida en el RD 1299/2006, de 10 noviembre, y teniendo en cuenta que el listado de profesiones es solo indicativo, admitiendo su extensión a otros oficios o profesiones con análogos requerimientos, como es el caso de las actividades desarrolladas por estas profesionales que requieren repetidos movimientos de hiperflexión y de hiperextensión de la muñeca y de aprehensión con la mano, susceptibles de generar esta patología, que no pueden considerarse como meramente esporádicos, secundarios y residuales en dicha profesión, lo que evidencia la relación de causalidad sin posibilidad de prueba en contrario, por aparecer esa dolencia entre las enfermedades legalmente codificadas. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora codemandada, contra la Sentencia de 05-11-2019 de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, dictada en autos promovidos en reclamación de determinación de contingencia, que casa y anula y resolviendo el debate de suplicación, desestima el de tal clase formulado por Mutua demandante.

-STS de 21/07/2022, nº 685/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 244/2019

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL: sólo cabe declarar la responsabilidad solidaria de las sucesivas empresas empleadoras en los supuestos en los que no es posible la fijación individualizada de la participación de cada uno de los sujetos en la causación del daño, pero, cuando consta el tiempo que el trabajador afectado prestó servicios para cada empresa condenada, la responsabilidad es mancomunada, en atención al tiempo de prestación de servicios del trabajador para cada una de ellas. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa codemandada, contra la Sentencia de 28-09-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, dictada en autos promovidos en reclamación de cantidad, que casa y anula en parte, revocando el pronunciamiento sobre la responsabilidad solidaria y sustituyéndolo por la responsabilidad mancomunada, en atención al tiempo de prestación de servicios del trabajador para cada una de las empresas condenadas, y confirmando el resto de sus pronunciamientos.

B) Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

-STJUE de 30/06/2022, Asunto C 625/2020, Cuestión prejudicial

IGUALDAD DE TRATO: Entre hombres y mujeres: Seguridad Social (Directiva 79/7/CEE): Discriminación: estimación: normativa nacional que impide a los trabajadores afiliados a la seguridad social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen de seguridad social (régimen general y RETA), mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes de seguridad social, siempre que sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores, respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras y, no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

-STS de 27/04/2022, nº 379/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 184/2019

GRAN INVALIDEZ: reconocimiento del derecho a acceder a una incapacidad permanente a la persona trabajadora que ha accedido la situación de jubilación anticipada por aplicación de los coeficientes correctores por discapacidad, dándose la circunstancia de que no ha cumplido los 65 años de edad. RECTIFICA DOCTRINA. Fallo: El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS y la TGSS, frente a la sentencia dictada por el TSJ de La Rioja el 22-11-2018, que confirma, sobre gran invalidez.

C) Cuidado de hijos, riesgo durante el embarazo y lactancia

-STS de 05/07/2022, nº 602/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 906/2019

PRESTACIÓN DE PATERNIDAD: supuesto de alumbramiento sin vida a las treinta y nueve semanas y tres días de gestación de la hija que esperaban el solicitante y su esposa, quien sí percibió íntegramente la prestación de maternidad: denegación atendiendo que la prestación obedece a una finalidad tuitiva diferente, la de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes: siendo diferentes las situaciones, no puede reputarse lesionado el derecho a la igualdad ante la ley. VOTO PARTICULAR. Fallo: El TS, en PLENO, desestima el recurso de casación para la unificación de

doctrina interpuesto por Don Pablo Jesús y confirma la sentencia del TSJ de Aragón 50/2019, de 3-1-2019, sin efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

D) Jubilación

-STS nº1176/2022 de 22 de Septiembre de 2022

ACTIVIDAD COMPATIBLE CON PENSIÓN DE JUBILACIÓN. Devolución de una parte de los importes recibidos en concepto de pensión. Clases pasivas Se establece que la comunicación de una actividad ya iniciada, que luego la Administración declara compatible con la pensión de jubilación o retiro, no obliga al pensionista a la devolución de la totalidad de las cantidades recibidas durante el período anterior a la comunicación, sino tan sólo a la de la cuantía de obligada reducción. El perceptor de la pensión tiene la obligación de devolver a la Administración el 25% de lo cobrado como pensión de jubilación durante el período en que comenzó a ejecutar el contrato de trabajo sin haber hecho la preceptiva comunicación a la Administración.

-STS de 29/06/2022, nº 590/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 1472/2019

PENSIÓN DE JUBILACION: la incompatibilidad del disfrute de la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista es la regla general, permitiéndose que se compatibilice para los trabajadores por cuenta propia 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 concurre desde el momento en que el alta en el RETA lo es por el desarrollo de una actividad mercantil societaria y a todos los efectos. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el «INSS» y la «TGSS» codemandados, contra la Sentencia de 28-01-2019 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos en reclamación sobre pensión de jubilación, que casa y anula y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestima el de tal clase interpuesto por la parte actora.

-STS de 13/07/2022, nº 656/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 1928/2019

EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA, SA: de la interpretación literal y sistemática del art. 56 del XVII Convenio Colectivo se concluye que los jubilados parciales tienen derecho a percibir las cantidades proporcionales equivalentes al porcentaje de jubilación al momento de la jubilación parcial, correspondiente a la edad que tenga cada trabajador en el momento de su acceso a la jubilación parcial y no como efectuaba la empresa calculándola como si el trabajador tuviera 65 años, obligación que nace del convenio y no de una voluntad empresarial, siendo que, al no estar el concepto «indemnización por cese» dentro de las condiciones retributivas, no se precisa autorización del Ministerio de Hacienda, por lo que no se vulnera la LPGE de 2017, no siendo necesario articular dicho derecho a través de un contrato de seguro colectivo y teniendo el carácter de mejora voluntaria de la seguridad social y no de gasto de acción social. Fallo: EL TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandante, contra la Sentencia de 14-03-2019 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos en reclamación de derecho y cantidad, que casa y anula y, resolviendo el debate de suplicación, estima el de tal clase formulado por el actor, estimando la demanda y condenando a la empresa a abonarle la cantidad correspondiente en concepto de indemnización por cese, que deberá ser incrementada con el 10 por ciento de interés legal por mora.

-STS de 31/05/2022, nº 491/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 1775/2019

IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES EN PENSIÓN DE JUBILACIÓN: no existe responsabilidad de las empleadoras, INGESA y SERMAS, en el pago de las diferencias de la prestación derivadas de la existencia de infracotización, tras el cese del trabajador en la situación de pluriempleo, por ausencia de voluntad incumplidora empresarial, dado que, ni el trabajador ni la TGSS les comunicaron la nueva situación. Fallo: El TS estima los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por INGESA y por el Servicio Madrileño de Salud contra la Sentencia de fecha 25-02-2019, del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos por el trabajador contra las recurrentes, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en reclamación por jubilación, que casa y anula y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estima los recursos de igual clase formulados por INGESA y SERMAS, revocando en parte la sentencia de instancia, en cuanto declara la responsabilidad de estas dos entidades en el pago de la pensión de jubilación del actor, absolviéndolas de las pretensiones ejercitadas en su contra, y confirmando en los demás extremos la sentencia del juzgado.

-STS de 07/07/2022, nº 633/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 507/2021

JUBILACION PARCIAL: no procede reconocerla a trabajadores fijos discontinuos que prestan servicios en fechas no ciertas, pues cuando el art. 166.2 LGSS de 1994, en la redacción dada por la Ley 40/2007, se refiere a actividad a tiempo completo, está atendiendo a la equivalente a una jornada laboral ordinaria o continua, en contraposición a servicios que no tienen esa condición, siendo así que lo que prima a estos efectos no es la forma en que se cubre el trabajo fijo discontinuo, concentrando jornadas o con jornadas completas, sino la naturaleza de la actividad discontinua dentro del volumen de actividad normal (a tiempo completo) de la empresa, pues lo que delimita la naturaleza de la relación no es el tiempo de trabajo al que se puede someter el contrato de trabajo, sino la actividad que con él se va a atender, que no comprende todas las jornadas de trabajo que existan en un año. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el «INSS» demandado, contra la Sentencia de 06-10-2020 de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, dictada en autos promovidos en reclamación de pensión de jubilación, que casa y anula y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estima el de tal clase formulado por el demandado, desestimando la demanda.

E) Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

-STS nº700/2022 de 7 de Septiembre de 2022

PRESTACIÓN POR ORFANDAD. Incremento del porcentaje. Asimilación a orfandad absoluta. El Alto Tribunal señala que aunque la norma ya establece dos circunstancias análogas -el huérfano cuyo otro progenitor vivo ha sido condenado por violencia de género y el que tiene un solo progenitor conocido-, concluye que también podría incluirse la situación analizada en este caso, en el que hay un estado de necesidad derivado de la prolongada y acreditada desatención del padre, puesto que, aunque este caso no esté previsto expresamente en la norma, guarda una absoluta identidad de razón con las dos causas que sí figuran, de modo que cabe aplicar a dicha situación la asimilación al supuesto de orfandad absoluta.

-STS de 15/06/2022, nº 549/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 925/2019

PENSIÓN DE VIUDEDAD: el hecho de que se hubiera denegado una anterior solicitud en la que no se alegó la condición de víctima de violencia de género, que no se pudo tener en consideración en el expediente administrativo porque la legislación vigente no la contemplaba, no impide formular una nueva solicitud, aunque la Ley 26/2009 hubiera entrado en vigor en la fecha del juicio, pues con ello no se infringen los arts. 222 (no existe identidad de objeto) y 400 LEC (que se refiere a la demanda y en su párr. 2ª respecto a las alegaciones para un momento posterior son las que expresamente permite esa Ley). Fallo: El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el «INSS» demandado, contra la Sentencia de 18-12-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, dictada en autos promovidos en reclamación de pensión de viudedad.

F) Prestaciones sanitarias

-STS de 15/06/2022, nº 552/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 1851/2019

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» y la «TGSS» codemandados, contra la Sentencia de 14-01-2019 de la Sala de lo Social del TSJ de Madird, dicta en autos promovidos en reclamación de derechos, que casa y anula y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estima el de tal clase formulado por las demandadas, desestimando la demanda.

G) Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos

-STS de 13/09/2022, nº 724/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 4735/2019

CONCURRENCIA DE CONFLICTO JURÍDICO ACTUAL: en la reclamación formulada sobre el cálculo de la pensión complementaria de jubilación a los 65 años, conforme al Plan tradicional de la empresa IBM, en el sentido de que se utilicen los parámetros de cálculo establecidos en un laudo arbitral, dictado cuando su contrato ya estaba extinguido, en el que se establecieron los criterios para la regularización imprescindible de las cantidades percibidas por el demandante mientras permaneció en el Plan alternativo, anulado judicialmente, siendo irrelevante que el demandante no tuviera 65 años al promover su demanda, porque la propia empresa calculó el importe de la pensión, cuando el actor no tenía dicha edad, así com que no se hubiera jubilado, puesto que ambas partes han efectuado el cálculo, tomando como pensión teórica de la Seguridad Social la que le hubiera correspondido, de haber tenido 65 años al momento de extinguirse su contrato de trabajo. Fallo: El TS desestima el recurso de casación para la unificación doctrina interpuesto por la empresa demandada contra la Sentencia de 13-09-2019 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid dictada en autos promovidos sobre reclamación de derecho y cantidad.

H) Aspectos procesales de Seguridad Social

-STS de 18/07/2022, nº 1012/2022, Recurso de Casación nº 2998/2020

SEGURIDAD SOCIAL: REVISIÓN DE ACTOS DECLARATIVOS DE DERECHOS: el supuesto de excepción a la aplicabilidad del régimen general de revisión de los actos declarativos de derechos contemplado en el primer inciso del art. 146.2, de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, debe interpretarse en el sentido de que solo exime a las entidades, órganos u organismos gestores de la Seguridad Social de instar el correspondiente proceso judicial ante el Juzgado de lo Social competente, cuando la revisión tenga por objeto la rectificación de errores materiales o de hecho ostensibles, manifiestos o indiscutibles y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, sin necesidad de acreditar que concurra animo defraudatorio en el mismo: DOCTRINA DEL TS; REGÍMENES ESPECIALES: EMPLEADAS DE HOGAR: ANULACIÓN DE ALTA POR SIMULACIÓN LABORAL: IMPUGNACIÓN: PROCEDENCIA: supuesto en el que la TGSS debió interesar la revisión de oficio ante la jurisdicción social, porque es la que detenta la competencia genuina para determinar si existía o no relación laboral, no pudiéndose acudir a la revisión de oficio porque no concurría la excepción prevista en el artículo 146.2.a) de la Ley de la Jurisdicción Social, al no tratarse aquí de un caso de omisiones o inexactitudes constatadas en las declaraciones del beneficiario: casación: desestimación. Fallo: El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la TGSS contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco, de 03-03-2020, estimatoria del recurso contencioso-administrativo formulado contra Resolución de la Dirección Provincial de Álava de la Tesorería General de la Seguridad Social de 24-04-2018, que desestimó el recurso de alzada formulado contra Resolución de la Subdirección Provincial de Gestión Recaudatoria de 19-01-2018, que resolvió anular alta de trabajador en el régimen especial de empleados de hogar.

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

3.1. MONOGRAFÍAS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL

Agra Viforcos, B/Fernández Dominguez, J.J.: La jubilación forzosa en la negociación colectiva, Tirant lo Blanch, 2022, 322 págs.

Amaadachou Kaddur, F.: La prestación no contributiva de Ingreso mínimo Vital,: Configuración y régimen jurídico, Aranzadi, 2022, 144 págs.

Aradilla Márqués, M.J.: El sistema de pensiones, Tirant lo Blanch, 2022, 710 págs.

Ballester Laguna, F.: El derecho a la indemnización fin de contrato temporal, Aranzadi, 2022, 186 págs.

Baylos Grau, A.: Deslocalización de empresas y despidos colectivos, Bomarzo, 2022, 116 págs.

Blasco Lahoz, J.F.: Prestaciones por incapacidad "Incapacidad Temporal, Incapacidad Permanente, Invalidez del SOVI e Invalidez no contributiva", Tirant lo Blancha, 2022, 376 págs.

Dozo Mougán, I.: La protección laboral mínima de los trabajadores migrantes en el orden público internacional, Aranzadi, 2022, 426 págs.

Esteban Gómez, A.: ERTE del siglo XXI. Mecanismos permanentes de flexibilidad interna centrados en la formación, recualificación y la transición profesional, Tirant lo Blanch, 2022, 183 págs.

Fernández Orrico, F.J.: Las pensiones de Seguridad Social. Un panorama incierto que urge despejar, Aranzadi, 2022, 450 págs.

Guindo Morales, S. y Ortega Lozano P. (Dirs): Medidas de reestructuración interna empresarial desde las perspectiva jurídico laboral, Laborum, 2022, 496 págs.

Guindo Morales, S. y Ortega Lozano P. (Dirs): viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial, Laborum , 487 págs.

Pérez Guerrero, Mª.L.: El futuro de los trabajadores indefinidos no fijos, Aranzadi, 2022, 140 págs.

López Ahumada, E.: Seguridad Social e intervención pública en América Latina, Cinca, 2022, 139 págs.

López De Insua, B. Monereo Pérez, J.L Perán Quesada, S., Vicente Palacio, A.: La regulación de la gestión indirecta en la negociación colectiva (subcontratación y empresas de trabajo temporal), Laborum, 188 págs.

Martín-Pozuelo López, A: La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea: Ley aplicable a afiliación y cotización", Tirant lo Blanch, 2022, 612 págs.

Monereo Pérez, J.L. y 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.

3.2. OBRAS DE CARÁCTER GENERAL

Monereo Pérez, J.L., Ortega Lozano, P.G.: Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador, Thompson Reuters/Aranzadi, 2022, 939 págs.

3.3. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Rodríguez Escanciano, S.: La salud mental de las personas trabajadoras "Tratamiento jurídico preventivo en un contexto productivo postpandemia. Tirant lo Blanch, 2022, 416 págs.

Romero Ródenas, M.J. Morau, G.: Lecciones de acoso sexual y por razón de sexo, Bomarzo, 2022, 114 págs.

3.4. PROCESAL LABORAL

Marín Marín, J., Gallego Moya, F.: Teoría y práctica de Derecho Procesal Laboral, Universidad de Murcia, 2022, 761 págs.

4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Derecho de la Seguridad Social*, por Santiago Pérez del Castillo y Álvaro Rodríguez Azcúe. Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay*

Comentado por:
Salvador Peran Quesada
Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Málaga.
https://orcid.org/0000-0002-0131-7726

En la Declaración Universal de Naciones Unidas se reconoce que "toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social" (artículo 22), enumerando, a continuación, los derechos básicos que se incluyen como contenido de la declaración inicial y programática - "toda persona tiene derecho a la asistencia médica y a los servicios sociales necesarios, a la seguridad en el caso de enfermedad, discapacidad, viudez, vejez y desempleo y a los cuidados y asistencia especiales a la maternidad y a la infancia" (artículo 25) -. En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) declara que "los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social" (artículo 9). El Convenio OIT 102 (1952), norma mínima de Seguridad Social, aceptada a nivel mundial para las diferentes situaciones de desprotección que pueden afectar al ser humano*, concretó la obligación de los Estados de crear los medios necesarios para garantizar el derecho a la Seguridad Social de los ciudadanos - si bien la protección por desempleo,* como derecho específico del sistema de Seguridad Social había sido objeto de la acción de la OIT (Convenio 2 OIT (1919), Convenio 44 OIT (1934) y Convenio 168 OIT (1988) -, *para lo cual se estableció el conjunto de riesgos sociales contra los que deben organizarse los sistemas nacionales*: asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez, prestaciones de sobrevivientes. *De este modo la Seguridad Social se conforma como una pieza imprescindible del entramado normativo e institucional de todo Estado civilizado y decente y así se recoge en los textos internacionales en donde el derecho a la Seguridad Social se define tanto como derecho subjetivo, a la par que como objetivo protector del Estado. Y en este doble aspecto la definió Beveridge, "la seguridad del individuo, organizada por el Estado, contra los riesgos a los que está expuesto" (Full Employment in a Free Society).*

Valga este preámbulo como punto de partida para glosar el Manual "Derecho de la Seguridad Social" de los profesores Santiago Pérez del Castillo y Álvaro Rodríguez Azcúe, de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, editado por la Fundación de Cultura Universitaria. Y ello por varias razones y todas relevantes:

En primer lugar, por la importancia que adquiere el conocimiento del Derecho comparado en una sociedad global en donde la movilidad laboral y los intercambios de servicios son práctica habitual. Máxime cuando se trata del conocimiento del Derecho de la Seguridad Social de un país de América latina, ligado al nuestro por siglos de hermandad, lengua y cultura jurídica. Y máxime, cuando ese país es Uruguay, tradicionalmente adelantado en cuestiones sociales y pionero de la Seguridad Social en el continente americano - muestra de ello es la historia de la Seguridad Social uruguaya que se contiene en esta obra, desde sus inicios con la primera Caja en 1.896 hasta la Ley 19.826 de 26 de septiembre de 2019-. La migración de sus trabajadores constituye un problema común de los países de centro América y del Cono Sur, por lo que la regulación de las aportaciones y los derechos a prestaciones han suscitado un conjunto amplísimo de convenios bilaterales que aquí se recogen, tanto los que unen a los diferentes países americanos entre si, dentro del ámbito mayor del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de 1978, como los convenios que unen a Uruguay con España y Portugal o con numerosos Estados Europeos -Austria, Bélgica Francia, Grecia, Holanda- u otros como Canadá o Israel.

El estudio del régimen de Seguridad Social uruguayo puesto en comparación con el español, muestra amplias coincidencias en cuanto a la amplitud del sistema de protección. Y es que, en ambos países la Seguridad Social se considera un valor universal en sí mismo, en tanto instrumento de garantía de derechos y prestaciones que hacen posible el acceso a la dignidad que compete a todo ser humano, a la vez que estructura social que se construye a fin de garantizar la efectividad de tales derechos. Por ello son comunes en ambos regímenes los principios en lo que se asienta una Seguridad Social moderna y democrática:

El carácter público de la Seguridad Social. Todo lo que sea Seguridad Social es necesariamente público, por cuanto que será necesariamente función del Estado. Lo que garantiza el carácter obligatorio del sistema -para todos los sujetos comprendidos en el nivel contributivo-, y el establecimiento de un mecanismo básico de tutela -para todos los sujetos comprendidos en el nivel asistencial-, así como el tratamiento bajo los principios de igualdad formal -no se puede tratar de forma desigual sin justificación objetiva razonable- y de igualdad sustancial -es posible el trato preferente de colectivos tradicionalmente peor tratados con fundamento en la igualdad de oportunidades-. Y finalmente, es propio de la rama no contributiva su financiación presupuestaria-.

El carácter universal de la Seguridad Social. Lo que supone la declaración del derecho subjetivo de todos los ciudadanos frente a los poderes públicos. O dicho de otra forma, la deslaboralización en el plano constitucional de la política de Seguridad Social. En esta idea, lo importante es la ausencia de recursos y no la existencia de contribución previa como consecuencia de una actividad profesional.

La suficiencia en las prestaciones. Lo que quiere decir que debe atenderse a la realidad de la situación de necesidad y a la carencia de ingresos propios -función de compensación de rentas- trasladando a un segundo plano la función meramente sustitutiva de rentas en activo, propia de los sistemas contributivos-.

Se está reconociendo, pues, en ambos casos, la Seguridad Social como un derecho subjetivo que debe expresarse en el ámbito de la sociedad. La Seguridad Social es, en consecuencia, una obligación que se encomienda a los Estados como derecho instrumental, procedimental, al servicio del derecho de toda persona a la dignidad humana y, a su vez, un derecho individual de los sujetos que se ejercita en el seno de la sociedad. Frente a los derechos intrínsecos de la persona individual - a la vida, a la dignidad, a la salud, a la educación…- que se agotan en sí mismos, los derechos ligados a la convivencia necesitan establecer la relación o finalidad que a través de los mismos se garantizan -esencialmente, aquí, la consecución de la equidad a través del reparto social de la riqueza a fin de paliar estados de carencia de las personas que integran dicha sociedad. *No obstante, existen diferencias entre el régimen de Seguridad Social uruguayo y el español, y por tanto, conviene conocerlas, bien por motivos prácticos -régimen de financiación, instituciones a las que corresponde la Administración, régimen de cobertura, alcance de las prestaciones-, bien como estándares de conducta.*

En segundo lugar, esta obra es recomendable por la riqueza del texto, estructurado de forma clara y rigurosa. En este caso no se trata únicamente de repasar y dar cuenta de un sistema de Seguridad Social concreto, con su historia, sus instituciones y su régimen de cobertura, sino que, yendo más allá, el Manual contempla las interrelaciones de la materia de Seguridad Social con -otras esferas de política pública con las cuales se vincula y complementa, como son la economía, la ciencia política y las políticas sociales en general-, como señala en el Prólogo del texto Fabio Bertranou -Director de la oficina de la OIT para el Cono Sur de América Latina-. Y riqueza también por la gran cantidad de citas que contiene -1.513 citas-, otra novedad que no es usual en los manuales al uso. Lo que demuestra el conocimiento de los autores de las obras de los grandes maestros del Derecho de la Seguridad Social de america latina -Américo Plá Rodríguez, Juan Raso Delgue, Adrián Goldin -, de España - Manuel Alonso Olea, José Vida Soria, Luis Enrique de la Villa Gil, José Almansa Pastor, José Luis Monereo Pérez, Antonio Sagardoy, José Luis Tortuero Plaza, Juan Rivero Lamas -, de Italia - Francesco Liso, Mattia Persiani, Roberto Pessi -, a los que sigue un larguísimo número de autores latino americanos- por citar algunos Rubén Amoroso, Antonio Grzetich, Carlos Alberto Etala, Carmelo Mesa -Lago, Ariel Nicolello, Patricio Novoa-, españoles -Cristóbal Molina Navarrete, Rosa Quesada Segura, Aurelio Desdentado Bonete, Manuel Alarcón Caracuel, Santiago Gonzalez Ortega, José Francisco Blasco Lahoz, Augusto Venturi, Gregorio Tudela-, y europeos -Paul Durand, Peter Auer, Peter Baldwin, Lionello R. Levi Sandri, Yvs. Saint Jours-.

Y, finalmente, por la calidad de los autores, cuyos méritos docentes y experiencia en altas responsabilidades dota al mismo de un mayor valor. Valgan algunos datos de los mismos: Santiago

Pérez del Castillo, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, primero en la Universidad de la Republica y, actualmente, en la Universidad de Montevideo. Director de Posgrado en Derecho del Trabajo aplicado y de la Revista de Derecho. Autor de numerosas publicaciones, entre las que destacan sus libros "El Derecho de la Huelga" e "Introducción al Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo". Y en su faceta política, conviene destacar que ha sido miembro del Consejo de Administración de la OIT y del Comité de Libertad Sindical, representante del Director General de la OIT en diversas misiones. Y Ministro del Trabajo y Seguridad Social. Álvaro Rodríguez Azcúe, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Republica y en el posgrado de Derecho del Trabajo Aplicado de la Universidad de Montevideo, autor, igualmente de numerosos artículos en Revistas y Obras colectivas nacionales y extranjeras, y autor del libro: "Prescripción laboral" en coautoría con los profesores Juan Raso Delgue y Mario Garmendia Aragón. En su faceta política ha sido asesor del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del 2003 al 2020, miembro del Comité Técnico Administrativo del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social y de la Comisión de Expertos del Acuerdo Multilateral de Seguridad Social de MERCOSUR.

Por todo ello, por la importancia del tema, por la utilidad que aporta su conocimiento, y por la calidad de sus autores, aconsejo vivamente su lectura. Y, especialmente, como fundamento para generar un sistema internacional *desde el ideal común de perseguir un sistema universal que garantice a nivel global cobertura social y prestaciones suficientes para todos los ciudadanos cualquiera que sea su país. Como se dice en la* Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2001 sobre Seguridad Social*, -el propósito de la protección social no es la mera supervivencia, sino la integración social y la preservación de la dignidad humana-.*

Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social

Laborum

nº 33 (4º 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

1. 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

El Preámbulo del Real Decreto-Ley 13/2022 (en adelante RDL13/22) da comienzo con una crítica a la situación anterior, al hacer referencia a la peculiaridad del sistema de cotización que era de aplicación al Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia, por el que se permitía al autónomo elegir su base de cotización con independencia de los rendimientos que obtuviese de la actividad realizada lo que llevó a que alrededor de un 80% de los trabajadores encuadrados en dicho régimen optasen por la base mínima de cotización que tiene establecida al margen de cuales fuese los citados rendimientos reales. Ello convirtió al régimen en deficitario, cuya sostenibilidad, en un sistema de Seguridad Social regido por los principios de contributividad y de solidaridad, depende de las aportaciones de otros regímenes.

La anterior circunstancia asimismo provocada que, dado que la base de cotización elegida por el trabajador autónomo determina el importe de las prestaciones del sistema que va a percibir, el resultado era que la media de estos trabajadores percibía prestaciones más bajas que, por ejemplo, la media de los trabajadores del Régimen General de la Seguridad Social, que cotizan en función de sus retribuciones reales.

Igualmente, y siguiendo lo señalado en las Recomendaciones cuarta y quinta del Pacto de Toledo, se consideró que la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones exigía que, de manera gradual y acomodándose a la gran variedad de situaciones del colectivo de los trabajadores por cuenta propia, se promovieran, en el marco del diálogo social, medidas para aproximar las bases de cotización de las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas a sus ingresos reales.

Con tal motivo se aprobó el RDL13/22, para que su contenido sea aplicado a partir de 2023, tras el acuerdo del Ministerio de Inclusión, Seguridad y Migraciones, con los iagente sociales CEOE, CEPYME CCOO y UGT, y con las organizaciones de autónomos ATA, UATAE y UPTA.

Tal como informó el citado Ministerio, la reforma establece que en los próximos tres años se aplicará progresivamente un sistema de quince tramos que determina las bases de cotización y las cuotas en función de los rendimientos netos del autónomo, como transición al modelo definitivo de cotizaciones por ingresos reales que se producirá como muy tarde en nueve años.

Los rendimientos netos se calcularán deduciendo de los ingresos todos los gastos producidos en ejercicio de la actividad y necesarios para la obtención de ingresos del autónomo. Sobre esa cantidad, se aplicará adicionalmente una deducción por gastos genéricos del 7%, de 3% para los autónomos societarios. El resultado serán los rendimientos netos y esa será la cifra que determinará la base de cotización y la cuota correspondiente.

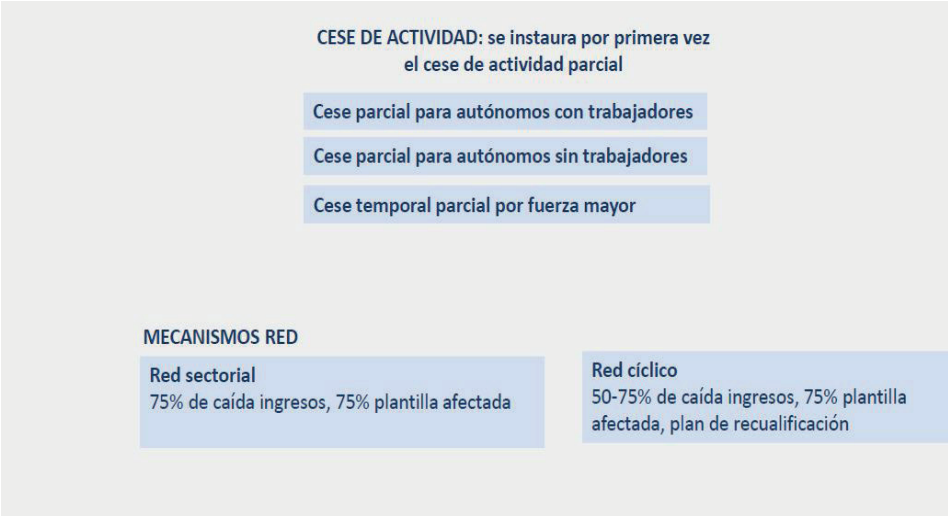
Los autónomos podrán cambiar su cuota en función de su previsión de ingresos netos y descontando los costes de desarrollar su actividad, hasta seis veces al año. Al final del ejercicio fiscal y una vez conocidos los rendimientos netos anuales, se regularizarán las cotizaciones, devolviéndose o reclamándose cuotas en caso de que el tramo de rendimientos netos definitivos esté por debajo o por

encima del indicado por las previsiones durante el año. Las cuotas mensuales a la Seguridad Social irán desde los 230 euros al mes a los 500 euros al mes en 2023 y de los 200 euros al mes a los 590 euros al mes en 2025, siempre en función de los rendimientos netos.

El RDL13/22 también fija una cuota bonificada para los nuevos autónomos de 80 euros durante doce meses, extensible a otros doce meses adicionales cuando los ingresos netos siguen siendo bajos.

La nueva norma incluye además una evaluación periódica de este nuevo sistema, que se realizará en el marco del diálogo social cada tres años.

La reforma propiciada a través del RDL13/22 incluye una importante mejora en para la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia. En base a la experiencia del reconocimiento de prestaciones para el colectivo de autónomos en la época de la pandemia y la erupción del volcán Cumbre Vieja de La Palma, se ampliaron las modalidades del cese de actividad para mejorar la cobertura de distintas contingencias, como en caso de una interrupción solo parcial de la actividad, y se adaptó a los autónomos la protección que proporciona a los trabajadores por cuenta ajena el mecanismo RED establecido en la reforma laboral para situaciones de crisis cíclicas o sectoriales.



Fuente: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones

Las bases y cuotas por tramos serán las siguientes:

	2023		2024		2025	
TRAMO	BASE	CUOTA	BASE	CUOTA	BASE	CUOTA
<=670	751,63	230	735,29	225	718,95	200
> 670 y <=900	849,67	260	816,99	250	784,31	220
>900 y <= 1.125,9	898,69	275	872,55	267	849,67	260
> 1.125,9 y <=1.300	950,98	291	950,98	291	947,71	290
> 1.300 y <=1.500	960,78	294	960,78	294	960,78	294
> 1.500 y <=1.700	960,78	294	960,78	294	960,78	294
> 1.700 y <=1.850	1013,07	310	1045,75	320	1143,79	350
> 1.850 y <=2.030	1029,41	315	1062,09	325	1209,15	370
> 2.030 y <=2.330	1045,75	320	1078,43	330	1274,51	390
> 2.330 y <=2.760	1078,43	330	1111,11	340	1356,21	415
> 2.760 y < =3.190	1143,79	350	1176,47	360	1437,91	440
> 3.190 y <=3.620	1209,15	370	1241,83	380	1519,61	465
> 3.620 y <= 4.050	1274,51	390	1307,19	400	1601,31	490
> 4.050 y <=6.000	1372,55	420	1454,25	445	1732,03	530
> 6.000	1633,99	500	1732,03	530	1928,10	590

Fuente: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones

2. REAL DECRETO-LEY 16/2022 PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL HOGAR

El Real Decreto-Ley 16/2022 (en adelante RDL16/22) recoge en su Preámbulo que 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, 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 resultando discriminadas.

Prosigue citando que la reforma del RDL16/22 es un objetivo que fue formulado ya hace más de diez años, cuando la Ley 27/2011 sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en el ámbito de la Seguridad Social, y el Real Decreto 1620/2011, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, en cuanto a las

condiciones de trabajo, configuraron un sistema de equiparación progresiva de la normativa laboral y de Seguridad Social, que hasta la fecha no se había concluido.

Siguiendo con lo expresado en el preámbulo de la norma que analizamos, se recuerda de esa forma que, en el ámbito de la Seguridad Social, la Ley 27/2011 estableció una equiparación progresiva del sistema de cotización de las empleadas de hogar. De otro lado, en el ámbito de las condiciones laborales, el Real Decreto 1620/2011 reformó el marco de peculiaridades aplicables a las personas trabajadoras del hogar, garantizando la convergencia con la normativa laboral común y estableciendo un principio según el cual la modificación del régimen jurídico de la relación laboral especial del servicio doméstico se aborda desde una perspectiva que pretende conjugar el mantenimiento de las diferencias, allí donde estas encuentran una justificación objetiva y razonable, con la reducción o eliminación de aquellas, cuando se comprenda que su razón de ser ya no encuentra por más tiempo motivo, de manera que se logre una progresiva equiparación del bagaje jurídico de esta relación laboral especial con la común.

El Consejo de Ministros de esta forma aprobó el RDL16/22 para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, siendo ser elaborado el texto de dicha norma tras el contacto con las organizaciones sindicales y las plataformas de las empleadas de hogar que la reivindicaban hace tiempo.

Citando la valoración realizada desde el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, el RDL16/22 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 para acabar con la discriminación histórica de este colectivo feminizado.

El elemento de desvaloración del trabajo doméstico, según el Ministerio, se ha mantenido en las normas y se corrigió para terminar con la infravaloración histórica de un trabajo desempeñado mayoritariamente por mujeres, que ha contribuido a la perpetuación de estereotipos y al agravamiento de la brecha de género.

Con la nueva regulación se trató de resolver la equiparación con las personas trabajadoras por cuenta ajena tanto en el ámbito del sistema extintivo de la relación laboral como en el de la prestación por desempleo.

También se garantizó 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.

Igualmente se proporciona una cobertura en el ámbito de la garantía salarial a las personas trabajadoras del servicio doméstico en los casos de insolvencia o concurso de las empleadoras.

Sobre la mejora de la protección por desempleo, las empleadas del hogar dejan de ser el único colectivo laboral que carecía de protección en situación de desempleo, pese a que la mayoría tienen relaciones laborales a tiempo parcial e intermitentes. En este contexto de especial de vulnerabilidad, la prestación del desempleo constituye, desde la perspectiva de la justicia social, una necesidad ineludible.

Concretando las medidas introducidas por el RDL16/22, dado que resultará obligatorio cotizar por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial a partir del 1 de octubre de 2022, se consideró que para que estas cotizaciones no supongan un sobresfuerzo económico para los empleadores, se estimó oportuno que estos tengan derecho a una bonificación del 80% en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al FOGASA en este Sistema Especial.

Se mantiene la reducción de un 20% en la aportación empresarial a la cotización por contingencias comunes correspondiente a este Sistema Especial. Además, se van a incrementar los tramos de bonificación superiores al 20%, en función de la composición del hogar y también de los niveles de renta y de patrimonio, lo que permitirá aumentar el número de beneficiarios. Los requisitos de estas bonificaciones se fijarán reglamentariamente.

Además, el RDL16/22 estableció que los titulares del hogar familiar asumirán las obligaciones en materia de cotización para los trabajadores que presten sus servicios durante menos de 60 horas al mes por empleador, eliminándose la posibilidad de que sean los trabajadores los que soliciten directamente su afiliación, altas, bajas y variaciones de datos.

Con la reforma se eliminó la figura del desistimiento, que permitía el despido sin causa y, por tanto, sin las garantías del despido para tales situaciones, al permitir prescindir de las trabajadoras del hogar sin justificar causa alguna. A partir de ahora se deberán acreditar los motivos que puedan dar lugar a la finalización del contrato con las empleadas extendiendo, por tanto, la protección frente al despido.

En cuanto a la mejora de la cualificación del colectivo de empleados de hogar, el Gobierno desarrollará políticas de formación y acreditación para las personas empleadas del hogar dedicadas al cuidado o la atención de las personas que formen parte del ámbito doméstico y familiar. Estas iniciativas tendrán en cuenta las particulares condiciones de trabajo en este sector y las personas trabajadoras que desarrollan su actividad en él.

En materia de enfermedades profesionales, el RDL16/22 establece también el compromiso de creación de una comisión de estudio, cuyo objetivo es la inclusión de la perspectiva de género en el cuadro de enfermedades para que se identifiquen y se corrijan las deficiencias que existen en el ámbito de la protección ante las enfermedades profesionales de los trabajos desarrollados mayoritariamente por mujeres.

3. REAL DECRETO 636/2022, DE 26 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULA EL SELLO DE INCLUSIÓN SOCIAL.

Mediante el Real Decreto 636/2022 (en adelante RD636/22) se creó el Sello de Inclusión Social, un distintivo que reconocerá a las empresas que promuevan la inclusión de los beneficiarios del Ingreso Mínimo Vital (en delante IMV). Con esta decisión se atiende a lo dispuesto en la ley 19/2021 del Ingreso Mínimo Vital.

El Sello Social se concibe como una iniciativa de innovación en el ámbito de la colaboración público-privada y la responsabilidad social corporativa, y distinguirá a aquellas empresas y entidades que contribuyan al tránsito de las personas beneficiarias del IMV desde una situación de riesgo de pobreza y exclusión hacia la inclusión y la participación activa en la sociedad.

El Sello se concederá, a las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas, empresas privadas, trabajadores por cuenta propia o autónomos, así como a las fundaciones que contribuyan a la creación de una sociedad más inclusiva. Para optar a dicho distintivo, las empresas tendrán que cumplir unos requisitos, entre ellos los de desarrollar medidas de inclusión social, encontrarse al corriente de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, no haber sido sancionadas, no causar perjuicio al medio ambiente o disponer de un plan de igualdad.

El reconocimiento se podrá solicitar y obtener bajo diferentes tipologías: acceso a bienes y servicios, apoyo a la infancia, inserción sociolaboral o digitalización.

El sello tendrá una vigencia de tres años desde la resolución de la concesión transcurridos los cuales, si se quiere seguir manteniendo, se tendrá que volver a solicitar.

4. ORDEN ISM/992/2022 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

El artículo 106.nueve de la Ley 22/2021, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, preveía que, para la determinación de las bases normalizadas de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, se aplicase el procedimiento descrito en las reglas contenidas en el citado precepto, facultando al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para fijar la cuantía de las citadas bases de cotización.

A esa finalidad responde el contenido de la Orden 992/2022, mediante la que 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 ello 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.

Posteriormente, mediante Resolución de 26 de octubre de 2022, por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, se estableció que las diferencias de cotización resultantes de la aplicación de lo dispuesto en la precitada Orden de 11 de octubre, respecto de las cotizaciones que, a partir de 1 de enero de 2022, se hubieran efectuado hasta el mes anterior al de su publicación en el BOE, se ingresarán en un único plazo correspondiente al mes de febrero de 2023.

El plazo especial para el ingreso de las diferencias que resulten de la aplicación de estas bases, respecto de aquellas por las que se ha venido cotizando desde enero hasta septiembre de 2022, se establecerá por resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

5. RESOLUCIÓN DE 11 DE OCTUBRE DE 2022, DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE APRUEBA LA INSTRUCCIÓN DE OPERATORIA CONTABLE PARA LAS ENTIDADES QUE INTEGRAN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SE MODIFICA LA DE 3 DE JULIO DE 2014, POR LA QUE SE APRUEBA LA INSTRUCCIÓN DE CONTABILIDAD PARA LAS ENTIDADES QUE INTEGRAN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La Instrucción de contabilidad para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social, aprobada por Resolución de 3 de julio de 2014 de la Intervención General de la Seguridad Social, recoge en su título V, denominado operatoria contable, una regulación del procedimiento general que se debe seguir para la contabilización de la gestión del presupuesto de gastos y de ingresos, las operaciones de cierre del ejercicio y las operaciones de rectificación.

En el citado título, según se recuerda en el Preámbulo de la Resolución de 11 de octubre de 2022 (en adelante RS2022), a cuyo contenido nos referimos, se recogen instrucciones relacionadas con la contabilización de la gestión de los créditos del presupuesto de gastos (apertura, modificación de los créditos iniciales y disponibilidad de créditos), de la ejecución del presupuesto de gastos, con el conjunto de fases de ejecución presupuestarias y de las operaciones relativas a obligaciones de ejercicios cerrados.

Asimismo, se regulan las instrucciones para el cierre contable, como las relativas a la clasificación correcta de cuentas, a las operaciones relacionadas con la aplicación del principio contable de devengo, a las correcciones valorativas como amortizaciones y deterioros de valor y las actuaciones para la regularización de resultados. Por último, se recogen los procedimientos

contables específicos ante supuestos de errores cometidos en el registro de operaciones de naturaleza presupuestaria, no presupuestaria y patrimonial.

Sin embargo, dicho título V carece, según se cita en la RS2022, por un lado de instrucciones contables relativas a otros aspectos que se encuentran regulados en otras resoluciones aprobadas por este Centro Directivo en materia contable, como son los procedimientos especiales de pago que conforman el fondo de maniobra y los pagos a justificar, así como de reglas que regulen procedimientos específicos para el registro contable en función del tipo de gasto (personal, prestaciones, gastos corrientes en bienes y servicios, etc.) que no se encuentran expresamente regulados en el ámbito de las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social, debiendo aplicar como norma supletoria la Instrucción de operatoria contable a seguir en la ejecución de gasto del Estado, aprobada por Orden de 1 de febrero de 1996 del entonces Ministerio de Economía y Hacienda.

Para resolver la carencia regulatoria existente en dicho ámbito y, asimismo, mejorar la organización y estructura normativa de las instrucciones contables aplicables a las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social, se dictó por la Intervención General de la Seguridad Social la extensa RS2020.

6. RESOLUCIÓN DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2022, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y PENSIONES, POR LA QUE SE PRORROGA PARA 2023 LA PLANIFICACIÓN GENERAL DE LAS ACTIVIDADES PREVENTIVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL A DESARROLLAR POR LAS MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL ESTABLECIDA PARA 2022 EN LA RESOLUCIÓN DE 29 DE ABRIL DE 2022

En el Preámbulo de la Resolución de 7 de noviembre de 2022 (en adelante RS2022), se evoca la Resolución de 29 de abril de 2022, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, por la que se estableció la planificación general de las actividades preventivas de la Seguridad Social a desarrollar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en sus planes de actividades del año 2022. De acuerdo con lo dispuesto en el mencionado artículo 4.2, en el caso de que la determinación de las referidas actividades preventivas no se estableciera antes del inicio del correspondiente ejercicio, se entenderá automáticamente prorrogada la determinación establecida del ejercicio anterior.

Considerando el tiempo transcurrido del año 2022 desde el establecimiento de la planificación de tales actividades preventivas a desarrollar en el citado año, y que el plan de actividades preventivas de 2022 recoge todas las actividades contempladas en el Real Decreto 860/2018, se consideró conveniente prorrogar para 2023 el plan actualmente vigente para la Mutuas, lo que se llevó a cabo a través de la RS2020.

7. MEJORAS DE LA GESTION DESARROLLADAS POR LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

7.1. Oficina virtual del sistema RED. Acceso a servicios de verificación de documentos[1]

Con la finalidad de facilitar al autorizado RED el acceso a los diferentes servicios de verificación de documentos que estaban publicados en la SEDESS se creó en la Oficina Virtual del Sistema RED el apartado “Verificación de documentos”.

Recientemente se ha modificado la denominación del apartado “Verificación de Documentos” por “Acceso a los servicios de verificación”. Dentro de este apartado ya existía un enlace al servicio de “Verificación de documentos e informes mediante huella”, que se ha mantenido.

[1] Vid Boletín de Noticias RED de 14 de julio 2022.

Igualmente, desde el 18 de mayo de 2022, están disponibles tres nuevos enlaces a servicios de verificación de documentos quedando el menú de la siguiente forma: descripción de los servicios Verificación de integridad de documentos: servicio de comprobación de veracidad de documentos impresos con Códigos Electrónicos de Autenticidad (Códigos CEA). Comprobación de un trabajador en una liquidación: Servicio de comprobación de la validez de la huella electrónica de una Relación Nominal de Trabajadores (RNT). Además, permite verificar la información reflejada en la RNT respecto a los trabajadores incluidos. Verificación de firmas y certificados: Servicio de verificación de la firma digital en los ficheros firmados por este sistema.

7.2. Contratos de sustitución bonificados del Real Decreto-Ley 11/1998. Aclaración sobre el alcance de la declaración responsable acerca de la existencia de relación familiar[2]

A través de las instrucciones incluidas en el Boletín Noticias RED 6/2022, para la aplicación de las bonificaciones establecidas en el Real Decreto-Ley 11/1998, para los contratos de trabajo concertados para la sustitución de trabajadores durante las situaciones de maternidad/paternidad/riesgos, la Tesorería General de la Seguridad Social contemplaba la exigencia de que el empresario aportara, a través del correspondiente trámite CASIA, una declaración responsable sobre la no existencia de relación familiar con los trabajadores afectados por la sustitución, a efectos de no excluirles de la aplicación del incentivo en la cotización.

Ante las consultas recibidas en relación con esta exigencia, la Tesorería General estimó necesario matizar la misma, limitándola para acreditar la ausencia de la relación familiar exclusivamente entre el empresario y el trabajador sustituto.

7.3. Nuevos trámites disponibles en CASIA[3]

Se comunicó por la Tesorería General que, en el servicio para la atención al Autorizado RED CASIA (Coordinación, Atención y Soporte Integral al Autorizado RED), se incluyeron nuevos siguientes trámites en materia de afiliación, altas, variaciones y bajas.

[2] Vid Boletín de Noticias RED de 25b de octubre 2022.
[3] Vid Boletín de Noticias RED de 25b de octubre 2022.

nº 33 (4º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Andrés Ramón Trillo García *Letrado de la Administración de la Seguridad Social*
https://orcid.org/0000-0002-0034-5194

1. ACCIDENTE DE TRABAJO

1.1. Accidente de trabajo en pluriactividad. Calificación de la contingencia de la que deriva el accidente acaecido en supuestos de pluriactividad. Criterio de Gestión del INSS 22/2022, de 16 de diciembre de 2022

El informe de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) de 4 de noviembre de 2022, concluye que en los supuestos de trabajadores que están encuadrados en más de un régimen de la Seguridad Social (pluriactividad) y que sufran un accidente que tiene lugar como consecuencia de la prestación de servicios o del ejercicio de la actividad profesional en uno u otro régimen, se ha de tener en cuenta que el concepto de accidente de trabajo está legalmente vinculado a la actividad concreta que se desempeñaba o que el trabajador se dirigía a desempeñar en el momento de producirse el accidente. Es decir, las lesiones sufridas con ocasión o como consecuencia de la actividad desarrollada en el momento de acaecer el accidente, se considerarán derivadas de accidente de trabajo solo en el régimen en el que se estaba desempeñando esta actividad y no en un régimen distinto.

Esta consideración también se extiende a los accidentes in itinere, a los accidentes de trabajo sufridos por los trabajadores autónomos económicamente dependientes y a las enfermedades que reciben el tratamiento de accidentes de trabajo.

La entidad gestora actuará de acuerdo con los siguientes criterios:

1.- Para calificar como profesional un accidente, este debe estar vinculado con la concreta actividad laboral (trabajadores por cuenta ajena) o profesional (trabajadores por cuenta propia) que estaba realizando el trabajador o que se disponía a realizar.

En consecuencia, la calificación de la contingencia como accidente de trabajo en un régimen de la Seguridad Social no determina la misma calificación en el otro régimen, ni viceversa.

2.- El accidente in itinere solo tiene la consideración de accidente de trabajo en relación con el trabajo concreto al que se dirigía o del que volvía el trabajador en el momento de acontecer el accidente.

3.- En el supuesto de trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE), solo tiene la consideración de accidente de Trabajo el que dichos trabajadores sufran como consecuencia de su actividad laboral como TRADE. No tendrá tal consideración el accidente sufrido al ir o al volver de la prestación de actividad laboral o profesional distinta a la que desarrollan como autónomos dependientes.

4.- Si se trata de una enfermedad protegida como Accidente de Trabajo, solo puede conceptuarse como accidente de trabajo el que dichos trabajadores sufran como consecuencia de su actividad profesional, se contraiga con motivo de la realización del trabajo en uno u otro régimen, siempre que se pruebe que la ejecución de la misma ha sido causa exclusiva de la enfermedad.

2. REGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES

2.1. Complemento para la reducción de la brecha de género. Importe de pensiones a comparar cuando los dos progenitores reúnen los requisitos. Criterio de gestión INSS 20/2022, de 2 de noviembre de 2022

Se plantea cuál debe ser el importe de las pensiones que han de ser comparadas a los efectos de determinar a qué progenitor corresponde asignar el complemento para la reducción de la brecha de género cuando ambos cumplen los requisitos para su reconocimiento.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 LGSS, cumplidos los requisitos para su reconocimiento por ambos progenitores solicitantes, el CRBG se asignará a aquel progenitor con pensiones públicas de menor cuantía.

En este sentido, se hace necesario concretar que se entiende por "pensiones públicas de menor cuantía", esto es, si dicha mención se refiere al importe que de forma efectiva perciben los pensionistas, o si, por el contrario, se han de comparar las cuantías iniciales de las pensiones sin tener en cuenta complementos, garantáis y/o reducciones que determinen el importe final que perciben de forma efectiva los pensionistas.

La cuestión suscitada adquiere especial relevancia en aquellos supuestos en los que ambos progenitores, del mismo sexo o no, perciben de forma efectiva el mismo importe de pensión como consecuencia de la aplicación de complementos por mínimos, garantías de importe mínimo de pensión o reducciones por superación de topes máximos de pensiones.

En la redacción del artículo 60 LGSS, además del término "pensiones reconocidas" se utilizan otras expresiones como "pensión que se percibe" o "pensión que corresponde", por lo que procede profundizar en la finalidad perseguida por el CRBG a los efectos de determinar el elemento de comparación más acorde a la misma.

El Informe de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 18 de febrero de 2022 señalaba que, de acuerdo con lo establecido en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan las medidas para la reducción de a brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social, y económico, que incorpora la nueva redacción del artículo 60 TRLGSS: *"…este beneficio va dirigido principalmente a compensar a aquellas madres que han sufrido más en su vida laboral el impacto de tener un hijo, y aunque el legislador ha dejado la puerta abierta a los hombres, solo es para aquellos que constaten una situación comparable a la mujer…su acceso solo es para aquellos hombres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización en una situación comparable a la mujer por la asunción de esas tareas en el cuidado de los hijos*".

En atención a la citada finalidad será la pensión inicial, y no la efectivamente percibida, la que permita determinar de forma objetiva cuál de los dos progenitores tiene una pensión menor y, por ende, presumiblemente un perjuicio en su carrera de cotización como consecuencia del cuidado de hijos.

Si se tomara en consideración la pensión efectivamente percibida no se estarían comparando las respectivas carreras de cotización, especialmente en aquellos casos en los que ambos progenitores percibiesen de forma efectiva el mismo importe de pensiones. En este último supuesto, de tratarse de progenitores del mismo sexo, no podría dirimirse a cuál de los dos corresponde percibir el complemento; y en caso de progenitores de distinto sexo, se estaría impidiendo el reconocimiento del CRBG a los hombres puesto que, ante la misma cuantía, se tendría que reconocer a favor de la mujer.

A mayor abundamiento hay que tener en cuenta el carácter dinámico y no consolidable de los complementos por mínimos, garantías del importe mínimo y reducciones. Para no desvirtuar

la finalidad de la norma si, a los efectos del reconocimiento del CRBG, se toma como elemento de comparación la pensión inicial de los progenitores (más las revalorizaciones, de haberlas en el momento en que se hace la comparativa, por ser este un elemento consolidable), el CRBG se asignará en favor del progenitor cuya pensión inicial una vez revalorizada, en su caso, sea de inferior importe, con independencia de otras vicisitudes que se puedan producir posteriormente y que puedan afectar al importe de cada una de las pensiones.

En atención a lo expuesto, los importes de las pensiones de los progenitores que se han de comparar para determinar a cuál de ellos se reconoce el derecho al CRBG, una vez cumplidos el resto de los requisitos exigidos por el artículo 60 LGSS, son los de la pensión inicial, revalorizada en si caso, sin tener en cuenta los complementos por mínimos, garantías del importe mínimo de pensión, reducciones por superar el importe máximo, suspensión o minoración del importe de la pensión por desempeño de trabajo o actividad incompatible ¡, o cualquier otro elemento no consolidable que en su caso pueda corresponder.

A los efectos de fijar los importes iniciales de las pensiones de los progenitores que se han de comparar para determinar a cuál de ellos se reconoce el derecho al CRBG, una vez cumplidos el resto de los requisitos exigidos por el artículo 60 LGSS, no se computará el complemento de gran invalidez de las pensiones de incapacidad permanente por no considerarse dicho complemento como una pensión (informe de la DGOSS de 11 de octubre de 2017)

Al no estar relacionado con la capacidad laboral del interesado y tener por finalidad la retribución de un tercero que atiende al incapacitado, esto es, una finalidad asistencial (criterio 16/2020 del INSS y artículo 31 de la Ley 39/2016, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia).

A su vez, el importe del complemento de gran invalidez no se calcula teniendo en cuenta la carrera de cotización del interesado (artículo 196.4 LGSS), a diferencia de la propia pensión de incapacidad permanente, por lo que la asunción de funciones del cuidado de hijos no alteraría su cuantía y por tanto no procede su valoración a los efectos que el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, atribuye al CRBG.

2.2. Acreditación del estado civil de soltero. Criterio de Gestión INSS 19/2022, de 14 de octubre de 2022

El artículo 21.4 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, incluye la previsión de que la circunstancia de no estar unido a otra persona por vínculo matrimonial o pareja de hecho se acredita por declaración jurada o afirmación solemne del interesado que constatará en la solicitud de la prestación.

En lo que respecta a otras prestaciones del sistema de Seguridad Social, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en informe de fecha 5 de octubre de 2022, establece que "*para acreditar el estado de soltero también cabe admitir como medio de prueba preferente la declaración responsable del sujeto interesado o declaración jurada, pero teniendo en cuenta que esto solo puede ser una práctica transitoria hasta que tenga lugar la implantación del nuevo modelo de Registro Civil*".

Conforme a lo expuesto, para acreditar el estado civil de soltero o de no haber contraído nuevo matrimonio en aquellas prestaciones de la Seguridad Social en las que sea necesario acreditar estos extremos, se admitirá como medio preferente la declaración responsable de la persona interesada, informando al interesado sobre las consecuencias que el apartado 4, del artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece en el caso de falsedad, inexactitud u omisión de datos en la citada declaración.

Cabe añadir que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 363 del Reglamento del Registro Civil, este Instituto tiene competencias para proceder a la investigación de oficio en caso de duda fundada, lo que daría lugar, en su caso, a que el interesado tuviera que aportar los medios de prueba que la Administración considere necesarios.

Asimismo, se señala que, cuando se ponga en funcionamiento la aplicación del nuevo modelo de registro civil, proyecto que se está materializando de forma progresiva en los distintos registros civiles de España, se procederá a revisar el presente criterio.

3. NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR

3.1. Adopción internacional. Descanso anterior a la resolución. Criterio de Gestión INSS 77/2003-04. Kafala Aclaración de 24 de octubre de 2022

Se plantea la posibilidad de fijar, a petición de los interesados, los efectos económicos de la prestación de maternidad por adopción o acogimiento internacional, en un momento posterior al de inicio del desplazamiento al extranjero, y anterior a la resolución administrativa o judicial.

En otros criterios se puso de manifiesto la complejidad de los supuestos de maternidad por adopción o acogimiento internacional, haciendo notar la necesidad de conciliar la imposibilidad de que el trabajador fije, en todo caso ya su libre arbitrio, la fecha del hecho causante y de devengo de la prestación, con la necesaria atención a una variada casuística.

Como regla general, los artículos 4 y 7 del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por las que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, en relación con el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y 30.3 de la Ley 30/1984, la fecha del hecho causante y de inicio del devengo de la prestación, es la de la decisión administrativa o judicial por la que se constituya la adopción. No obstante, en los supuestos de adopción o acogimiento internacional, cuando haya sido necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el periodo de descanso podrá comenzar a disfrutarse hasta cuatro semanas antes de la indicada resolución. En tal caso, y conforme a dichas normas, será la fecha de inicio del periodo de descanso la que sirva de referencia en la acreditación de los requisitos exigidos para tener derecho a la prestación, y en su devengo.

Ciertos aspectos relativos a la aplicación de estas reglas fueron contemplados en los criterios números 65/1998, 73 y 74/2002. Precisamente este último -dictado para dar respuesta a la pretensión de iniciar el disfrute de la prestación con anterioridad al viaje al extranjero- abordó los supuestos en que cabe iniciar el período de descanso con anterioridad a la resolución de adopción o acogimiento internacional, conforme a lo indicado en el párrafo precedente. Lo que se aclaró en dicho criterio es que, puesto que es la necesidad de desplazarse al extranjero la que justifica que, en estos casos, el descanso pueda comenzar con anterioridad a la correspondiente resolución administrativa o judicial, no resulta posible fijar el hecho causante de la prestación, ni su devengo, en un momento anterior a la fecha del referido desplazamiento.

Dicho lo anterior, no existe impedimento, ni en la citada normativa, ni en los criterios de referencia, para que al fecha de inicio del descanso por maternidad quede fijada, a solicitud del interesado -si, además de quedar acreditados los restantes extremos, sea esa fecha la que conste en el certificado de empresa, en su caso- en el mismo día del desplazamiento o en un día posterior a dicho desplazamiento, siempre con una antelación que no supere las cuatro semanas, respecto de la resolución de adopción o acogimiento, (si consta la suspensión entonces del contrato por esa causa, e independientemente de que hubiera existido o no un periodo previo de vacaciones o licencia recogida en convenio). Efectivamente, en ambos momentos (el del desplazamiento u otro posterior) concurre

el presupuesto que justifica que la situación protegida se anticipe a la resolución de adopción, que es la salida al extranjero.

Aclaración relativa a la Kafala.

El derecho islámico clásico no regula ninguna institución como la adopción del Derecho español, esto es, que equipare la posición jurídica del hijo adoptivo con la filiación natural, en cuanto a la creación de vínculos de parentesco. Así, la Kafala del derecho musulmán es una institución que (tal y como establece el artículo 2 de la Ley nº 15-1 de Marruecos) se limita a fijar una obligación personal por la que una persona se compromete a hacerse cargo de la protección, manutención y educación de un menor abandonado, del mismo modo que lo haría un padre con su propio hijo, pero sin crear un vínculo de filiación, ni conferir derechos sucesorios entre la persona que la asume y el menor a la que se refiere. De acuerdo con la citada Ley marroquí, la Kafala es acordada por un juez tutelar mediante una disposición por la que designa a la persona encargada de la misma como tutor dativo del menor.

Ya que los efectos de la Kafala no son equiparables a los de la adopción regulada en España, aquella no puede ser reconocida como tal en nuestro país. Como ha declarado la Dirección General de Registros y Notariado en su Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales (apartado II, 4, Quinto). Ahora bien, estima dicha Dirección General que ello no impide que la Kafala pueda ser reconocida en España, si ha sido constituida por autoridad extranjera, siempre que no vulnere el orden público internacional español, y si los documentos en los que consta se presentan debidamente legalizados y traducidos a idioma oficial español. Y señala además que a través de la técnica jurídica de derecho internacional privado de la "calificación por la función", puede entenderse que tal institución, desconocida para el ordenamiento jurídico español, tiene en el derecho extranjero una función similar a la que despliega en derecho español el acogimiento familiar. Efectivamente, dicha similar a la que despliega en derecho español el acogimiento familiar. Efectivamente, dicha similitud existe si tenemos en cuenta que el artículo 173 del Código civil establece que "el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral". Y algo similar dispone igualmente el artículo 228.9 de la Ley 25/2010, de 29.7, libro II, del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia.

En este sentido, además, el artículo 34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, establece que las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación, se equipararán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el Derecho español, si concurren los requisitos allí señalados, y siempre que no produzca efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español. Además, se debe tener en cuenta el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, según resulta de su artículos 3, es aplicable, entre otras materias, a la protección legal del niño mediante Kafala, estableciendo su artículo 33 que cuando la autoridad competente prevea la protección legal por Kafala y ésta haya de tener lugar en otro Estado contratante, consultará previamente a la Autoridad Central o a otra autoridad competente de este último Estado, de modo que sólo podrá adoptar la colocación o acogimiento si la autoridad del estado requerido la ha aprobado.

Por consiguiente, se concluye que la Kafala acordada por la autoridad marroquí competente por periodo superior a un año, que se acredite en documento en el que conste la oportuna aprobación del Ministerio de Justicia -que es la autoridad competente para intervenir en el procedimiento de constitución de la Kafala, según lo dispuesto en el apartado relativo a "declaraciones, reservas y objeciones" del Convenio de la haya de 19 de octubre de 1996-, puede equipararse al acogimiento familiar del derecho español, a efectos del reconocimiento de la prestación por nacimiento y cuidado

de menor. Sobre este particular, es necesario destacar que, en aplicación del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, de 8 de noviembre de 1979 8artículos 36 y 37), dicho documento esta dispensado del visado de legalización y se considerará válidamente redactado en la lengua de una u otra parte, o en lengua francesa.

En aquellas situaciones en las que puedan surgir dudas sobre la validez o autenticidad del documento presentado, se solicitará a la institución competente u organismo de enlace correspondiente que, en la medida de sus posibilidades, compruebe la autenticidad del citado documento, ello en virtud del principio de colaboración administrativa, que obliga a las respectivas instituciones a prestar la asistencia necesaria para la correcta aplicación del Convenio sobre Seguridad Social.

4. JUBILACIÓN

4.1. Jubilación anticipada de los miembros de la Policía Foral Navarra. Criterio de Gestión INSS 21/2022, de 29 de noviembre de 2022

El apartado cinco 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 ter al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, para regular el régimen jurídico de la jubilación anticipada de los miembros de la Policía Foral de Navarra, que dispone que:

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 miembro de la Policía Foral navarra.

La aplicación de al reducción de al 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 más años de actividad efectiva y cotización en la Policía Foral Navarra 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 a edad como el cómputo, a efectos de cotización, del tiempo en que resulte reducida aquélla, que se establecen en el apartado anterior, serán de aplicación a los miembros de la Policía Foral de navarra 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 de aplicación después de que en la comisión Coordinadora Estado-Navarra se haga efectivo un acuerdo de financiación por parte

del Estado de la cuantía anual correspondiente a las cotizaciones recargadas que se deban implantar como consecuencia de la pérdida de cotizaciones por el adelanto de la edad de jubilación y por el incremento en las prestaciones en los años en que se anticipe la edad de jubilación.

En relación con la disposición transcrita y con lo establecido en distintos criterios de gestión para otros colectivos que se benefician de coeficientes reductores de la edad de jubilación y hecho efectivo el acuerdo de financiación de conformidad con lo dispuesto el apartado 4, se imparten las siguientes instrucciones con el fin de lograr una actuación homogénea por parte de las distintas direcciones provinciales del INSS.

4.1.1. Periodos en situación de incapacidad temporal, nacimiento y cuidado del menor, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y permisos retribuidos

Algunas normas reguladoras de los coeficientes reductores de la edad de jubilación de determinados colectivos prevén 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.

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 al edad de jubilación de los miembros del Cuerpo de la Ertzaintza, la nueva disposición adicional vigésima bis del TRLGSS, relativa a los miembros del Cuerpo de Mossos d´Escuadra, así como la nueva disposición adicional vigésima ter del TRLGSS, relativa a los miembros de la Policía Foral de Navarra no contemplan expresamente dichas excepciones. No obstante, procede considerar que, para el cómputo del tiempo efectivamente trabajado, también en estos colectivos deben incluirse en el correspondiente certificado dentro del periodo efectivamente trabajado los periodos que figuran en las letras 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.

4.1.2. Periodo de excedencia

El criterio de gestión 4/2019, aplicable a la policía local, siguiendo lo dispuesto en el criterio 8/2008, relativo a la actividad de bombero y al Cuerpo de la Ertzaintza, establece que cuando la permanencia en el cuerpo de la Policía Local, haya sido interrumpida por un periodo de excedencia, durante la cual pudo realizar otros trabajos, será objeto de bonificación tanto el tiempo que precede a la excedencia como el que sigue el 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 sí 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 de la Policía Foral Navarra.

Dado que los citados criterios no especifican un tipo concreto de excedencia, cabe entender que se aplica a cualquier excedencia que permita la reincorporación a la Policía Foral de Navarra y la recuperación de todos los derechos, 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 ter del TRLGSS, por razón del desempeño de una actividad laboral diferente, en los términos establecidos en la citada disposición adicional.

Por otro lado, conforme al informe de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 27/10/2016, con carácter excepcional, se incluirán en el cómputo del tiempo efectivamente trabajado a efectos de la aplicación de los coeficientes reductores de la edad los periodos de ejercicio de cargos o funciones de representación sindical. Pues dicho ejercicio no puede suponer perjuicio de ningún tipo para el trabajador, ya que ello supondría "un menoscabo del derecho a la libertad sindical conforme a la doctrina constitucional" (Sentencia Tribunal Constitucional 151/2006, de 22 de mayo). Igual previsión se establece para los miembros de la Ertzaintza, Mossos d´Escuadra y Policía Local (criterio de gestión 7/2019).

4.1.3. Periodo de formación y prácticas

El artículo 34 de la Ley 23/2018, de 19 de noviembre, de las Policías de Navarra, establece que las pruebas selectivas para el ingreso como personal de las Policías de navarra comprenderán en todo caso un curso de formación, cuya superación constituirá requisito indispensable a los citados efectos.

Por su parte, los apartados 2 y 4 del artículo 32 del Decreto Foral 113/2005, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Escuela de Seguridad y Emergencia Navarra, disponen que:

"*2.- Los cursos de formación deberán contener, junto con las áreas de carácter teórico o teórico-práctico, un área de valoración de actitud y otra de prácticas en las funciones propias del puesto de trabajo (...).*

4.- El área de prácticas en el desarrollo y aprendizaje de las funciones y tareas propias del puesto de trabajo a que aspiran al alumnado en el servicio correspondiente y junto a las personas profesionales que lo desempeñan, bajo la supervisión de uno de ellos designado como Monitora o monitor en prácticas".

El programa del curso de formación de la Policía Foral Navarra contiene unas horas de prácticas, pero que sean de índole práctica no quiere decir que impliquen un servicio efectivo en un puesto de trabajo como agente del citado cuerpo, tales como prácticas de tiro, conducción, defensa personal, etc.

Incluso el módulo de prácticas del curso, el módulo 7, tampoco debe considerarse como trabajo efectivo. El módulo tiene una duración de 320 horas, durante las que se presupone, al no indicarse su distribución, que los alumnos rotan en las diferentes Unidades (1.- Área de seguridad ciudadana, en la que se integran: planificación operativa, prevención y atención ciudadana, protección de autoridades, grupos de intervención, grupos de guías caninos y grupo de custodia y traslado de detenidos; 2.- Grupo de policía judicial; 3.- Grupos de medio ambiente; 4.- Brigada de tráfico, que a

su vez se desglosa en seguridad vial y atestados) y Comisarías del Cuerpo, existiendo en Pamplona, Elizondo, Estella, Tafalla, Sangüesa, Alsasua y Tudela.

Aunque los alumnos del Cuerpo de la Policía Foral de Navarra no roten por todas y cada una de las unidades y/o Comisarías relacionadas, ese tiempo de 320 horas es muy limitado en relación con periodos de prácticas en otros cuerpos policiales equivalentes en cuanto a ámbito de actuación territorial y población. En esos otros cuerpos se permite que los funcionarios en prácticas lleguen a desarrollar funciones propias del cuerpo policial como así establecen sus respectivas convocatorias. Así, el periodo de prácticas del Cuerpo de Mossos d´Escuadra, está diferenciado del periodo de formación tiene una duración de 12 meses y "*se harán prestando servicio efectivo*". En la Policía Municipal de Madrid el periodo de prácticas tiene una duración de 6 meses.

Se considera por tanto que los alumnos, en atención a esa limitación temporal, durante el módulo de prácticas se limitarán a acompañar, observar y conocer la realización de las tareas que se desempeñan en las referidas Unidades y Comisarías, y el citado módulo a un periodo de formación en destino, entendido como "el modo de procurar la formación integral del aspirante y el particular conocimiento de la estructura y funcionamiento de los servicios policiales.

Por todo ello, y de conformidad con la redacción de la disposición adicional vigésima ter del TRLGSS, se impide aplicar con la necesaria seguridad jurídica las bonificaciones previstas para los miembros de la Policía Foral Navarra a quienes se encuentran en periodos de formación y prácticas, ya que no cabe presuponer que presten un servicio efectivo en un puesto de trabajo como agente de la citada Policía, con la misma extensión que aquellos que ya han adquirido tal condición, y con la consiguiente obligación de cotización adicional.

4.1.4. Periodo en que se tiene reconocida una incapacidad permanente total (IPT) y se presta servicio en puesto con funciones de apoyo

En la Ley Foral 23/2018 no hay precepto o mención a puestos con funciones de apoyo para aquellos que ya no pueden desarrollar funciones policiales por IPT.

Únicamente el artículo 69 de la ley Foral 23/2018 regula situación de segunda actividad para el personal en activo de las Policías de Navarra cuando sea necesaria la adaptación de su carrera profesional por el transcurso del tiempo o la disminución sobrevenida de las condiciones físicas o psíquicas como consecuencia de trabajo o de enfermedad profesional, situaciones e las que podrán ser destinados dentro de la misma Policía a la que pertenezcan o a otras de Navarra siempre que se hayan suscrito los oportunos convenios de colaboración.

En la actualidad , no existe desarrollo reglamentario del citado artículo 69 y de la segunda actividad en la Policía Foral de Navarra, lo que implica que la misma no se está aplicando, de ahí que la situación administrativa de segunda actividad no aparezca codificada en la Orden Foral 94/2021, de 28 de mayo, del Consejero de Presidencia, Igualdad, Función Pública e Interior, por la que se dispone la publicación de la plantilla orgánica y de la relación del personal fijo y eventual que desempeña cargos directivos de libre designación en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

Por tanto, por motivos de seguridad jurídica en atención a las circunstancias normativas expuestas, actualmente no se pueden considerar de aplicación los coeficientes de la edad de jubilación a los periodos en que se tiene reconocida una IPT y se presta servicio en puesto con funciones de apoyo. Una vez se produzca el desarrollo reglamentario de la segunda actividad y se proceda a su aplicación práctica, se procederá a su examen a los presentes efectos.

4.1.5. Periodo de actividad en otros colectivos también bonificados (bomberos, policía local…), cuando se cumplan los requisitos de acceso a sus bonificaciones

Al respecto, se puede 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, el acceder a la jubilación anticipada en calidad de tal no se incumpla con el límite de edad vigente en cada momento.*

En caso de que, por razón de la actividad laboral como minero de carbón y por aplicación de los beneficios previstos para dicho Régimen especial, pudiera el interesado acceder al derecho a la jubilación e 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 Ertzaintza.

Asimismo, el Real decreto 1149/2018, 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 em 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, reunidos 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 (párrafo segundo del artículo 5).

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 establecidos en el Real decreto 14489/2018, de 14 de diciembre con otros beneficios similares otorgados en una actividad bonificada (por ejemplo, los previstos en la disposición adicional vigésima del TRLGSS para el Cuerpo de la Ertzaintza). En consonancia con los 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 que resulte de la aplicación del artículo 2 y de la 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 calta en otra actividad distinta: De ser también esta una actividad bonificada, para poder acumular ambos beneficios, deberán acreditarse igualmente en esta última los requisitos previstos en 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 loa jubilación como policía local, podrá causar la correspondiente pensión de jubilación, pero sin 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".

Posteriormente dichos criterios se extendieron al Cuerpo de Mossos d¨Escuadra en el criterio de gestión 1572022 del INSS, en referencia a los movimientos entre el citado Cuerpo y el de la Guardia Urbana.

Teniendo en cuenta lo anterior y la similitud que existe con el supuesto que ahora se analiza, cabe concluir la procedencia de permitir la acumulación de bonificaciones siempre y cuando se cumplan los requisitos necesarios.

4.1.6. Periodos de actividad efectiva como funcionarios interinos.

Los sistemas de provisión de puestos de trabajo en las Policías de Navarra y concretamente en el Cuerpo de la Policía Foral de navarra serán el concurso ordinario, el concurso específico y la libre designación (artículo 47 de la Ley foral 23/2018 y artículo 5 del Decreto Foral 57/202, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos de trabajo del Cuerpo de la Policía Foral de Navarra).

Las designaciones interinas tendrán carácter temporal, pero se cubrirán con funcionarios de la `propia Policía Foral de Navarra, tal y como dispone el artículo 62 de la Ley Foral 23/2018 y artículo 27 del Decreto Foral 57/2002.

Pero con independencia de lo anterior, en caso de que se haya recurrido a la figura de la interinidad con carácter previo a la adquisición de la condición de funcionarios de carrera, se ha de tener en cuenta lo establecido en el criterio 13/2022 del INSS, relativo a los policías de entidades locales, que establece que:

"*Por tanto, para la aplicación de los beneficios establecidos en el Real Decreto 1449/2018, los años efectivamente trabajados como policía local deben haberse producido bajo e régimen de funcionario de carrera, sin que pueda considerarse como periodo de trabajo efectivo, a los efectos que nos ocupan, el periodo de prestación de servicios anterior a la adquisición de la condición de funcionario de carrera, quedando excluidos, por tanto, los periodos de prestación de servicios como policía local bajo la condición de funcionarios interino o al amparo de un contrato sujeto a derecho administrativo o un contrato laboral indefinido*".

Tal conclusión trae causa en el hecho de que los policías locales con la condición de funcionarios de carrera han adquirido tal condición por la superación de los requerimientos psicofísicos exigidos en la convocatoria de empleo público correspondiente, a diferencia de los que tienen la condición de policías locales interinos o han prestado servicios como policía local al amparo de un contrato sujeto a derecho administrativo o un contrato laboral indefinido.

Así, en caso de que se hubiera acudido a la figura de la interinidad para la cobertura de puestos de trabajo con persona distinto a los propios funcionarios de la Policía Foral Navarra, se concluye que no puede considerarse como periodo de trabajo efectivo el periodo de prestación de servicios en la Policía Foral navarra bajo la condición de funcionario interino o al amparo de un contrato sujeto a derecho administrativo o un contrato laboral indefinido.

5. PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS

5.1. Complemento de ayuda para la Infancia. Criterio de Gestión del INSS 18/2022, de 21 de julio de 2022

Entre las novedades que ha introducido la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por el que se establece el ingreso mínimo vital, se encuentra el complemento de Ayuda para la Infancia, que consiste en una cantidad mensual por cada menor miembro de la unidad de convivencia en función de su edad, siempre que en el ejercicio inmediatamente anterior al de la solicitud los ingresos computables, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la citada ley, sean inferiores al 300 5 de los umbrales del anexo I y el patrimonio neto sea inferior al 150 % de los límites fijados en el anexo II, cumpliendo el test de activos definido en el anexo III (artículo 11.6 LIMV).

Por otra parte, el artículo 13.2 e) LIMV establece que la cantidad mensual que corresponda se determinará en función de la edad cumplida por el menor a día 1 de enero del ejercicio correspondiente, con arreglo a los siguientes tramos:

Menores de tres años: 100 euros.

Mayores de tres años y menores de seis años: 70 euros.

Mayores de seis años y menores de 18 años: 50 euros.

Con el objeto de homogeneizar la gestión de los centros gestores en la aplicación del nuevo complemento de Ayuda para la Infancia, y sin perjuicio de la consulta que se formulará a la dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, se aclaran las siguientes cuestiones:

1. El complemento de Ayuda para la Infancia sólo se podrá reconocer cuando en el momento del hecho causante existan menores de edad entre los miembros de la unidad de convivencia. Para ello, habrá de verificarse la composición de dicha unidad de convivencia en el momento del hecho causante de la prestación de Ingreso Mínimo Vital, que es la fecha de la solicitud.

2. En caso de que en la fecha de la solicitud existieran menores de edad, la edad a tener en cuenta para determinar el importe del complemento de Ayuda para la Infancia será la cumplida a 1 de enero del año en que se hubieran presentado dicha solicitud.

3. La cuantía del complemento de Ayuda para la Infancia en función de la edad del menor a 1 de enero se mantendrá durante todo el ejercicio económico, aun cuando durante el mismo se cumpliera la mayoría de edad.

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

Laborum

nº 33 (4º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO SOCIAL Nº 595/2022, DE 29 DE JUNIO, SOBRE CESIÓN ILEGAL EN EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

La Sentencia, dictada en casación para la unificación de doctrina, anula la sentencia recurrida, de fecha 9 de enero de 2019, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y resuelve el debate de suplicación en el sentido de desestimar el recurso de tal clase formulado por la empresa, sobre impugnación de resolución administrativa recaída en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral, confirmando en sus términos la sentencia del Juzgado de lo Social 2 de Málaga y declarando su firmeza.

Como aspectos a destacar que afectan a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social:

- La Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (ITSS) visitó el centro y extendió acta de infracción por falta muy grave del art. 8.2 LISOS, por haberse producido una situación jurídica de cesión ilegal de trabajadores entre la empresa usuaria y la ETT. La empresa presentó demanda de impugnación de dicha sanción, íntegramente desestimada por la sentencia de instancia, que confirmó en sus términos la resolución administrativa que califica la infracción como falta muy grave. La sentencia de suplicación ahora impugnada de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de 9 de enero de 2019, rec. 1263/2018, acoge en parte el recurso de la empresa y revoca parcialmente la sentencia del juzgado, para calificar la infracción como falta grave del art. 19.2. b) LISOS, con imposición de una multa de 3.125 €.
- La cuestión a resolver es la de decidir si la celebración de 74 contratos de puesta a disposición entre la empresa usuaria y una ETT, para cubrir necesidades permanentes de aquella, se considera una infracción grave de la empresa usuaria, tipificada en el artículo 19.2 b) del TRLISOS, o bien, la empresa está incurriendo en una cesión ilegal de trabajadores, infracción tipificada como muy grave en el artículo 8.2 TRLISOS.
- En el presente caso, queda demostrado que, de manera continuada, esto es, desde el 1-03-2012 al 21-12-2014, la empresa de trabajo temporal cedió nada menos que 74 trabajadores a la empresa usuaria, quien no contaba con una plantilla propia, habiendo suscrito con dichos trabajadores contratos eventuales por circunstancias de la producción, que desbordaron con mucho los límites temporales del art. 15.1.b ET , acreditando, por tanto, que el objeto real del contrato fue la cobertura de la organización estructural u ordinaria de la empresa. Dicha conducta constituye claramente una cesión ilegal de trabajadores, toda vez que la ETT desbordó radicalmente los límites establecidos en el art. 6.2 de la Ley 14/1994, excediendo, por tanto, los previstos en el art. 43.1 ET.
- Concluye la Sala que la conducta sancionada es una cesión ilegal de trabajadores, ejecutada por ambas empresas con la finalidad de ceder ilegalmente a trabajadores de la ETT a la empresa usuaria, conducta tipificada como infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el art. 8.2.c LISOS, que no excluye, de ninguna manera, a las ETT, cuando éstas ceden trabajadores sin atenerse a los límites legales.
- En línea con lo anterior, cuando la empresa de trabajo temporal ceda trabajadores a la empresa usuaria sin respetar los términos establecidos legalmente, también se producirá cesión ilegal de trabajadores, lo que constituye una infracción administrativa muy grave,

de conformidad con el art. 8.2 TRLISOS, que sanciona como tal a la cesión ilegal de trabajadores, fueren quienes fueren sus responsables.

- Por tanto, resulta ilegal la cesión de trabajadores no solamente cuando es llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como ETT , sino también cuando el contrato no se hubiese concertado en "los términos que legalmente se establezcan"; esto es, en los supuestos de contratación temporal legalmente autorizados, conforme a lo establecido en el art. 43 ET, por lo que el contrato de puesta a disposición celebrado entre la empresa usuaria y la ETT no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal.

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

Laborum

nº 33 (4º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El régimen jurídico y la política de la inmigración laboral en Italia. Las autorizaciones de trabajo a extranjeros en 2022

The legal regime and the policy of labour immigration in Italy. Work permits for foreigners in 2022

Javier Aibar Bernad *Consejero de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social en Italia*
https://orcid.org/0000-0002-3927-5736

Cita Sugerida: AIBAR BERNAD, J.: «El régimen jurídico y la política de la inmigración laboral en Italia. Las autorizaciones de trabajo a extranjeros en 2022». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 33 (2022): 253-272

Resumen

En Italia existe un importante y constante acceso de inmigrantes, que fue necesario organizar hace un tiempo mediante una programación temporal de entradas anuales, a través de sucesivos Decretos dictados por los Gobiernos, de manera que los trabajadores extranjeros pudieran realizar una actividad en sectores con escasez de mano de obra, en especial en actividades de agricultura, turismo y hostelería.

Asimismo, destaca la colaboración del Estado italiano con otros que son origen de los flujos migratorios, mediante la celebración de Convenios bilaterales para promover una inmigración con un enfoque más integral e integrador.

A pesar del establecimiento de esa ordenación de las entradas de trabajadores extranjeros en Italia, se observó la necesidad de proceder en diversas ocasiones, dos ellas recientemente, a la regularización de situaciones en la que se encontraban los citados trabajadores.

Abstract

In Italy there is an important and constant access of immigrants, which was necessary some time ago through a temporary programming of annual entries, through successive decrees issued by the governments, so that foreign workers could carry out an activity in sectors with a shortage of labour, especially in agriculture, tourism and hospitality activities.

It also highlights the collaboration of the Italian State with others that are the origin of migratory flows, through the conclusion of bilateral agreements to promote immigration with a more comprehensive and inclusive approach.

Despite the establishment of such an order for the entry of foreign workers into Italy, it was noted that there were several occasions, two of them recently, to regularize the situations in which these workers found themselves.

Palabras clave

Decreto de flujos; nulla osta; permiso de residencia; regularización

Keywords

Flow decree, nulla osta (non-impediment certificate), residence permit, regularization

1. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA INMIGRACIÓN EN ITALIA

1.1. El Texto Único sobre la inmigración y sobre el Estatuto de los extranjeros. El procedimiento establecido para la entrada de los ciudadanos extranjeros.

En el ordenamiento jurídico italiano rige una norma de carácter permanente que regula los flujos de ciudadanos no comunitarios, es el Texto Único sobre las disposiciones relativas a la normativa de extranjería y normas sobre el Estatuto de los extranjeros, aprobado por el Decreto Legislativo 286/1998 (en adelante TUEX)[1].

[1] El TUEX fue desarrollado reglamentariamente por el Decreto de 31 de agosto de 1999, número 394, que contiene las normas de desarrollo sobre la regulación de la inmigración y las normas sobre la condición del extranjero.

Fecha Recepción: 11/12/2022 - Fecha Revisión: No precisa - Fecha Aceptación: 12/12/2022
Pags. 253-272

El TUEX representa, complementando la legislación europea, la norma fundamental del sistema de migraciones italiano. Con su entrada en vigor, introdujo importantes y en ocasiones controvertidas novedades, en el contexto de la legislación migratoria italiana, como la inclusión del sistema de cuotas de entrada como punto de encuentro entre la oferta y la demanda de mano de obra extranjera a la que más adelante haremos referencia; el TUEX también previo la posibilidad de la reagrupación familiar para extranjeros legalmente residentes, antes de que fuera legislada a nivel europeo, y en general extendió a los extranjeros una serie de derechos que no estaban contemplados previamente por el ordenamiento normativo italiano. El TUEX es un conjunto normativo, calificado de complejo, que consta de 49 artículos, divididos en 6 Títulos.

Conforme al TUEX, las causas que pueden dar lugar a la obtención de un permiso de residencia en Italia son:

- La contratación para realizar un trabajo, para lo que es preciso previamente obtener un visado en el momento de la entrada por razones de empleo, tras la emisión de un documento administrativo en el que se certifique que no existe impedimento para ello.
- La expedición del permiso a un familiar de un extranjero residente legalmente en Italia, titular de una autorización de estancia vigente por trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, por asilo, por estudio, por motivos familiares o por motivos religiosos, con una duración no inferior a un año.
- La realización de estudios, o el reconocimiento de asilo con un permiso de residencia a los refugiados, o por razones humanitarias, así como otros motivos como los relacionados con la religión, la salud, la integración de menores, las actividades deportivas, etc.

Al amparo jurídico del TUEX, se establece en Italia con carácter regular, una programación temporal de flujos de entrada de trabajadores de fuera de la UE, con el objeto de favorecer la llegada de grandes grupos de trabajadores extranjeros para realizar su actividad en sectores con escasez de mano de obra. Para ello, en los pasados años se han dictado sucesivos Decretos de Flujos (en adelante DdF) por los Gobiernos italianos, procediéndose a aprobar previsiones anuales de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión de contrataciones en origen en los periodos previstos.

De conformidad con el artículo 3 del TUEX, la entrada en Italia de personas extranjeras por motivos laborales, en las modalidades de trabajo por cuenta ajena o autónomo, incluidas las relaciones de actividad ocasional, está permitida en general, aunque cumpliendo el denominado DdF, que establece las cuotas máximas de extranjeros admisibles en territorio italiano, determinando en consecuencia el límite de permisos de residencia para trabajar en Italia.

El empleador que inste el permiso de trabajo para un ciudadano no comunitario residente en el extranjero, conforme a los artículos 21 y 22 TUEX, presentará una petición nominativa de permiso de trabajo, si tiene el conocimiento directo del trabajador que pretende contratar, o una solicitud genérica, si el empresario no indica el nombre de un trabajador extranjero en particular[2]; esta última solicitud se llevará a cabo sobre personas inscritas en las listas de trabajadores extranjeros de países

[2] En la solicitud deberán declararse los siguientes elementos:
Los datos completos del titular de la empresa o o del representante legal, de su nombre y domicilio social, o, en el caso de trabajo a domicilio, los datos completos de la persona que contrate el trabajo.
Los datos completos del trabajador extranjero que se pretenda contratar.
El compromiso de asegurar al extranjero la remuneración y el trato previsto por las leyes vigentes y por los convenios colectivos de trabajo nacionales para su categoría.
La sede de la empresa o el lugar donde se realizará principalmente el trabajo.
La declaración relativa al alojamiento del trabajador extranjero.
La especificación de las condiciones contractuales, incluyendo el compromiso del empleador de pagar los costos de retorno del extranjero al país de origen.
La declaración del compromiso de comunicar cualquier cambio relativo a la relación laboral.

que hayan suscrito entendimientos o convenios sobre cuotas reservadas de entrada con Italia. Las listas de personas que tienen la intención de acudir a trabajar a este país desde otros, se transmiten periódicamente al Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales.

Para el supuesto en que los empresarios deseen contratar a un trabajador no comunitario de primera entrada en Italia, el TUEX exige la obtención de una autorización, que será emitida por la Oficina Única para la Inmigración (en adelante OFUI) o Sportello unico per l'immigrazione, existente en cada Prefectura o Jefatura de la Policía, en la que se integran varias oficinas, cada una de ellas responsable de llevar a cabo determinadas competencias policiales.

Las funciones de la OFUI están reguladas en el artículo 30 del Decreto 394/1999, de desarrollo del TUAX, sobre las disposiciones relativas a la disciplina de la inmigración y las normas sobre la condición de extranjero. Dicha Oficina estará dirigida por un representante de la Prefectura, destacando entre sus funciones una relevante respecto al desarrollo del procedimiento de autorización de permiso de trabajo a los ciudadanos no comunitarios; nos referimos a la expedición de la *nulla osta al lavoro* , que trataremos más adelante, (adelantamos que es necesaria para la autorización de la contratación de trabajadores extranjeros), además de otras competencias, como la aprobación de la reagrupación familiar[3] o las conversiones del permiso de residencia en favor de los trabajadores que se encuentren realizando actividades de temporada.

En la Prefectura se tramitará y autorizará el permiso de residencia (*permesso di soggiorno*), documento que facilitará la permanencia en Italia por un periodo de tiempo. El procedimiento lógicamente variará en función del concepto por el que se solicite, conforme a los motivos ya mencionados de trabajo, por familiares, estudios, por la condición de refugiado, salud, religioso, o humanitario entre otros. En la mayoría de los casos es renovable.

Por último, hay que referir que en 2012 entró en vigor un Reglamento relativo a la regulación del acuerdo de integración entre extranjeros y el Estado, aprobado por Decreto 2011/179, para acoger la previsión recogida en el artículo 4 bis TUEX. A partir de ese momento, los extranjeros mayores de 16 años que ingresasen por primera vez en Italia y solicitasen un permiso de residencia con una duración no inferior a un año, debían suscribir este acuerdo en las Prefecturas.

El acuerdo consistirá para la persona extranjera en la adquisición del compromiso de alcanzar un nivel adecuado de conocimiento del idioma italiano (al menos nivel A2), así como de conocimientos suficientes sobre la cultura del país, y garantizar el cumplimiento de la obligación de educación de sus hijos menores; y para el Estado italiano proporcionar a dicha persona el acceso a los instrumentos que le permitan alcanzar los mencionados conocimientos.

1.2. La duración de los distintos tipos de permiso de residencia

En primer término, conforme a la legislación italiana, el visado de entrada será emitido por la embajada italiana o por las oficinas consulares italianas del país de residencia del ciudadano extranjero[4]. El permiso de residencia, de conformidad con el artículo 5 del TUEX, ha de ser solicitado

[3] Existe dicha posibilidad de la reagrupación de los familiares de los trabajadores extracomunitarios. Se modificó el artículo 29 del TUEX para incorporar al ordenamiento italiano la Directiva 2003/86/CE relativa al derecho de reagrupación miembro de la familia, de forma que el trabajador que se encuentre regularmente en el territorio italiano. con una autorización de residencia, con una vigencia no inferior a un año, puede solicitar la reunificación familiar con:

- El cónyuge, pareja de hecho y unión civil entre personas del mismo sexo, y los hijos menores, o hijos adultos dependientes.
- Los padres dependientes a su cargo, si en general no tienen otros hijos que los puedan atender.

[4] Para las entradas en Italia por motivos de trabajo, existen unas listas de trabajadores que desean trabajar en Italia que suelen ser conservadas por las representaciones diplomáticas y consulares italianas del país de origen de los extranjeros, y transmitidas periódicamente al Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales, para que se les dé la máxima difusión, mediante la inclusión en el sistema de información de los extranjeros de las Direcciones Territoriales de Trabajo.

dentro de los ocho días hábiles siguientes a la entrada en el territorio italiano, siendo expedido con carácter general por la Prefectura competente para la actividad prevista en el visado de entrada, en función de la provincia en la que se encuentre el extranjero. Los ciudadanos extranjeros mayores de 16 años que llegan por primera vez a Italia y solicitan un permiso de residencia, con una duración no inferior a un año, deben firmar un acuerdo de integración con el Estado al que ya hemos hecho referencia.

El permiso de residencia no podrá exceder de:

a) Nueve meses, para la realización de un trabajo estacional, sin posibilidad de renovación más allá de este límite máximo.
No obstante, los trabajadores extranjeros que puedan demostrar que han acudido a Italia durante al menos dos años consecutivos para desarrollar un trabajo de temporada, podrán obtener cada año, hasta tres, un permiso de residencia plurianual para el trabajo de temporada, de una duración cada año igual al de los años anteriores.
El empleador debe solicitar a la OFUI competente la expedición de la autorización de trabajo plurianual.

b) Dos años, para realizar trabajos por cuenta propia, por cuenta ajena permanente y por reagrupación familiar.

c) Un año para el desempeño de un trabajo por cuenta ajena de duración determinada.

d) Un año por asistencia a un curso de estudio certificado o de formación profesional; se prevé una renovación anual para cursos plurianuales.

e) Tres meses, para negocios, visitas y turismo.

La renovación de la autorización de residencia deberá solicitarse en la Jefatura de Policía competente de la provincia de residencia, al menos 60 días antes de su vencimiento, para comprobar las condiciones previstas, de acuerdo con el artículo 5 del TUEX. El permiso de residencia no puede renovarse o prorrogarse si el extranjero ha interrumpido su estancia en Italia por un período continuo superior a 6 meses, o en caso de permisos con una duración de al menos dos años, por un período continuo superior a la mitad del período de vigencia del permiso de residencia.

1.3. La posibilidad de conversión del permiso de residencia por un motivo diferente al originario

También debemos hacer mención a la opción de conversión del permiso de residencia, procedimiento administrativo mediante el que el ciudadano extranjero, ya autorizado para residir en el territorio italiano con anterioridad, solicita un permiso de residencia por un nuevo motivo distinto al original, si concurren las condiciones establecidas por la ley.

El ciudadano extranjero podrá solicitar la conversión del permiso de residencia por otro por motivos familiares, por trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, por espera o búsqueda de empleo, por estudio y por otras causas más particulares previstas normativamente.

La transformación de un permiso de residencia en otro alegando motivos de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, deberá ir precedida de la *nulla osta*, conforme al procedimiento que hemos expuesto, debiendo comprobarse que existan cuotas de entrada previstas por el DdF. La obtención de una certificación de disponibilidad de autorización respecto al DdF en vigor, recordemos que se regula en los artículos 3 y 21TUEX. Ya hemos indicado que el permiso de residencia inicial puede tener su causa en la realización de estudios o de un trabajo estacional, en la espera de empleo, en la actividad

de emprendimiento de estudiantes o investigadores, o en motivos familiares, custodia, integración de menores, entre otras razones[5].

Está prevista la solicitud de conversión de la autorización de residencia de trabajo de temporada para un trabajo por cuenta ajena, no siendo necesario el regreso del trabajador de temporada a su país de origen para obtener un nuevo visado de entrada. No obstante, esa conversión del primer permiso de residencia se puede reconocer directamente, siempre que por la OFUI y la Inspección de Trabajo se verifique la concurrencia de los requisitos para la contratación dentro del cupo previsto en el DdF, así como la efectiva contratación que se realizó con motivo de la primera entrada para efectuar la actividad estacional.

En cuanto a la renovación o prórroga del permiso de residencia, no cabrá si el ciudadano extranjero ha interrumpido su estancia en Italia por un período continuo superior a 6 meses o, para permisos con una duración de al menos dos años, por un período continuo superior a la mitad del período de vigencia del permiso de residencia, salvo que la interrupción se deba al cumplimiento de obligaciones militares u otras razones graves y acreditadas, todo ello de conformidad con el Decreto 394/99, que desarrolla el TUEX.

1.4. El procedimiento de entrada de un trabajador por cuenta ajena extranjero

A continuación, nos centraremos en primer término en el procedimiento para la contratación nominativa de un trabajador extranjero, tal como se esboza en el artículo 22 TUEX. El empleador, sea italiano o nacional de la UE, o también extranjero residente legalmente en Italia, que tenga la intención de establecer una relación de trabajo por cuenta ajena con un ciudadano extranjero residente en el exterior, deberá pedir a la OFUI una verificación de la no disponibilidad de un trabajador ya presente en el territorio nacional para realizar la actividad para la que se pretenda la contratación, que se documentará a través de la denominada *nulla osta al lavoro* o documento de no impedimento para el trabajo subordinado.

El empresario igualmente deberá cumplir con una serie de garantías que son derechos para el trabajador, exigidos en el artículo 5-bis del TUEX, como la aportación, junto a la petición de la *nulla osta*, de la documentación relativa a la acomodación del trabajador extranjero al llegar a Italia sobre alojamiento, y la propuesta del contrato de residencia (contratto di soggiorno), con especificación de las condiciones laborales, incluido el compromiso de pago por parte del mismo empresario de los gastos de retorno al país de procedencia del trabajador, y por último el compromiso de comunicar cualquier modificación relativa a la relación laboral[6].

Tras la solicitud por el empresario de la *nulla osta* en la OFUI de la provincia en la que se vaya a realizar el trabajo, a través de un procedimiento telemático disponible en la página web del Ministerio del Interior, la Administración certificará que no existen impedimentos para la entrada y estancia en Italia del ciudadano no perteneciente a la UE que se quiere contratar. A continuación, esta Oficina recabará el dictamen de la Jefatura de Policía (Prefectura) y de la Dirección Territorial del Trabajo (en este caso para verificar las condiciones contractuales que se garantizan por el empresario),

[5] El Decreto Ley 130/2020, sobre Disposiciones urgentes en materia de inmigración, protección internacional y complementaria, reformó el TUEX para ampliar las causas que pueden dar lugar a la conversión de los permisos de residencia en permisos de residencia por motivos de trabajo. Todavía no se ha completado esa reforma, estando a la espera de que se dicte el desarrollo reglamentario, así como las correspondientes circulares ministeriales que describan los procedimientos de solicitud y documentación.

[6] Conforme al TUEX, el contrato de residencia para el trabajo por cuenta ajena concertado entre un empleador legitimado para ello y un trabajador extranjero, debe contener la garantía dada por este de facilitar alojamiento para el trabajador, que se encuentre dentro de los parámetros mínimos previstos por la ley para una vivienda adecuada, o el compromiso del empleador de pagar los gastos de viaje para el regreso del trabajador a su país de origen. Sin estas garantías el contrato de residencia no constituye un título válido para la expedición del permiso de residencia.

y cuando concurran todos los requisitos previstos, se emitirá la *nulla osta al lavoro,* que será válida para su utilización por un período no superior a seis meses a partir de la fecha de su expedición.

En la tramitación de *nulla osta* por la oficina periférica que expida la autorización, se deberán respetar los límites del cupo o de autorizaciones para extranjeros que puedan trabajar en Italia, que se contengan en el DdF, tal como exigen los artículos 3.4, y 21 del TUEX.

Se denegará la *nulla osta* si el empleador, como establece el artículo 22 del TUEX, hubiese sido condenado en los últimos cinco años por facilitar inmigración ilegal en Italia o desde esta a otros Estados, o por delitos relacionados con la captación de personas para su prostitución o explotación, o de menores de edad para participar en actividades ilegales; también procederá la denegación cuando el empresario haya intermediado de manera ilícita en el mercado de trabajo; o haya presentado documentos mediante fraude o falsificación, o si el trabajador extranjero no acude a la Oficina única para formalizar el permiso de residencia.

Sobre el plazo para la emisión de la *nulla osta*, en el artículo 22 del TUEX se preveía que la OFUI, en el plazo máximo de sesenta días desde la presentación de la solicitud, la emitiese, respetando los límites numéricos, cuantitativos y cualitativos establecidos en el DdF como ya hemos reiterado. Pero más recientemente, el Decreto Ley 73/2022 (en adelante DL73/22), de Medidas urgentes en materia de simplificaciones tributarias y emisión de permiso de trabajo, Hacienda del Estado y demás disposiciones económicas y sociales, (en vigor desde el 22 de junio y convertido en ley número 122/22), acogió novedades importantes para la simplificación del procedimiento previsto para gestionar los flujos de entrada para trabajar en Italia, entre las que se encuentra la establecida en su artículo 42, reduciendo el mencionado plazo de 60 días a 30, para la expedición de la *nulla osta* presentada conforme al cupo previsto para autorizar en 2022.

Asimismo, y después del citado DL73/22, ahora tras la obtención de la *nulla osta*, el visado de entrada deberá expedirse, ya no en 30 días, sino en los 20 días siguientes a la solicitud.

De conformidad con el articulo 5-bis del TUEX, en los 8 días siguientes a la entrada posterior en Italia, los extranjeros no comunitarios deben acudir a la OFUI que emitió la *nulla osta*, para la firma del *contrato de residencia*, que es imprescindible a los efectos de la expedición de una inicial autorización de residencia en una primera entrada por motivos de trabajo.

Por tanto, el procedimiento ordinario de entrada de un trabajador extranjero por cuenta ajena se resume en la obtención de la *nulla osta* cuando todavía se encuentre fuera de Italia, pudiendo solicitar a continuación un visado de entrada al país. Una vez emitido éste, se firmará el *contrato de residencia* y más adelante se pedirá un permiso de residencia laboral. Sólo una vez realizado este último trámite, el ciudadano extracomunitario puede firmar efectivamente un contrato de trabajo.

De ese modo, autorizada la contratación del trabajador, y después de que este haya entrado regularmente en Italia y obtenido el permiso de residencia por motivos de trabajo, el empresario procederá a la contratación de la siguiente manera:

a) Facilitará al trabajador una comunicación sobre los distintos aspectos de la relación laboral, conforme a lo prevenido en el Decreto Legislativo 152/1997 (para la aplicación de la Directiva 91/533/CEE relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador de las condiciones aplicables a la relación laboral), y a lo requerido igualmente por el Convenio Colectivo del sector aplicable. Asimismo, el empresario deberá incluir al trabajador en el Libro Único de Trabajo, donde deben figurar todos los empleados de la empresa, a excepción de los casos de los domésticos y los cuidadores.

b) Transmitir electrónicamente el día antes de comenzar la relación laboral, la comunicación de su inicio a la Administración competente, que en su caso será el Instituto Nacional de aseguramiento de los riesgos laborales (INAIL), el Instituto Nacional de Previsión Social

(INPS) encargado de la gestión de la afiliación de trabajadores y de las prestaciones de Seguridad Social incluido el desempleo, o una entidad integrada en el INPS denominada ente de Protección de los trabajadores del espectáculo, encargada de la gestión de este colectivo.

1.5. El procedimiento de entrada previsto para los trabajadores autónomos extranjeros

Los requisitos para la admisión por motivos laborales de los trabajadores autónomos están contemplados en el artículo 26 del TUEX, donde se establece la previsión de que los trabajadores de fuera de la UE sean autorizados a ejercer una actividad como autónomos en Italia, siempre que aquella no esté reservada por ley a los ciudadanos italianos o del resto de la UE. Se incluye tanto la actividad por cuenta propia, como la referida a la relación especial denominada de colaboración coordinada y continua[7].

Para desarrollar el trabajo el solicitante deberá:

a) Disponer de recursos adecuados para el ejercicio de la actividad que pretenda emprender.

b) Poseer los requisitos previstos por la legislación italiana para el ejercicio de la actividad que tenga la intención de realizar, incluidos los requerimientos para la inscripción en los registros públicos.

c) Tener acceso a una vivienda adecuada.

El trabajador extranjero que quiera trabajar como autónomo en Italia deberá obtener la *nulla osta* para su entrada, tras la declaración de ausencia de impedimentos administrativos y certificación específica de la Cámara de Comercio.

El extranjero no comunitario que sea autorizado para entrar en Italia por razones de trabajo por cuenta propia podrá realizar en base a esa autorización, un trabajo por cuenta ajena, tal como se establece en el artículo 13 del Decreto 334/2004, posibilidad que estará vigente durante el período de vigencia de la autorización.

Cuando venza el permiso para el trabajo autónomo, con el límite de dos años, conforme al artículo 5 del TUEX, el trabajador podrá obtener una renovación con referencia a la actividad llevada a cabo, sin necesidad de esperar al Decreto que defina las cuotas de admisión anual.

2. LA PROGRAMACIÓN TEMPORAL DE LOS FLUJOS DE ENTRADA EN ITALIA DE TRABAJADORES DE FUERA DE LA UE

2.1. El Decreto de 2021 sobre programación transitoria de los flujos de entrada de los trabajadores no comunitarios

En los pasados años se han dictado sucesivos Decretos por los Gobiernos italianos, para aprobar las previsiones anuales de empleos que se puedan cubrir por trabajadores extranjeros, a través de la gestión de contrataciones en origen en los periodos decididos.

Para tal posibilidad, se establece en el artículo 3 del TUEX que el Presidente del Gobierno italiano elaborará primeramente un documento programático sobre la política en materia de inmigración y de extranjeros, que deberá establecerse en coordinación con las instituciones comunitarias, con los demás países europeos, con las organizaciones internacionales y con las organizaciones no gubernamentales, según se recoge en el precitado artículo. Igualmente, en el documento se indicarán las medidas económicas y sociales previstas para los extranjeros residentes en Italia. De ahí surgirá un

[7] La colaboración coordinada y continua se aplica a trabajadores a medio camino entre los por cuenta ajena y los autónomos, por lo que constituyen una categoría por derecho propio, llamada para subordinada.

Decreto regulador de los Flujos, que será emitido según la citada norma, cada tres años o en un menor tiempo de acuerdo con las necesidades.

De esa forma, antes del 30 de noviembre del año anterior al que sea de aplicación el DdF, se identificarán en este las cuotas máximas de extranjeros que podrán ser admitidos en territorio italiano para el trabajo por cuenta ajena, para las necesidades de carácter estacional, y para el trabajo por cuenta propia, teniendo asimismo en cuenta la reagrupación familiar y las medidas de protección temporal que se establezcan.

El DdF también se encuentra regulado en el artículo 21 del TUEX, en el que se hace referencia al ingreso en Italia por razones laborales, incluido el trabajo estacional y el trabajo por cuenta propia, de acuerdo con las cuotas establecidas. Más concretamente, el TUEX contempla en el mencionado artículo que la correspondiente entrada, incluido el trabajo estacional y el trabajo por cuenta propia, debe tener lugar dentro del alcance de las cuotas establecidas en los Decretos periódicos (generalmente anuales), aprobados por el presidente del Consejo de Ministros sobre la base de los criterios establecidos en el documento de política trienal sobre políticas de inmigración previsto en el artículo 3 del Texto Único citado. Los DdF reservarán preferentemente las cuotas a los ciudadanos de Estados no miembros de la Unión Europea, con los que el Ministerio de Asuntos Exteriores, de acuerdo con los Ministerios del Interior y de Trabajo y Políticas Sociales, haya celebrado Convenios destinados a regulación de los flujos de entrada y de procedimientos de readmisión.

Para lo anterior se elaboran listas especiales previstas por los citados Convenios, en las que se inscriban las personas interesadas en trabajar en Italia, para su identificación, especificando sus cualificaciones, para un mejor tratamiento de los flujos de entrada de extranjeros. A ello se refiere el artículo 21.5 del TUEX, en el que se contemplan las citadas relaciones con la finalidad de que los trabajadores que pretendan desarrollar su actividad en Italia por cuenta ajena, estacional o no.

El DdF debe definir el número total posible de entradas de trabajadores extranjeros previstas para el territorio nacional y establecer los diferentes tipos de relación laboral, distinguiendo especialmente entre el trabajo por cuenta propia, por cuenta ajena de carácter indefinido, estacional o de trabajo doméstico, y la nacionalidad de los trabajadores extranjeros, según determina el artículo 21 TUEX. Se establecen pautas acerca del contenido de los DdF, al demandarse que tengan en cuenta la evolución de las tasas de empleo y desempleo a nivel nacional y regional, y el número de ciudadanos extranjeros no pertenecientes a la Unión Europea inscritos en las listas de empleo. La liberación de la *nulla osta*, conforme a las circunstancias descritas, se producirá siempre en el marco del denominado Decreto de Flujos.

En desarrollo de la previsión normativa que acabamos de abordar, se dictó el Decreto sobre flujos, de fecha 21 de diciembre de 2021 (en adelante DF2021), relativo a la *Programación transitoria de los flujos de entrada de los trabajadores no comunitarios en el territorio del Estado para el año 2021*, pero de ejecución en 2022[8].

El DF2021 resultó aplicable a ciudadanos no comunitarios que podrían ser admitidos en Italia para realizar un trabajo por cuenta ajena, tanto estacional como no estacional, y también por motivos de autoempleo, previéndose un total máximo de 69.700 autorizaciones[9].

[8] Las solicitudes pudieron presentarse a partir de 12 de enero de 2022 para la contratación de trabajadores no estacionales y autónomos y para solicitudes de conversión de permisos de residencia, y a partir del 1 febrero de 2022 para la contratación de trabajadores temporeros no comunitarios y para trabajadores no temporeros de países con lo que hubiese Convenios cooperación en asuntos migratorios en 2022. La Circular 2477/2022 prorrogó hasta el 30 de septiembre 2022 el plazo para presentar solicitudes del DdF. Asimismo, tras la Circular interministerial 6707/2022 se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2022 el plazo de presentación de solicitudes de conversión de permisos de residencia y de entrada de ciudadanos no comunitarios incluidos en proyectos de formación en el extranjero.

[9] Por el anterior Gobierno italiano presidido por Mario Draghi se manifestó que, en el transcurso de 2022, podría ser factible que se dictara un nuevo Decreto de Flujos Migratorios para aplicar a lo largo del año, completando de esa forma las cifras de autorizaciones del DF2022, al constarse la necesidad de una mayor cobertura de puestos de

Los sectores y actividades contemplados en el DF2021 a los que podían acceder los trabajadores de terceros países, fueron los siguientes:

- Agrícola (para trabajos por cuenta ajena estacionales)
- Turismo (para trabajos por cuenta ajena estacionales)
- Transporte de mercancías por carretera por cuenta ajena (para trabajos por cuenta ajena no estacionales)
- Construcción (para trabajos por cuenta ajena no estacionales)
- Turístico-hotelero (para trabajos por cuenta ajena no estacionales)
- Autoempleo, emprendedores y ciudadanos extranjeros con la intención de crear empresas innovadoras
- Artistas de reconocida cualificación profesional

Con el fin de simplificar la entrada en Italia de trabajadores extracomunitarios prevista anualmente por el DdF, se modificó por el artículo 44 del DL73/22 el procedimiento de verificación del cumplimiento de las condiciones contractuales exigidas por la legislación vigente a efectos de la contratación de trabajadores extranjeros. Dicha función se llevará a cabo por las organizaciones patronales más representativas a nivel nacional, y por los profesionales que se encuentren inscritos en registros especiales, ello en sustitución de la Inspección Nacional del Trabajo, a la que corresponde en todo caso, junto con la Agencia Tributaria, la posibilidad de realizar controles aleatorios sobre el cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos.

En base a lo dispuesto en el artículo 44 DL73/22, se firmó un interesante Protocolo de Entendimiento entre la Dirección General de Políticas de Inmigración e Integración del Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales, y las Organizaciones de empresarios más representativos a nivel nacional[10]. Mediante el citado documento, con una vigencia de dos años, ambas partes se comprometieron a colaborar en la implementación de los procedimientos simplificados de entrada en Italia de trabajadores no comunitarios para desarrollar un trabajo por cuenta ajena.

La firma del protocolo facilitará la existencia de un procedimiento simplificado para la emisión del permiso de trabajo para la entrada de trabajadores no comunitarios, así como al acceso al sistema informático de la Administración, para obtener noticias y proporcionar información sobre el estado de las prácticas relativas al trabajo por cuenta ajena, junto a la integración y obtención de los documentos que se generen con ocasión de las respectivas solicitudes.

Los sujetos que hemos mencionado verificarán los requisitos requeridos y emitirán una declaración sobre la concurrencia o no impedimentos que puedan afectar a la contratación; en caso de que sea así no podrá existir el contrato de trabajo.

La autorización de trabajo que se emite a través del procedimiento simplificado dispuesto por el DL73/22 permite formalizar un trabajo, incluso antes de firmar el contrato de residencia, extendiéndose esta posibilidad al trabajador extranjero ya presente en Italia, incluso si se encuentra en una condición irregular como veremos a continuación cuando abordemos la regularización de trabajadores.

trabajo por la escasez de mano de obra, sobre todo de temporada. Ello a pesar de que el DF2021 ya había duplicado el cupo aprobado en cada uno de los pasados años. En cualquier caso, a pesar de las declaraciones de representantes del Gobierno, ese segundo Decreto no se ha llegado a aprobar.

[10] Las entidades firmantes representantes del sector empresarial fueron AGCI, ANPA, ASSINDATCOLF, CIA-AGRICOLTORI ITALIANI, CLAAI, COLDIRETTI, CONFAGRICOLTURA, CONFAPI, CONFCOOPERATIVE, COPRAGRI, DOMINA, LEGACOOP, UNCI, UNIMPRESA Y UNSI

Las asociaciones empresariales signatarias del Protocolo se comprometieron a velar por que sus afiliados cumplan con los requisitos relativos al acatamiento de las disposiciones de los convenios colectivos aplicables, y a requerir al empleador asociado una declaración que acredite la posesión de las condiciones previstas en el DF2022, debiendo conservar el empresario la documentación por un período de cinco años, (tal como se indica en la circular núm. 3/2022 de la Inspección Nacional de Trabajo).

La pérdida del puesto de trabajo no constituye una causa de revocación del permiso de residencia para el trabajador extracomunitario, ni para los miembros de la familia que residen legalmente en Italia. El trabajador extranjero en posesión de un permiso de residencia por trabajo por cuenta ajena que pierda el trabajo, incluso por renuncia, se podrá registrar en las listas de colocación por el período de validez residual de permiso de residencia.

Asimismo, si el trabajador extranjero acredita que ha acudido a Italia al menos una vez en los cinco años anteriores para realizar un trabajo estacional, podrá obtener un permiso plurianual, de hasta tres años, con indicación del periodo de validez para cada año, tal como se dispone en el artículo 5 del TUEX. Este permiso plurianual, al que nos referiremos más adelante, quedará revocado si el trabajador interesado no se presenta en la oficina de frontera exterior en la fecha prevista para una nueva entrada en Italia.

El desglose de los 69.700 flujos autorizados por el DdF[11], en función de que la actividad, se distribuyó de la siguiente forma:

2.2. El trabajo no estacional y autónomo

Para el trabajo no estacional y autónomo en los sectores del transporte por carretera, la construcción y el turismo se acordaron 27.700 autorizaciones, se previeron:

- 17.000 autorizaciones para personas procedentes de Albania, Argelia, Bangladesh, Bosnia-Herzegovina, República de Corea, Costa de Marfil, Egipto, El Salvador, Etiopía, Filipinas, Gambia, Ghana, Japón, India, Kosovo, Malí, Marruecos, Mauricio, Moldavia, Montenegro, Níger, Nigeria, Pakistán, República de Macedonia del Norte, Senegal, Serbia, Sri Lanka, Sudán, Túnez, y Ucrania.
- 3.000 autorizaciones para personas de países extracomunitarios con los que Italia firme acuerdos de cooperación durante el año 2022.
- 100 autorizaciones personas que han finalizado programas de formación y educación en el extranjero.
- 100 autorizaciones para personas que procedan de Venezuela y tengan origen italiano al menos en una parte de la familia.
- 500 autorizaciones para trabajos por cuenta propia, en general para empresarios, artistas reconocidos o de alta cualificación profesional contratados por organismos públicos o privados, o para creadores de empresas emergentes[12].
- 7.000 autorizaciones para personas que necesiten cambiar un tipo de permiso por otro de trabajo, entre ellas:
    - — 4.040 para personas con permiso de residencia por trabajo de temporada que pretendan sustituirlo por un permiso de residencia por trabajo por cuenta ajena no

[11] Sobre el número de solicitudes presentadas, dentro del plazo establecido se formularon, según el Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales, 205.000 solicitudes, de las que 98.000 correspondieron a trabajos estacionales.

[12] Emprendedores que pretendan implementar un plan de inversión de interés para la economía italiana, que contemple el uso de recursos propios de no menos de 500.000 euros, así como la creación como mínimo de tres nuevos puestos de trabajo

estacional; para 2.000 personas con permiso de residencia por estudios, formación profesional o aprendizaje que desearan canjearlo por un permiso de residencia por trabajo subordinado; 370 para personas con permiso de residencia por estudios, formación profesional que deseen cambiarlo por un permiso de residencia para trabajo autónomo; para 200 personas con un permiso de residencia de larga duración de la CE expedido por otro Estado miembro de la UE que necesiten cambiarlo por un permiso de residencia para realizar un trabajo por cuenta ajena; 30 para personas con un permiso de residencia de larga duración de la CE expedido por otro Estado miembro de la UE que se solicite cambiar por un permiso de residencia para un trabajo autónomo.

2.2.1. El trabajo estacional[13]

Se contemplaron en el DF2021 un total de 42.000 autorizaciones para el trabajo por cuenta ajena estacional en los sectores agrícola y turístico-hotelero.

Las 42.000 autorizaciones fueron previstas para ciudadanos procedentes de los siguientes países: Albania, Argelia, Bangladesh, Bosnia-Herzegovina, Corea (República de Corea), Costa de Marfil, Egipto, El Salvador, Etiopía, Filipinas, Gambia, Ghana, Japón, India, Kosovo, Mali, Marruecos, Mauricio, Moldavia, Montenegro, Níger, Nigeria, Pakistán, República de Macedonia del Norte, Senegal, Serbia, Sri Lanka, Sudán, Túnez y Ucrania, de los cuales:

- 14.000 estaban destinadas a trabajos agrícolas de temporada. Los empresarios pudieron presentar las solicitudes a través de las asociaciones agrarias Cia, Coldiretti, Confagricoltura, Copagr, y Alleanza delle Cooperative.
- 1.000 fueron destinadas al trabajo estacional plurianual

Esa interesante contemplar la evolución del número de autorizaciones de las cuotas de los flujos para la entrada de trabajadores no comunitarios, estacionales y no estacionales, en los pasados años:

- 2010: 181.580
- 2011: 60.000
- 2012: 52.850
- 2013: 47.650
- 2014: 35.050
- 2015: 30.850
- 2016: 30.850
- 2017: 30.850
- 2018: 30.850
- 2019: 30.850
- 2020: 30.850
- 2021: 30.850
- 2022: 69.700

[13] Acerca del trabajo estacional, se consideran como ese tipo de actividades las enumeradas de manera muy extensa en el Decreto 7 de octubre de 1525/1963, en el que se contiene una lista de actividades estacionales (con posteriores adiciones y actualizaciones). Por lo general, dichas actividades se corresponden con tareas de agricultura, turismo y hostelería.

2.3. Algunos supuestos particulares de entrada de trabajadores extranjeros

Hay que advertir que, además de las previsiones del número total posible de entradas de trabajadores extranjeros previstas por cada DdF, en el artículo 27 del TUEX se establece una excepción para conceder visados de entrada y permisos de residencia para trabajar, sin sujeción a los flujos anuales autorizados anualmente, a otras categorías de trabajadores. La lista es muy amplia, abarcando entre otros muchos colectivos, a ejecutivos y personal muy especializado, profesores universitarios, personal artístico y técnico de las artes líricas, teatrales, o periodistas corresponsales acreditados oficialmente, traductores o intérpretes[14].

Un caso singular de entre los señalados es el de los trabajadores altamente especializados de empresas con sucursales en Italia, o de oficinas de representación de sociedades extranjeras que tengan su domicilio principal en el territorio de un Estado miembro de la Organización Mundial del Comercio, o bien se trate de ejecutivos que desarrollen su actividad en oficinas principales en Italia pertenecientes a sociedades italianas o sociedades de otro Estado miembro de la Unión Europea.

El Decreto Legislativo 108/2012, para la trasposición de la Directiva 2009/50/CE del Consejo, sobre la entrada y residencia de nacionales de terceros países que tengan la intención de realizar trabajos altamente cualificados, introdujo la posibilidad de solicitar la autorización de ingreso para esa categoría de trabajadores, que podrán obtener un tipo de permiso de residencia denominado *Tarjeta Azul UE*. Se trata de una clase particular de permiso de residencia, regido por el artículo 27 quater del TUEX.

La *tarjeta azul* tiene una duración de dos años, si la relación laboral es indefinida, y si es de duración determinada el permiso de residencia tendrá una vigencia de hasta 3 meses más a contar desde el momento en que se produzca la extinción de la relación laboral.

La solicitud de permiso de residencia para los trabajadores altamente cualificados es presentada por el empresario ante la OFUI que, cumplidas las condiciones legales, lo expide; ello permitirá al interesado obtener un visado de entrada a Italia. No se requiere ese visado si el ciudadano extranjero ya está legalmente presente en el territorio nacional o es titular de una *tarjeta azul* de la UE emitida por otro Estado miembro, donde ya ha residido legalmente durante al menos 18 meses.

2.4. El Portal de Servicios para la gestión de los flujos migratorios

Por el Ministerio del Interior se modernizó recientemente el Portal de Servicios para solicitar permisos de autorización de trabajo y de reagrupación familiar, así como los previstos para la conversión de permisos de residencia o para trabajadores formados en el extranjero.

En cuanto al procedimiento previsto, una vez completada la fase de autenticación del usuario, este puede acceder telemáticamente al Portal para obtener un formulario de solicitud y proceder a su formalización. Durante el trámite, dividido en secciones, el sistema indicará cuales son los campos obligatorios que deben ser cumplimentados.

Para solicitar la autorización correspondiente, el usuario podrá seleccionar el menú desplegable descrito como *mostrador único de migración*[15], a través del cual será posible:

[14] La calificación profesional superior, certificada por el país de origen, debe ser reconocida en Italia y estar dentro de los "*niveles 1, 2 y 3 de la clasificación de profesiones ISTAT CP 2011*". Los títulos de estudios y demás documentos obtenidos en el extranjero deben presentarse debidamente traducidos y legalizados por las representaciones diplomáticas italianas en los países de origen de los trabajadores extranjeros.

[15] Se puede obtener información mediante la lectura de preguntas predefinidas, y en último caso el interesado podrá escribir al servicio de asistencia previsto.

- Cumplimentar una solicitud bien de autorización o bien de conversión de permiso de residencia[16].
- Buscar y visualizar las solicitudes ya enviadas o en proceso de compilación y realizar distintas acciones para cada una de ellas.
- Consultar las comunicaciones recibidas de la Administración.
- Reservar y gestionar una cita.

Las declaraciones emitidas en los formularios de solicitud de autorización tendrán el valor de autocertificación o autodeclaración. Las personas que emitan declaraciones falsas podrán en su caso ser sancionadas.

Además de lo anterior, cabe citar la aplicación informática para solicitar la ciudadanía italiana, que es el punto de acceso a la Administración Pública, que puede ser utilizada por los peticionarios; o también la plataforma para el seguimiento del estado de los Centros de Acogida, que permite introducir datos de inmigrantes que permanecen en tales Centros para que, al analizarlos, sea posible entender cuál es el impacto de las políticas migratorias.

3. LOS PROCESOS DE REGULARIZACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

La posibilidad de la regularización de los trabajadores se estableció en dos momentos distintos en los últimos años en Italia, por dos normas diferentes.

El primero, mediante el Decreto-Ley 34/2020 (en adelante DL34/20), denominado de *relanzamiento o rilancio, (*convertido en la ley 77/2020), de medidas urgentes en el ámbito de la salud, apoyo al trabajo y la economía, así como políticas sociales relacionadas con la emergencia epidemiológica por la COVID-19. La citada norma estableció como objetivo en materia migratoria, facilitar la salida del trabajo irregular de determinados colectivos de trabajadores, tanto ciudadanos italianos como de otros países de la Unión Europea, y así como extranjeros que se encontraban ya en Italia. La segunda norma fue el Decreto-Ley 73/2022 (transformado en la Ley 122/2022) al que ya hemos hecho alusión en anteriores líneas, que también estableció un procedimiento para una regularización de trabajadores extranjeros.

Cabe recordar que las anteriores ocasiones en que se establecieron en Italia otros procesos de regularización tuvieron lugar en los años 2009 y 2012.

3.1. La regularización de trabajadores extranjeros del Decreto-Ley 34/2020

El DL34/20 tuvo como uno de sus fundamentos la necesidad de garantizar niveles adecuados de protección de la salud individual y colectiva de los trabajadores, a consecuencia de la emergencia sanitaria excepcional relacionada con la propagación del contagio de la COVID-19, así como favorecer el surgimiento de relaciones laborales irregulares.

Sobre la base del artículo 103 del DL34/20, los sujetos que podían presentar la solicitud de autorización para trabajar legalmente y dejar atrás el trabajo irregular eran:

- Los empresarios, con la finalidad de establecer un contrato de trabajo por cuenta ajena con un ciudadano extranjero ya presente en Italia, sin permiso de residencia, y con una relación de trabajo irregular vigente. El empresario contratante podía ser una persona italiana, de un Estado miembro de la Unión Europea, o un ciudadano extranjero no

[16] Para esos supuestos puede utilizarse la plataforma de *cita fácil* para la expedición o renovación del permiso de residencia. Se trata de una plataforma denominada PRENOTAFACILE, a la que se puede acceder a través del sitio web de la Policía Estatal.

comunitario en posesión del permiso de residencia de la UE para residentes de larga duración.

- El extranjero con permiso de residencia caducado a partir del 31 de octubre de 2019, que podía solicitar un permiso de residencia de seis meses.

Para obtener el contrato de trabajo y el permiso de residencia para las situaciones de regularización, debían acreditarse otras situaciones, conforme al citado artículo 103 del DL34/20:

- Que la actividad laboral irregular se estuviese desarrollando limitadamente en el sector de la agricultura, la ganadería, la pesca o actividades afines, o en el ámbito del sector doméstico o en la asistencia personal (concretamos más más adelante esas actividades).
- Que el ciudadano extranjero hubiese entrado en Italia antes del 8 de marzo de 2020.
- Por el empresario debía aportarse la declaración de la voluntad de celebrar un contrato de trabajo para regularizar la relación laboral irregular, que podía presentarse solo para una relación laboral de duración determinada o indefinida, siempre con jornada a tiempo completo, salvo en el sector del trabajo doméstico para atender necesidades familiares, en cuyo caso se permitió la jornada a tiempo parcial.
- Acreditar una capacidad económica mínima del empleador que presentase una solicitud de regularización[17].

El empresario que, pendiente de la conclusión del procedimiento de regularización, contratase al trabajador objeto del citado proceso, quedaba obligado a enviar una comunicación dentro de las 24 horas del día anterior al inicio de la relación laboral a la Administración, conteniendo los datos esenciales de la relación laboral, debiendo indicar en particular un código fiscal y el tipo de permiso de residencia.

Las solicitudes de regularización se considerarían inadmisibles en caso de condena del empresario en los últimos cinco años, incluso con una sentencia no definitiva, dictada a consecuencia de haber facilitado aquel la inmigración ilegal a Italia, y la emigración ilegal de Italia a otros Estados, o por la comisión de delitos de reclutamiento de personas para destinarlas a la prostitución o utilizar a menores para emplearlos en actividades ilegales, así como por el delito de esclavitud; también por intermediar y explotar laboralmente de manera ilegal, o por incurrir en delitos en materia de empleo sobre trabajadores extranjeros sin permiso de residencia.

Igualmente quedaron excluidos del procedimiento de regularización los ciudadanos extranjeros que hubiesen recibido una orden de expulsión por razones de orden público o de seguridad del Estado, o que hubiesen sido denunciados al Sistema de Información de Shenghen, a los efectos de la no readmisión en Italia, y aquellos condenados aun sin sentencia firme, por uno de los delitos previstos en el Código Penal contra la libertad personal, tráfico de estupefacientes, ayuda e instigación a la inmigración o emigración ilegal, delitos destinados a la captación de personas para la prostitución o de menores para su utilización en actividades ilegales. Asimismo, los ciudadanos extranjeros considerados peligrosos también quedaban excluidos del procedimiento de regularización, en virtud de una evaluación discrecional de la Administración, realizada en base a indicios reales de peligro.

De acuerdo con el DL34/20, el procedimiento para regularizar una relación laboral y para la emisión del permiso de residencia comenzó a partir del 1 de junio de 2020, finalizando el plazo

[17] En el caso de contratos por cuenta ajena, la renta o el volumen de negocios del empresario, como resultado de la última declaración de impuestos o de los estados financieros anteriores, no debía ser inferior a 30.000 euros por año. Para los supuestos de trabajo doméstico para el sostenimiento de las necesidades familiares o asistencia a las personas, la renta no debía ser inferior a 20.000 euros por año, si la unidad familiar estaba compuesta por un solo perceptor de ingresos; y no inferior a 27.000 euros al año en caso de que la unidad familiar compuesta por varios sujetos convivientes.

el día 15 de julio de ese año. Los ciudadanos extranjeros podían beneficiarse del procedimiento de regularización solo si ya habían sido identificados por la Autoridad de la Seguridad Pública, mediante el control de las huellas digitales antes del 8 de marzo de 2020 como hemos indicado, o si habían permanecido en Italia antes de esa fecha y podían aportar una declaración de presencia, o certificados emitidos a una fecha determinada por organismos públicos[18]. En todos los casos, los ciudadanos extranjeros no debían haber salido del territorio nacional desde el 8 de marzo de 2020.

Por último, cabe señalar que desde el momento en que el empresario o el inmigrante irregular hubiesen presentado la solicitud de regularización, éste último gozaba de varias protecciones, como la de no ser expulsado de Italia, o la posibilidad de trabajar, y veía suspendidos los procesos penales o administrativos que tuviese en su contra por motivo de su situación ilegal. Lo mismo se aplicaba al empresario en el caso de que tuviese procedimientos penales o administrativos abiertos por el empleo ilegal del inmigrante cuya situación se trataba de normalizar. Por otra parte, los procedimientos suspendidos caducaban cuando el extranjero poseía todos los documentos en regla, como el contrato de trabajo o el permiso de residencia. Si la jefatura de policía denegaba la solicitud de autorización de residencia, se reanudarían las actuaciones desde el estado en que estuviesen suspendidas.

3.2. La regularización de trabajadores extranjeros del Decreto-Ley 73/2022

Posteriormente, el DL73/22 estableció dos novedades, una que ya hemos abordado sobre simplificación del procedimiento de la *nulla osta*, y la segunda, contenida en su artículo 42, relativa a un nuevo sistema de regularización de ciudadanos extranjeros para los que se solicitase una autorización para el establecimiento una relación laboral por cuenta ajena en Italia en el contexto del DdF, y que se encontrasen presentes en el territorio nacional el 1 de mayo de 2022.

En cuanto al proceso de regularización que incorporó el DL73/22, cabe señalar que una vez obtenida la *nulla osta*, sobre la base del nuevo procedimiento simplificado, el empleador podía contratar en cualquier actividad a los trabajadores ya presentes en Italia en la fecha de mayo de 2022, aun en condiciones irregulares. La norma citaba ciudadanos extranjeros *que se encuentren presentes en el territorio nacional el 1 de mayo de 2022.*

No obstante, para que los ciudadanos extranjeros pudieran acceder a ese derecho, debían, o bien haber sido objeto de control dactilar, o haber declarado su presencia en suelo italiano ante la jefatura de policía o por la aportación de certificaciones emitidas por organismos locales o estatales acreditando la identidad del trabajador interesado, en iguales términos que los que hemos comentado en el caso de la regularización de 2020.

Estas condiciones serían comprobadas por la OFUI después de la contratación, cuando se convocase al empleador y al trabajador a firmar el contrato de residencia. Para los trabajadores sujetos de este procedimiento, eran suspendidas las actuaciones penales y administrativas por entrada y estancia irregular y, una vez expedido el permiso de residencia, se extinguían los delitos e infracciones administrativas correspondientes.

La posibilidad de aceptar cualquier actividad como objeto de la contratación del trabajador extranjero regularizado se encontraba corroborada por la mención contenida en la memoria del texto

[18] Se aceptaron las certificaciones emitidas por las entidades que realizan una función o un servicio de utilidad pública. A título meramente enunciativo cabe citar las certificaciones médicas de una institución pública, el certificado de matrícula escolar de niños, las tarjetas de identificación de transporte público, las certificaciones de las fuerzas policiales, la titularidad de tarjetas telefónicas o contratos con operadores italianos, la documentación relativa a los servicios prestados por el Servicio de Coreos italiano al interesado, la apertura de libretas de ahorro, los recibos nominativos de envío o recepción de dinero realizados a través de bancos o agencias de transferencia de dinero; la documentación de los centros de recepción o de hospitalización autorizados, incluidos los religiosos, certificados emitidos por representaciones diplomáticas o consulares en Italia, billetes de transporte aéreo y marítimo utilizados para la entrada en el Italia.

de conversión en ley del DL73/22, donde se justificó la medida de la regularización de su artículo 42, aludiendo a la escasez de trabajadores en Italia en determinados casos, especialmente de los altamente especializados, *habiéndose visto amenazado el esfuerzo de transformación y el impulso económico que enfrenta el país en el contexto reformador del Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia*. Asimismo, se realizó una referencia a la crisis internacional y a las dificultades para el abastecimiento de energía derivadas de la guerra en Ucrania. Por todo ello se constataba la urgente necesidad de apoyar a determinados sectores productivos, en los que mayoritariamente se siente la escasez de mano de obra, como a modo de ejemplo, los sectores de mecánica, ingeniería, telecomunicaciones, pero también alimentación, trabajo doméstico y de asistencia personal. Son actividades que requieren perfiles profesionales que en el momento de autorizarse la regularización no estaban disponibles en la medida adecuada en el mercado de trabajo, lo que hacía recurrir a los flujos de trabajadores extranjeros.

El contenido del artículo 42 del DL73/2022 consistió en definitiva en lo que se calificó como una *amnistía,* que permitió a los extranjeros irregulares llegados a Italia antes del 1 de mayo de 2022 ser contratados cumpliendo todos los requerimientos legales por los empresarios y, por lo tanto, regularizados[19].

4. LA MIGRACIÓN CIRCULAR. LA COOPERACIÓN CON LOS PAÍSES DE ORIGEN DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS

En cuanto a la migración circular, entendiendo por esta la que puede realizar un trabajador de manera voluntaria y repetitiva entre el país de origen y un país de acogida, estando ligada a las exigencias del mercado laboral en los países de origen y destino, se puede señalar que en Italia no existen, con carácter general, mecanismos atribuibles a esta figura. Sólo encontramos una previsión sobre esta materia en el TUEX para la solicitud de un permiso de residencia plurianual de tres años, por trabajo de temporada, en el caso de que el trabajador ya haya entrado en Italia para realizar un trabajo por cuenta ajena de temporada, al menos una vez en los cinco años anteriores.

En ese sentido, en el apartado dedicado al DdF, hemos hecho referencia a las 1.000 autorizaciones del cupo sobre flujos previsto para en 2022, destinadas al trabajo estacional plurianual.

Una de las principales ventajas del permiso plurianual es que permite al trabajador de temporada entrar en Italia en el año siguiente, independientemente de la publicación del DdF, para seguir realizando un trabajo de temporada. La solicitud de un permiso de trabajo temporal plurianual también podrá ser realizada por un empleador distinto del que instó el permiso de trabajo inicial.

En el artículo 24 del TUEX se regula ese permiso plurianual, que podríamos definirlo como un tipo de *derecho de tanteo* para la entrada de nacionales de terceros países que ya hayan trabajado temporalmente en Italia en los cinco años anteriores, tal como ha quedado explicado. De esa forma, el trabajador se beneficia de la posibilidad de un acceso más fácil al mercado de trabajo italiano cuando, habiendo retornado a su país de origen, decida regresar al país que lo acogió por primera vez, ostentando un derecho de prioridad de regreso por motivos de trabajo estacional con el mismo u otro empleador, en comparación con aquellos que nunca hubiesen hecho una entrada regular en Italia por motivos de trabajo.

En lo que podemos denominar una aproximación a la migración circular recogida en la norma italiana, sólo se aprecia la situación del permiso plurianual analizado; en cambio, no encontramos ninguna previsión para los nacionales italianos que trabajan en otros Estados.

[19] En cualquier caso, esta posibilidad de regularización exige la ausencia de antecedentes penales, por lo no se aplicará a los extranjeros declarados inadmisibles en el territorio italiano, así como tampoco a los condenados por determinados delitos, como los relacionados con las drogas o la prostitución, y a las personas que se consideren una amenaza para el orden público o la seguridad del Estado.

En cuanto a la cooperación con los países que son origen de grandes flujos migratorios hacia Italia, el Estado italiano ha impulsado a lo largo de los años, en el marco del TUEX, numerosas iniciativas de cooperación con aquellos, y con las comunidades de inmigrantes más numerosas presentes en el territorio nacional. El objetivo es promover vías regulares de movilidad para los nacionales de terceros países, con el fin de desalentar la migración irregular y facilitar una entrada ordenada en el mercado laboral.

Se trata de acuerdos bilaterales con países no pertenecientes a la UE, que son una herramienta de colaboración entre la Administración italiana y las Autoridades competentes de esos terceros países, para fortalecer la cooperación internacional en materia migratoria con estos, con el fin de:

- Promover canales regulares de entrada para trabajadores extranjeros.
- Fortalecer los métodos de selección de trabajadores extranjeros y gestionar mejor su colocación laboral, respondiendo a las necesidades del mercado laboral italiano.
- Elaborar y compartir herramientas técnicas (tarjetas profesionales, listas de trabajadores, estándares de formación, etc.) para una planificación integrada de los flujos migratorios por motivos de trabajo.
- Intercambiar experiencias y buenas prácticas.

Colaborando Italia con cada uno de los Estados con los que ha suscrito los Convenios, se desarrollan más específicamente proyectos que tienen como objetivo promover la formación y la orientación profesional y lingüística de los nacionales de los terceros países, con el fin de aumentar sus habilidades y cualificaciones profesionales, y con ello sus oportunidades de empleo. Además, se impulsan acciones de formación dirigidas a instituciones de terceros países que se ocupan de la gestión de los flujos migratorios o de los servicios de formación y empleo, para hacer más efectivas las vías de movilidad e integración laboral.

Las actividades descritas se gestionan por la Dirección General de Políticas de Inmigración e Integración del Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales.

5. LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN DE CIUDADANOS EXTRACOMUNITARIOS EN ITALIA. REFERENCIA AL COLECTIVO DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

5.1. Datos generales

El Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales de Italia, tras agrupar datos de diversas fuentes institucionales, incorporó en un informe las características y los procesos de integración de cada una de las 16 comunidades nacionales más numerosas en Italia, esto es, las de Albania, Bangladesh, China, Ecuador, Egipto, Filipinas, India, Marruecos, Moldavia, Nigeria, Paquistán, Perú, Senegal, Sri Lanka, Túnez y Ucrania. Por consiguiente, a continuación, seguiremos las conclusiones de dicho informe para ofrecer una información más precisa.

En enero de 2021 (último dato publicado) había 3.373.876 ciudadanos no pertenecientes a la UE que residían -legalmente- en Italia, principalmente de Marruecos, Albania, China y Ucrania, acumulando el 38% de las presencias. Existía un equilibrio de género casi total, ya que el porcentaje del 50,5% correspondía a hombres, y el 49,5% a mujeres. Según los datos facilitados por el Instituto Estadístico italiano ISTAT, en dicha fecha había aproximadamente 5,2 millones de ciudadanos extranjeros, que representaban el 8,7 % de la población residente. El 83,4% de los ciudadanos extranjeros se concentraban en el Centro-Norte del país.

En el citado año 2021 se expidieron 241.595 permisos de residencia, superando en 135.000 los del año anterior. El aumento registrado de entradas retomó valores similares a los de 2018,

recuperando el número de autorizaciones los niveles previos a la pandemia. Con el estallido del conflicto en Ucrania, que obligó a muchas personas a abandonar su país, este colectivo ha crecido en Italia. A finales de septiembre de 2022 había 159.000 solicitudes de protección temporal.

Entre las cinco principales regiones de residencia de extranjeros se encuentran Lombardía, Lacio, Emilia-Romaña, Véneto y Toscana.

La población extracomunitaria es más joven que la italiana. Hay 744.302 menores, que equivalen al 22,1% de la población extracomunitaria, frente al 16,2% de los ciudadanos italianos. La proporción de menores es más alta entre los nacionales de Marruecos (28,8 %), de Egipto (34,1 %) y de Túnez (28,5 %).

Para la mayoría de las nacionalidades, los principales motivos de entrada a Italia son familiares, que alcanzan la máxima incidencia, por encima del 80% para Sri Lanka (89%), Marruecos (85,4%), Filipinas (84,3%) y Ecuador (80%). Las excepciones a ello se encuentran en la comunidad china para la que el 50% de las admisiones son con fines de estudio y la pakistaní para la que se registran numerosas solicitudes de entrada como una forma de protección.

El importante grado de integración de la población extracomunitaria en Italia también se reflejó en el aumento constante de la proporción de titulares de permisos de residencia de larga duración sobre el total de residentes legales. En enero de 2021 era de 64,4%, siendo las comunidades que aportan una mayor proporción de residentes de larga duración la moldava, ecuatoriana, ucraniana, tunecina, marroquí, filipina y la peruana.

Los permisos de estudio otorgados, más que se duplicaron con respecto al año anteriores, pero aún no han retornado a los niveles de 2019 y 2018. Los permisos para familias también se duplicaron, alcanzándose el pico más alto desde 2012.

El número de nuevas entradas creció para todas las comunidades principales, pero la primacía perteneció a Ucrania, que registró un aumento de un 209% entre 2020 y 2021.

5.2. Los principales indicadores laborales sobre los ciudadanos extracomunitarios en Italia

En 2021 se emitieron 51.019 nuevos permisos para actividades laborales, un número mayor de los que se habían emitido en todo el cuatrienio anterior, que fueron menos de 48.500, representando más de 21% de los nuevos permisos aprobados, cuota récord dado que desde 2015 nunca habían superado el 10% del total.

El 7,1 % de los trabajadores registrados en Italia son de nacionalidades no comunitarias. No obstante, en el año 2020 se observó un cambio importante en las tendencias del mercado laboral consolidadas en la última década, mostrando una caída del empleo y un aumento de la inactividad para el conjunto de la población extracomunitaria.

En 2021 la tasa de empleo de los extranjeros, que era del 61,4 %, a pesar del crecimiento más intenso, siguió siendo inferior a la de los ciudadanos italianos, de un 62,9 %. La tasa de empleo femenina de este colectivo resultaba equivalente al 41,5% del total de ciudadanos extracomunitarios, siendo mayor en las comunidades filipina (72,5%), peruana (63,2%), ucraniana (61,9%) y china (59,6%), mientras que ese porcentaje era mínimo en las comunidades pakistaní (4,3%), de Bangladesh (5,8 %) y de Egipto (7,8 %).

Las oportunidades de empleo para los ciudadanos extranjeros con residencia legal aumentaron en Italia, pero no así su estabilidad. El informe de Caritas-Migrantes[20] así lo señaló. Asimismo, en el primer trimestre de 2022, los datos del ISTAT mostraron un crecimiento del 1,5% en la tasa de empleo

[20] Vid. XXXI Rapporto Immigrazione 2022. Caritas Italiana e Fondazione Migrantes.

de los trabajadores extranjeros de entre 20 y 64 años. Incluso más significativo que el registrado entre los trabajadores italianos que alcanzó el 0,8%.

En el periodo contemplado, la tasa de paro aumentó más para los extranjeros, en un +1,1%, que para los trabajadores italianos, de +0,1%, presentando aquellos un indicador del 14,4%, significativamente superior al de los italianos, de un 9%. La tasa de inactividad de los extranjeros de entre los 15 y 64 años era del 32,4%, inferior a la de los italianos, del 35,9%, con diferencias más marcadas en el Sur. Merece atención la inactividad femenina, que para muchas comunidades extranjeras alcanzaba valores bastante negativos, con más del 80% de las mujeres egipcias, pakistaníes, indias y de Bangladesh, con edades comprendidas entre los 15 y los 64 años, en situación de inactividad.

El protagonismo de la población extracomunitaria en el ámbito emprendedor también era significativo, registrándose a principios de 2021 un total de 498.349 empresas lideradas por personas extracomunitarias, un 2,5% más que el año anterior. En conjunto, representaban el 8,2% de las empresas del país.

6. EL SEGUIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LAS INSUFICIENCIAS DEL MERCADO DE TRABAJO Y DE LA INTEGRACION SOCIOLABORAL DE LOS EXTRANJEROS

Existen diversos mecanismos de carácter permanente desarrollados por el Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales para desarrollar la gestión migratoria, y para detectar las insuficiencias y las necesidades de trabajadores en el mercado de trabajo. Para ello, la Dirección General de Inmigración y Políticas de Integración, lleva a cabo las siguientes funciones:

- Elabora publicaciones semestrales y anuales relativas a la recogida y el análisis de datos sobre la presencia extranjera en el ámbito del empleo italiano, y a la importancia que los ciudadanos no comunitarios tienen en el mercado de trabajo.
- Colabora con las demás Administraciones competentes, como el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación Internacional, el Ministerio del Interior, o el Ministerio de Políticas Agrícolas, Alimentarias y Forestales, en la programación anual de los flujos de entrada por motivos de trabajo, que se realiza mediante los DdF.
- Destaca las necesidades internas del mercado laboral italiano mediante una amplia consulta con las regiones, las asociaciones empresariales y las principales organizaciones sindicales, y supervisa el uso de las cuotas de entrada para fines laborales, analizando en tiempo real la evolución de los flujos, también con vistas a la futura programación.
- Distribuye la cuota máxima de entradas establecida en el DdF a las Oficinas territoriales de trabajo, teniendo en cuenta la demanda de mano de obra comunicada por esas Oficinas a raíz de consultas territoriales con entidades locales y agentes sociales.

En lo que atañe a la integración sociolaboral de los extranjeros, el Ministro de Trabajo y Políticas Sociales (durante el mandato de Mario Draghi), el Presidente de la Conferencia de Regiones y Provincias Autónomas, y el Delegado de Inmigración de la Asociación Nacional de Municipios Italianos, firmaron una Declaración de intenciones el 19 de abril de 2022, que tuvo como objetivo central la voluntad de unir fuerzas para promover la integración de los inmigrantes.

El documento reconoció la importancia de la dimensión regional y urbana en los procesos de integración de los ciudadanos extranjeros, en particular los que acuden a trabajar, y de sus familias, y la necesidad de enfoques dedicados a las especificidades locales. El Gobierno central se comprometió a fortalecer las acciones conjuntas en materia de integración, y a actuar de manera coordinada con la programación de los fondos y los objetivos compartidos trazados en el Marco Estratégico 2021-2027 y en el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia sobre políticas de inclusión, de cohesión, sociales y laborales.

Hace años que en Italia existe una positiva colaboración sobre políticas de integración entre el Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales, las Regiones y los Municipios. En particular, los objetivos que se pretenden son:

- Promover políticas comunes para la integración sociolaboral de los ciudadanos extranjeros, con atención a los colectivos vulnerables como los trabajadores extranjeros en condiciones de desventaja y explotación, las mujeres, los titulares de diversas formas de protección, o los menores en transición a la edad adulta. Esas actuaciones se llevan a cabo financiadas mediante el uso coordinado e integrado de los fondos europeos, nacionales y locales, disponibles en la actualidad para el ciclo de programación comunitaria 2021-2027.
- Intensificar el intercambio de buenas prácticas a nivel nacional, regional y local en el campo de la integración, y también a través de intervenciones de desarrollo de la formación, que puedan favorecer la acogida de las mejores experiencias en diferentes áreas.
- Aumentar la capacidad de análisis y la recopilación de datos comunes sobre la integración e inclusión sociolaboral de los ciudadanos migrantes a nivel nacional y local.

Clásicos de la Seguridad Social

Laborum

nº 33 (4º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

EFRÉN BORRAJO DACRUZ (1928-2022): la construcción del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social desde el "personalismo jurídico", el normativismo realista y el "Derecho vivo del Trabajo"

EFRÉN BORRAJO DACRUZ (1928-2022): the construction of the Social Law of Labor and Social Security from "legal personalism", realistic normativism and the "Living Law of Labour"

José Luis Monereo Pérez

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

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L.: «Efrén Borrajo Dacruz (1928-2022): la construcción del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social desde el "personalismo jurídico", el normativismo realista y el "Derecho vivo del Trabajo"». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 33 (2022): 275-308

Resumen

Efrén Borrajo Dacruz fue un gran jurista al que corresponde adecuadamente la calificación de "clásico del Derecho Social". Algunas de sus aportaciones han sido determinantes para el desarrollo de la disciplina del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social. No se puede ignorar que Efrén Borrajo tenía una especial afinidad con el Derecho de la Seguridad Social, del es reconocido como uno de los más grandes cultivadores. Afirmación que se sostiene y demuestra fácilmente atendiendo a su contribución decisiva sobre la materia desde el enfoque histórico-jurídico hasta el análisis de teoría general (y constitucional) de la Seguridad Social y culminando en el estudio (técnico-jurídico y de política del Derecho) de prácticamente todos los aspectos más relevantes del régimen jurídico del Sistema institucional de la Seguridad Social y de su Sistema de prestaciones (acción protectora) en términos de completitud en el tratamiento. Y teniendo en cuenta una producción abundantísima en la materia, caracteriza por la precisión, el rigor analítico y la constante atención el "Derecho Vivo" en la dinámica del Derecho, señaladamente en su realización judicial.

Abstract

Efrén Borrajo Dacruz was a great jurist who appropriately corresponds to the qualification of "classic of Social Law". Some of its contributions have been decisive for the development of the discipline of Social Labour Law and Social Security. It cannot be ignored that Efrén Borrajo had a special affinity with the Social Security Law, of which he is recognized as one of the greatest growers. This assertion is easily sustained and demonstrated by taking into account its decisive contribution on the subject from the historical-legal approach to the analysis of general (and constitutional) theory of Social Security and culminating in the study (technical-legal and legal policy) of practically all the most relevant aspects of the legal regime of the Institutional System of Social Security and its Benefit System (protective action) in terms of completeness of treatment. And taking into account a very abundant production in the matter, the "Living Law" is characterized by precision, analytical rigor and constant attention in the dynamics of the Law, especially in its judicial realization.

Palabras clave

Ciencia y metodología jurídica; Derecho Social del Trabajo; Derecho de la Seguridad Social; protección social pública; historia de las ideologías jurídicas; Derecho Vivo del Trabajo

Keywords

Legal science and methodology; Social Labour Law; Social Security Law; public social protection; history of legal ideologies; Living Labour Law

"La doctrina jurídica, en ordenamientos de nuestro tipo, interviene en el proceso de creación del Derecho; y, en algunos sectores, interviene como protagonista"
GIOVANNI TARELLO[1]

1. LA PERSONA Y LA VOCACIÓN

Efrén Borrajo Dacruz, nació en Xunqueira de Ambía, Ourense, 28 de mayo de 1928. Falleció en Madrid el 3 de mayo de 2022. Bachiller por el Instituto de Enseñanza Media de Orense, hoy IES Otero Pedrayo, con Premio Extraordinario en el Examen de Estado (1946, 16 de julio). Licenciado por la Universidad de Santiago, con matrícula de honor en todas las asignaturas, premio extraordinario y premio nacional fin de carrera. Discípulo de Álvaro D'Ors Pérez-Peix, Ramón Prieto Bances, Laureano López-Rodó, Luis Legaz Lacambra y Camilo Barcia Trelles (1951). Cursó el doctorado en la Universidad de Santiago (1951-1952). Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid. Tribunal presidido por Federico de Castro y Bravo. Tesis: *La imputación del pago: (estudio histórico-crítico)*. Calificación de sobresaliente (1952, 4 de julio).

En cuanto a su trayectoria universitaria, cabe retener lo datos siguientes: Ayudante en la Universidad de Santiago (1951-1952). Profesor adjunto de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de Madrid (1953-61). Discípulo de Eugenio Pérez Botija. Opositó a varias cátedras de la disciplina: Madrid (1954), Barcelona y Sevilla (1957). Fue nombrado catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Valencia (OM 1961, 15 de marzo). Fue decano de la Facultad de Derecho de esa Universidad. Puso en marcha las nuevas instalaciones de la facultad (1963), abiertas al denominado entonces Paseo al Mar, y la implantación del revolucionario plan de estudios, con especialización en los cursos cuarto y quinto (1965). Fue Director promotor de la Facultad de Económicas valentina, de la que fue su primer director gerente, con una fuerte presencia del Derecho Sindical, del Trabajo y de la Seguridad Social. Asimismo, fue Profesor en las Escuelas Sociales de Valencia (1962) y Madrid (1970). Finalmente, sería nombrado catedrático de Política Social y Derecho del Trabajo de la Facultad de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales de la Universidad de Madrid (Orden de 1967, 4 de abril). Sería, igualmente, Profesor numerario, responsable de Área, en el Centro Universitario de Estudios Financieros (CUNEF, Madrid); Vicerrector de la UNED, primero con el rector Juan Díez Nicolás (15.03.1974/25.04.1974) y después con Tomás-Ramón Fernández (13.01.1978/12.11.1982), conectó con su rama jurídico-laboral de la Complutense. Se jubiló en 1999, continuando como emérito. Sería profesor del CEU (2001).

Abogado español y catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad Complutense y uno de los más destacados publicistas en dicha especialidad jurídica. Licenciado en Derecho con premio extraordinario, obtuvo también el Premio Nacional Fin de Carrera y el Victor de Oro al Mérito Profesional. Prestó servicios como colaborador en el Instituto Balmes, en la Sección de Estudios Sindicales y Laborales, bajo la dirección de Eugenio Pérez Botija (Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad Central de Madrid).

Fue catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Valencia y poco después, fue elegido decano de su Facultad, en la que, además, participó en la fundación de la Facultad de Económicas, de la que fue el primer director gerente. Desde 1967 adquirió la condición de catedrático de Política Social y Derecho del Trabajo en la Universidad Complutense de Madrid y ocupó varios altos cargos en el Ministerio de Trabajo, desde donde impulsó la promoción social en España y fue el mentor de la legislación laboral básica, que aún hoy prevalece. Como Director General de Promoción Social destacó su contribución al Programa de Promoción Profesional Obrera (el popular PPO) con

[1] Tarello, G.: *Teorías e ideologías en el Derecho Sindical,* traducción de la 2ª edición italiana ampliada y estudio preliminar, "Cultura jurídica y pluralismo jurídico-sindical en Giovanni Tarello" (pp. VII-XCV), a cargo de J.L. Monereo Pérez y J.A. Fernández Avilés, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, pp. 145-146.

la creación de Centros de Promoción Profesional y Social, los Programas de Promoción de la Mujer Rural y la implantación de la red de Universidades Laborales.

Ha escrito artículos sobre Derecho en varias publicaciones, como el diario "El País" y ha publicado más de veinte libros (algunos con tirada superior al millón de ejemplares). Fundó la prestigiosa revista "*Actualidad Laboral*" de la editorial La Ley Actualidad, de aparición semanal desde 1984 y de la que fue su presidente.

Fue Funcionario de la Administración de la Seguridad Social, vinculado al Instituto Nacional de Previsión (1955), participó en el desarrollo del Seguro Escolar. Al tiempo recibiría la Medalla de oro del INP (1970).

Asimismo, tuvo la condición de Profesor de Derecho del Trabajo en la Academia de San Raimundo de Peñafort del SEU, Madrid (adscrita a la Facultad de Derecho), para estudiantes trabajadores que sólo podían acudir a clases nocturnas (1958). Condecorado con la Orden de Alfonso X el Sabio, medalla y placa (1967) y Gran Cruz (1973), la del Mérito Civil (1970), la del Mérito Militar (1971) y la de San Raimundo de Peñafort, así como Gallego de Oro al mérito Jurídico. Madrigallego de Oro al mérito Jurídico (2001) y Premio de Mejor laboralista (2011), por la Asociación Nacional de Laboralistas.(ASNALA).

Asumió el cargo, por otra parte, de Director del Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social (21 de marzo de 1975-octubre de 1976). Vocal de libre designación en el Patronato del Centro Nacional de Investigaciones para el Desarrollo de la Educación (1972 y 1973). Consejero Nacional de Educación en representación del Ministerio de Trabajo (1975-1976).

Efrén Borrajo fue un gran jurista al que corresponde adecuadamente la calificación de "clásico del Derecho Social". Algunas de sus aportaciones han sido determinantes para el desarrollo de la disciplina del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social, como "Introducción al Derecho del Trabajo" (base de la formación de muchas generaciones de juristas)[2]; "Estudios jurídicos de previsión social"; "Sindicalismo obrero en Francia" (aunque menos citado, un libro importante por su metodología y contenido, ya que alumbraba la experiencia próxima del desarrollo histórico del sindicalismo francés con un planteamiento moderno para la época en nuestro país); "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo" (Un Prólogo a la obra de F. Santoro Passarelli de gran calidad para la ciencia y metodología del Derecho del Trabajo en nuestro país); "Accidentes de Trabajo y Extranjería"; "El nacimiento ideológico y la situación social en la España de 1902"; "De la previsión social a la protección en España: Bases histórico-institucionales hasta la Constitución"; "Fundamentos de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900)", etcétera.

[2] En las primeras ediciones se denominaba "Introducción al Derecho Español del Trabajo"; posteriormente en el periodo postconstitucional pasó a denominarse "Introducción al Derecho del Trabajo". En el Prólogo a la quinta edición de 1988, da cuenta de los cambios disruptivos: "El Derecho español del trabajo está, de nuevo, sometido a un profundo proceso de transformación; en buena medida, a resultas de los dos fenómenos político-jurídicos siguientes: de una parte, la entrada en vigor y desarrollo por vía legislativa y por la aplicación de los Tribunales de Justicia, en especial el Tribunal Constitucional, de la Constitución de 1978; de otra parte, a resultas del ingreso de España en la Comunidad Europea, con la consiguiente aceptación de una nueva tabla de principios jurídico-políticos y, con ella, la aplicación directa o diferida de las normas comunitarias, a tenor de su naturaleza y grado de preceptividad". Destacaba la aprobación del Estatuto de los Trabajadores y la Ley Orgánica de Libertad Sindical. "En ambos casos, con desigual extensión por razones obvias de tiempo, la aplicación judicial ha desarrollado el tejido normativo que posibilita el análisis y, en su caso, la construcción doctrinal. Con este telón de fondo se presenta la quinta edición de mi *Introducción al Derecho del Trabajo,* detenida voluntariamente en 1977, pese a que la demanda forzó, después de muchas dudas y vacilaciones, a una reimpresión. El impulso final me es grato declarar que ha venido de un grupo de compañeros y, en 1986-1987, de la petición generalizada de los alumnos de dicho curso…". Este Prólogo a la quinta edición se recoge en posteriores ediciones, la cita procede de Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho Español del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011 [p.19].

No se puede ignorar que Efrén Borrajo tenía una especial afinidad con el Derecho de la Seguridad Social, del cual es reconocido como uno de los más grandes cultivadores. Afirmación que se sostiene y demuestra fácilmente atendiendo a su contribución decisiva sobre la materia desde el enfoque histórico-jurídico hasta el análisis de "teoría general" (y constitucional) de la Seguridad Social y culminando en el estudio (técnico-jurídico y de política del Derecho) de prácticamente todos los aspectos más relevantes del régimen jurídico del Sistema institucional de la Seguridad Social y de su Sistema de prestaciones (acción protectora) en términos de completitud (o complitud en el uso habitual del lenguaje jurídico) en el tratamiento integral. Y teniendo en cuenta una producción abundantísima en la materia, caracteriza por la precisión, el rigor analítico y la atención el Derecho Vivo en la dinámica del Derecho, señaladamente en su realización judicial. Un hito al respecto son sus "Estudios jurídicos sobre previsión social", pero también sus trabajos sobre accidentes de trabajo y sobre la historia de los seguros sociales, la previsión social (seguros sociales racionalizados, coordinados y orientados hacia la unificación) y del Derecho de la Seguridad Social (donde mostró su condición de gran investigador en la historia en la historia de la formación de la Seguridad Social en España); y los relativos a la transición del modelo de la dictadura franquista al sistema constitucional de garantía de la Seguridad Social, así como el proceso de consolidación del nuevo modelo legal a través de un conjunto de reformas que serían planificada en virtud del proceso político institucional del "Pacto de Toledo" iniciado en 1995.

En toda su producción se aprecia la perspectiva del "Derecho vivo" del Trabajo y de la Seguridad Social, transitando de una materia a otra en el diálogo entre la norma y su aplicación judicial. Es suficiente observar su producción siempre muy lúcida en la revista *Actualidad Laboral,* la cual creó y dirigió y donde publicó asiduamente hasta su cierre por decisión unilateral de la editorial.

Asimismo, son aportaciones imprescindibles las obras colectivas que coordinó -lo que en sí mismo evidencia su liderazgo y reconocimiento doctrinal- aglutinando a la mejor doctrina científica del momento, señaladamente: "Nueva sociedad y Derecho del Trabajo" (2004); "Derecho vivo del Trabajo y Constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González" (2003); "Trabajo y libertades públicas" (1999); "El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos" (1995); "La reforma del Estatuto de los Trabajadores (Ley 11/1994, de 19 de mayo, y normas concordantes)" (1994), Efrén Borrajo Dacruz (Coord.), Madrid, EDERSA (Editorial Revista de Derecho Privado), 1994, 2 Tomos (el Tomo I, desdoblado en dos extensos volúmenes: Vol. 1º y Vol. 2º); *"Accidentes de Trabajo y Mutuas"* (2008); "Mujer, Trabajo y Seguridad Social" (2010).

Por tanto, debe destacarse su papel en la dirección y coordinación de obras colectivas de gran relevancia, las cuales han sido obras renovadoras y reconstructivas del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social. No se trata, ésta, desde luego, de una labor en absoluto menor. Supo elegir a aquellos investigadores más destacados en cada momento sobre cada una de las materias objeto de análisis.

En una producción tan rica y diversificada -como es la de Efrén Borrajo- no es fácil establecer una selección, porque su tarea investigadora incide prácticamente en todos los ámbitos fundamentales del saber sobre el Derecho Social del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social. En estas dos disciplinas del Derecho Social (que son una típica especificación de la forma política del Estado Social de Derecho ex artículos 1 y 9.2 de la Constitución) ha sido un referente permanente y de consulta obligatoria. En otras palabras: un clásico del Derecho Social y de la política social.

Existe una perceptible secuencia histórica que va desde los grandes maestros fundadores más inmediatos de creación del Derecho Social en España como disciplina académica (Eugenio Pérez Botija y Gaspar Bayón Chacón, éste último fue discípulo directo de ese jurista eminente que fue Adolfo Posada[3]) hasta sus tres grandes continuadores y sucesores universitarios (Manuel Alonso Olea,

[3] Posada, A.: *Fragmentos de mis memorias,* Oviedo, Universidad de Oviedo, 1983, p.347; Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Prólogo de Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo

Manuel Alonso García y Efrén Borrajo de Dacruz). Pero, en este contexto, no se puede desconocer que Efrén Borrajo "creó Escuela". Esa Escuela no es otra que la "*Escuela Valenciana de Derecho del Trabajo*", una Escuela de referencia doctrinal en nuestro país (con especial vinculación con él -y especialmente representativa de ella- de Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco). Aparte de esta Escuela científico académica no se puede ignorar tampoco que prestigiosos Maestros iuslaboralistas -como de manera especialmente destacada José Vida Soria-, siempre le reconocieron públicamente como uno de sus Maestros [(el Profesor Vida, reconoció a dos grandes Maestros Gaspar Bayón Chacón y Efrén Borrajo Dacruz. De ello puedo dar constancia personal ("testifical", por así decir), después de una trayectoria profesional que va por el camino y experiencia vital de cuarenta y tres años de vida universitaria)]. No es de extrañar que el Profesor Efrén Borrajo Dacruz haya sido un asiduo visitante en la Universidad de Granada, impartiendo conferencias y seminarios. Pero también presidiendo Tribunales de Tesis doctoral de miembros, por entonces jóvenes, de la "Escuela Granadina" de Derecho Social. Como también el que muchos de nosotros participáramos en obras colectivas por él dirigidas o coordinadas y en actividades por él organizadas en diversos ámbitos institucionales, territoriales y profesionales.

2. PENSAMIENTO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

2.1. Introducción

Efrén Borrajo reconocía como sus maestros a Eugenio Pérez Botija y a Gaspar Bayón Chacón, quizás señaladamente al primero[4].

En lo que él mismo denominara su "testamento profesional", señalaba que el fruto de esta larga y anchísima exploración vital de su vida académica y de abogacía le había llevado a sostener las siguientes afirmaciones:

1. La vida del Derecho en general; y del Derecho del Trabajo en particular, está en su aplicación.
2. La ley solo hace Derecho cuando se convierte en jurisprudencia.
3. La jurisprudencia cambia, tiene Historia, pero también tiene Biografía.
4. Es más, cada día, o, al menos, cada mes, las sentencias sociales relevantes, innovadoras, son sentencias de Autor. Por eso Actualidad Laboral da a conocer los nombres de sus Ponentes; y los nombres de los Sres. magistrados que sostienen Votos particulares disidentes en esas sentencias germinales[5].

Se interrogaba Borrajo en los siguientes términos: "¿Cuál es o, cómo se apunta, o cómo se mueve, el Nuevo Derecho del Trabajo? Hoy, más que nunca están en colisión el principio pro operario y el principio de rendimiento. En el centro del conflicto, al ser la zona vital, las medidas políticas que se ofrecen como solución, giran sobre el sí o el no del derecho de estabilidad en el empleo".

y Asuntos Sociales, 2003, pp. 32 y ss., 467 y ss., en particular p. 43. Adolfo Posada - cuyo nombre completo era Adolfo González Posada y Biesca-, es uno de los más grandes iuspublicistas europeos entre los dos siglos, que contribuyeron a cerrar y abrir una época en los modos de pensar jurídico y político. Participó activamente en la materialización teórica y legislativa del Nuevo Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social (que incluye su participación en la elaboración del "Instituto del Trabajo", y su pertenencia desde su origen en el Instituto de Reformas Sociales y en el Instituto Nacional de Previsión.

[4] Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, p. XXI.

[5] Palabras de D. Efrén Borrajo Dacruz al recibir el Premio al Mejor Laboralista 2011. "TESTAMENTO PROFESIONAL". https://www.asnala.com/noticia/palabras-de-d-efren-borrajo-dacruz-al-recibir-el-premio-al-mejor-laboralista-2011/asnala (Asociación nacional de Laboralistas).

Él reivindica el principio de estabilidad en el empleo y su centralidad en la lógica garantista del ordenamiento laboral[6].

2.2. Ciencia jurídica y metodología del Derecho del Trabajo

> *"La importancia de unos presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo es incontestable. Porque sólo sobre las discriminaciones histórico-sociales previas a la consideración del "conjunto de principios y normas" en que se manifiesta el Derecho del Trabajo, podremos entender plenamente la peculiar contextura de éste, sus cambios y naturaleza, sus líneas de transformación futura previsibles y, en fin, su razón histórica"*
>
> EFRÉN BORRAJO DACRUZ[7]

Efrén Borrajo adopta una metodología propia de un normativismo realista, pluralista e interdisciplinar. En la "Nota preliminar" de su libro clásico "Introducción al Derecho del Trabajo", observa sobre el método que el dato jurídico-laboral estricto se ofrece enmarcado, en gran medida, en sus bases político-sociales y económicas, y uno y otras dentro de una línea histórica. Las razones de tal método de exposición son las siguientes: en primer lugar, se cree que el Derecho del Trabajo, como cualquier otra rama del Derecho positivo, opera en un medio concreto, por lo que las normas que tratan de realizar la "idea social de Justicia" atiende, con mayor o menor fortuna en un afán de objetividad, a la circunstancia de la realidad, que pretenden modelar; en segundo lugar, esta exigencia de comprensión histórica, útil siempre para el estudio del Derecho positivo, resulta" imprescindible en las Facultades de Derecho y especialmente imperiosa en las Facultades de Ciencias Políticas, Económicas y Empresariales[8].

Con esta premisa -y manteniendo el criterio fundamental de las primeras ediciones de la "Introducción al Derecho Español del Trabajo"- entiende que el Derecho constituye un todo unitario, y en su manifestación más característica como legislación o disposiciones generales emanadas del Estado, aparece visiblemente como una solución política, en nombre de una idea de Justicia, a los problemas sociales. Ahora bien, reconocida la unidad esencial del Derecho positivo, su división puede conseguirse atiendo principalmente a dos grandes criterios: un criterio material o de contenido, por un lado, y por otro, un criterio ideológico, según la idea de la Justicia que las normas positivas tratan de realizar -o servir-[9]. En particular, el signo que pueda tener el Derecho del Trabajo vigente

---

[6] Palabras de D. Efrén Borrajo Dacruz al recibir el Premio al Mejor Laboralista 2011. "TESTAMENTO PROFESIONAL". https://www.asnala.com/noticia/palabras-de-d-efren-borrajo-dacruz-al-recibir-el-premio-al-mejor-laboralista-2011/asnala (Asociación nacional de Laboralistas).

[7] Borrajo Dacruz, E.: *Sindicalismo obrero en Francia,* Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas/ Instituto Balmes de Sociología, 1956, p. 17, con apoyo doctrinal en Pérez Botija, E.: *El Derecho del Trabajo,* Madrid, 1947; Pérez Botija, E.: *Curso de Derecho del Trabajo,* 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1950.

[8] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho Español del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 4ª ed., 1975, reimpresión, 1978, pp. 4-5. Adviértase que las cuatro primeras ediciones (más allá de las reimpresiones) se publicaron en una etapa pre-constitucional.

[9] En esta concepción la influencia de pensadores como Gustav Radbruch o Francesco Carnelutti (más adelante se indicará también la influencia de Gurvitch, en lo que se refiere a la concepción general y específica del Derecho Social, proyectada al Derecho Social del Trabajo; fórmula, ésta que utilizan, no sólo Radbruch o Gurvitch, sino también pensadores de la República de Weimar, señaladamente, Hugo Sinzheimer, iussocialista eminente de la época y artífice -y no sólo inspirador- del núcleo fundamental de la constitución democrático-social del trabajo diseñada aquélla Constitución de la República de Weimar de 1919). Y todos ellos por los grandes fundadores Anton Menger y Otto von Gierke… Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, espec., pp. 21 y ss., 79 y sigs., y 191 y ss.; Menger, A.: *El Derecho Civil y los Pobres,* trad. Adolfo Posada, revisión, edición crítica y estudio preliminar, "Reformismo social y socialismo jurídico: Antón Menger y el socialismo jurídico en España" (pp. 7-114), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998; Gierke, O. v.: *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, trad. J. M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, "La teoría jurídica y social de Otto von Gierke", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2015; Gierke, O. v.: *La raíces del contrato*

(individualista, colectivista, o social o personalista) está condicionado por la historia. Ésta puede informar, en cada momento dado, sobre la idea de Justicia que inspira las normas que, también en ese momento, quieren lograr un orden en paz en un sector determinado de relaciones de la vida del hombre en sociedad. Por tanto, considera, que el concepto y la delimitación ideológica y material del Derecho Social del Trabajo sólo se alcanzarían después de un estudio histórico-jurídico, así como al cerrar el estudio sistemático de sus pretendidas instituciones, en un esfuerzo de recapitulación y síntesis racionalizadora[10].

En realidad, según pensaba Borrajo ya desde la fase inicial de sus tareas investigadoras, "el Derecho positivo, y no sólo el Derecho civil, es, simplemente y siempre, la solución a los problemas sociales o problemas de la convivencia entre los hombres impuesta en nombre de la idea de justicia socialmente vigente por el cuidador de la paz social. O, en términos más breves, el Derecho positivo es una solución política a un problema social"[11]. Es el caso también, e inevitablemente, del Derecho Social del Trabajo.

Efrén Borrajo hace notar que, en primer lugar, que el Derecho Social del Trabajo vigente aparece como un conjunto sistemático de normas que tratan de realizar o servir la idea social de Justicia; se integra, así, en esa gran corriente ideológica que se conoce con el nombre de "Derecho social" (individualismo social[12], personalismo[13]). En segundo lugar, el Derecho Social del Trabajo es

de servicios, trad., y comentario crítico de G. Barreiro González, Madrid, Civitas, 1982; Monereo Pérez, J. L.: El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto Von Gierke. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *10*(2), (2020), 682- 735. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5080; Gurvitch, G.: *La Idea del Derecho Social. Noción y Sistema de Derecho Social. Historia Doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX,* edición, traducción y estudio preliminar, "La Idea del "Derecho Social" en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch" (pp.VII-LV) de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005; Monereo Pérez, J.L.: *Pluralismo jurídico y Derecho social: la sociología del Derecho de Gurvitch,* estudio preliminar a Gurvitch, G.: *Elementos de sociología jurídica,* edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, pp. 13-146; Monereo Pérez, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021. Para las referencias a Francesco Carnelutti, véase Carnelutti, F.: *Teoría General del Derecho&Metodología del Derecho,* trad. Carlos G. Posada, revisión, edición y estudio preliminar, "La teoría del Derecho de Francesco Carnelutti" (pp.VII-LXX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003.

[10] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 82-83.

[11] Borrajo Dacruz, E.: *Sindicalismo obrero en Francia,* Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas/ Instituto Balmes de Sociología, 1956, p. 16. El punto de partida: el "problema social respecto al que el Derecho del Trabajo fue, y aun es, la primera y más grande respuesta o solución política: la cuestión social abierta en torno a la persona humana del trabajador asalariado" (*Ibid.,* p. 17).

[12] La expresión de «individualismo social» en RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, trad. (sin constancia del traductor, Atribuida a José Medina Echavarría), Madrid, 1944, p. 88. Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho,* 4ª ed., (Originariamente publicada por Edersa en 1944, con ediciones posteriores, sin constancia del traductor, Atribuida a José Medina Echavarría), revisión, edición crítica y estudio preliminar, "La filosofía del Derecho de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política" (pp. XVII-XIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1999. Sobre la filosofía del Derecho social en Gustav Radbruch. Véase, *in extenso* Monereo Pérez, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch,* Barcelona, Ediciones de Intervención cultural/El Viejo Topo, 2020.

[13] La influencia en Efrén Borrajo de la doctrina social de la Iglesia y el personalismo del catolicismo social es explícita en muchos de sus ensayos. Por ejemplo, Borrajo Dacruz, E.: «Los supuestos ideológicos del Derecho del Trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 57 (1960), pp. 4-24 [Podría citarse, asimismo, Borrajo Dacruz, E.: "La configuración comunitaria de la empresa", en *Revista de Política Social,* núm. 81 (1969)]. Con referencias - que encabezan la cita del referido artículo indicado en primer lugar- a la Encíclica "Mater et Magistra" de Juan XXIII y a la Encíclica "Rerun Novarum" de León XIII. Vinculado todo ello a su concepción de los orígenes de un "Derecho personalista del trabajo". Hace notar Borrajo, al respecto, que "el Derecho personalista del trabajo no se caracteriza, sin más, por tener una distinta motivación, por su razón de ser espiritual y no material, voluntaria y no forzosa; ha de tener instituciones jurídicas en las que el trabajador se sienta a sí mismo tratado conforme a su dignidad personal, es decir, en las que sienta la fuerza de su libertad y con ella, tome conciencia de su dignidad". (*Ibid.,* pp. 22-23). En el enfoque utópico de la teoría personalista del trabajo, él pudo afirmar que "la transformación del contrato de trabajo en un contrato de sociedad, sería, precisamente, la vía de superación del viejo Derecho individualista del trabajo. Con

el conjunto sistemático de normas que regulan las relaciones sociales que tienen su *presupuesto* en la prestación de servicios profesionales privados por cuenta ajena. Es así, que al unir los resultados de la caracterización ideológica y los de la material del Derecho Social del Trabajo, éste se presentaba, como el conjunto sistemático de normas que, de acuerdo con la idea social de la justicia, regulaba las relaciones sociales que tienen su presupuesto en la prestación de servicios profesionales privados por cuenta ajena[14].

Sin embargo, precisamente teniendo en cuenta la historicidad de esta disciplina jurídica, desde fechas recientes (desde los años ochenta en Inglaterra o EEUU; en España, desde 1994), esta configuración sólo puede referirse al Derecho clásico del Trabajo construido sobre el firme pilar del principio "pro operario"; primacía del favor hacia el trabajador individualmente considerado. El nuevo Derecho recoge oficialmente factores de carácter socioeconómco; prima los principios de competitividad de la empresa; ve en ésta un agente económico con sus propias exigencias, que la ley ha de respetar. Combina, pues (mal que bien), el principio "pro operario" con el principio pro empresa o "pro mercado", en busca de un equilibrio de intereses individuales y generales, que resucitan el viejo principio del rendimiento (que ha sido magistralmente expuesto en los estudios del Profesor Eugenio Pérez Botija). La Idea social de la Justicia se modaliza: el bienestar creciente del grupo (clase) social de los asalariados es un objetivo compartido con el desarrollo social general, de modo que la igualdad material a lograr para el primero (socialismo) se sustituye por un progreso proporcional en el que todos los grupos participan (capitalismo social: "los pobres son menos pobres, y los ricos son más ricos", en una especie de slogan de mitin). Los principios de la socialdemocracia

tal vinculación societaria, el trabajador dejaría de ver en su trabajo un medio al servicio de la economía para sentirse principio y a la vez fin de su actividad. El Derecho del Trabajo de signo proletario, con trabajadores «súbditos» o «dirigidos» en la Empresa, quedaría arrumbado en la Historia, y en su lugar viviría el Derecho personalista del trabajo" (*Ibid.,* p. 24). La idea de apertura del Derecho Social del Trabajo hacia "los contratos sociales", es retomada con referencia a la propuesta de Luca Nogler, asumiendo como propia la reflexión éste último: "Porque, incluso ahora que una buena parte de la civilística converge sobre estas temáticas y los subyacentes valores, el laboralista se retrae en la propia presunta autonomía, y no se empeña, por ejemplo, en la construcción de la categoría de los contratos sociales". Significativamente, a renglón seguido, Borrajo crítica las reformas laborales realizadas a partir del nuevo milenio, indicando que este proceso de reforma laboral "refleja esta dialéctica: la estructura institucional del Derecho clásico del trabajo cede su puesto a la perspectiva contractualista; el despido, el convenio colectivo, etc., están ya en el ara del sacrificio de los nuevos dioses de la economía neoliberal y/o socialdemócrata". Cfr. Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp.86-87

[14] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 83. El proceso de construcción del "Derecho social" (que innegablemente ejerció una influencia determinante y persistente en el modo de pensar de Efrén Borrajo), puede hallarse en Gurvitch, G.: *La Idea del Derecho Social. Noción y Sistema de Derecho Social. Historia Doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX,* edición, traducción y estudio preliminar, "La Idea del "Derecho Social" en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch" (pp. VII-LV) de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005; y después la misma formulación del "Derecho Social del Trabajo", en Sinzheimer, H.: "El perfeccionamiento del Derecho del Trabajo" (1922), en Sinzheimer, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo,* traducción y estudio preliminar de F. Vazquez Mateo, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, pp. 45 y ss. Señalaba Sinzheimer que "el pensamiento social en el Derecho pretende llegar a una nueva noción de las relaciones humanas, que debe hacerse realidad mediante una nueva configuración de sus formas jurídica". Es así que "si trasladamos estos puntos de vista al Derecho del Trabajo, reconocemos las nuevas líneas fundamentales del que llamamos *nuevo Derecho Social del Trabajo.* Partiendo de la concepción de que todo trabajo humano es una cuestión social, y que el trabajador tiene un existir social concreto, se aspira a una forma social de trabajo que domine las esferas colectivo-económicas, y en que las especiales necesidades y aspiraciones de los trabajadores, determinadas por su situación social, puedan encontrar satisfacción. Tenemos, pues, ante nosotros las piezas para la construcción de la esfera colectivo-económica que ha de superar a las economías individuales" (*Ibid*., pp. 61 y 63). La idea de apertura del Derecho Social del Trabajo hacia "los contratos sociales", es retomada con referencia a la propuesta de Luca Nogler, asumiendo como propia la reflexión éste último: "Porque, incluso ahora que una buena parte de la civilística converge sobre estas temáticas y los subyacentes valores, el laboralista se retrae en la propia presunta autonomía, y no se empeña, por ejemplo, en la construcción de la categoría de los contratos sociales". Cfr. Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp.86-87.

que dieron fundamento, más o menos explícito a la OIT, desde 1944-1946, por ejemplo, se transmutan en neoliberalismo desde las grandes crisis económicas de los últimos años setenta. El debate actual -en buena medida larvado a resultas del conservadurismo político de los grandes sindicatos- reproduce los términos de la alternativa. Parece posible que el neoliberalismo, con "careta" de respecto a la autonomía individual, desplace paulatinamente los principios sociales característicos del Derecho social clásico del Trabajo. De tal manera que si la buscada reforma laboral prospera quedará en entredicho el principio de estabilidad en el empleo, que constituye el eje central de la protección social del trabajador, sujeto -que no objeto- de la relación de trabajo[15].

Entiende Borrajo que había que estar atentos a la buscada integración del trabajo autónomo en el ámbito material del Derecho laboral. Al menos a través de la situación -mal configurada- del trabajador autónomo económicamente dependiente. La Ley 20/2007, de 14 de julio, apunta un Estatuto del Trabajo Autónomo, más programático que normativo; y su primer desarrollo reglamentario (RD 197/2009, de 23 de febrero), acusa la misma indefinición. Pero el proceso es mucho más avanzado en el campo del Sistema de Seguridad Social[16].

Según Borrajo actualmente el Derecho del Trabajo es un "Derecho especial" (a diferencia del derecho común y el Derecho excepcional). Entiende que la causa o razón de ser del Derecho especial es la solución política dada a los problemas de la comunidad social por el Derecho existente se revela, en un determinado momento, como injusta o inadecuada al problema de un sector social dado. Han variado los presupuestos sociales, estimativos, etcétera) y se espera o se exige un cambio estructural. Surge una norma nueva, inspirada en nuevos criterios, que aparece originariamente como excepcional, pero si la "nueva solución" se desarrolla sistemáticamente, ya no será posible hablar de

[15] En el año 2011, en lo que el propio Efrén Borrajo autocalifica como su "Testamento profesional" se interrogaba, expresivamente, Borrajo en los siguientes términos: "¿Cuál es o, cómo se apunta, o cómo se mueve, el Nuevo Derecho del Trabajo? Hoy, más que nunca están en colisión el principio pro operario y el principio de rendimiento. En el centro del conflicto, al ser la zona vital, las medidas políticas que se ofrecen como solución, giran sobre el sí o el no del derecho de estabilidad en el empleo". El reivindica el principio de estabilidad en el empleo. Hace años, muchos años, en 1975, el Ministro de Trabajo, nuestro colega el profesor Fernando Suárez, me nombró asesor técnico cerca de la Comisión parlamentaria que estudiaba el proyecto de la Ley de Relaciones Laborales. Me aceptaron, honor que aún sigo agradeciendo, muchos criterios. El más celebrado fue el que pasó a ser art. 35 de la Ley de Relaciones Laborales, que estableció que si el despido se declaraba improcedente, la sentencia imponía la readmisión en el empleo. Así de claro y de terminante. No había derecho de opción para el empresario. El precepto duró poco. D. Álvaro Rengifo, no era el Sr. Solís Ruiz; ni, tampoco, D. Fernando Suárez González, los tres sucesivos titulares del Ministerio de Trabajo en esos años de incertidumbre. La Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 fue mutilada por el RDL 17/1977, de 4 de marzo. Este RDL, en su disposición final 1º, derogó expresamente el citado art. 35. Lo derogó con saña, se podría decir. Y se volvió, con ciertas trabas procesales, a conceder al empresario el derecho de opción entre readmisión o indemnización.
Y aquí, ahora, su "*testamento profesional*: ¿Qué sostendría yo hoy, si me encontrase en una situación similar a la de 1976-76? ¿Mantendría a ultranza el principio de propiedad del empleo? ¿Atendería a la aplicación de las medidas de flexibilización y abaratamiento del despido? ¿Trataría de que se reforzasen al máximo las medidas de trabajo a tiempo parcial, de fijeza discontinua, de movilidad funcional horizontal y vertical; incluso la contención, cuando no el recorte, de salarios? Sinceramente, no lo sé si se plantea el tema como hipótesis de una política legislativa de urgencia. Pero si tengo y con gran pasión las dos creencias siguientes: Por una parte que si un hombre o una mujer, claro está puede disponer plenamente sobre el empleo de otro o de otra, se genera una situación objetiva de dominio, de señor y de vasallo, cuando no de amo y servidor; y por otra parte, que si el trabajador ha de aceptar pérdidas en materia de jornada, de salarios, de movilidad funcional y en las demás medidas flexibilidad, incluso si hay una reducción en las condiciones de trabajo, pero se mantiene el empleo; repito: pero se mantiene el empleo: * todos seremos un poco más pobres; * pero todos seremos un poco más libres. Eso sí, siempre que el cuadro de los sacrificios que se escuda en la expresión de "reforma del mercado de trabajo" respete los principios de temporalidad en la imposición, y de universalidad en el reparto proporcional de esas y otras cargas. Así puede ser mi credo: acaso, más sentimiento que razón lo sé. Pero es mi credo. Gracias por su atención". Cfr. Palabras de D. Efrén Borrajo Dacruz al recibir el Premio al Mejor Laboralista 2011. "TESTAMENTO PROFESIONAL". çhttps://www.asnala.com/noticia/palabras-de-d-efren-borrajo-dacruz-al-recibir-el-premio-al-mejor-laboralista-2011/asnala (Asociación nacional de Laboralistas)

[16] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 85-86.

excepción, sino de especialidad, so pena de admitir la "excepción como sistema". El Derecho especial se generaliza en detrimento del Derecho común, lo que visto desde otra perspectiva quiere decir que el Derecho especial tiende a hacerse "Derecho común". La llamada laborización (o laboralización) del Derecho común (civil, mercantil, etcétera) es la expresión de este fenómeno histórico-jurídico: los principios rectores del Derecho social del Trabajo se transmutan al contenido de otras normas y las socializan.

Se puede concluir que el Derecho del trabajo es el Derecho social del trabajo, y en cuanto Derecho social es un Derecho especial, pues sus principios son distintos de los que inspiran el ordenamiento jurídico tradicional, que son (o eran, mejor dicho) los principios individualistas y no los principios sociales. A su vez, y de acuerdo con lo anterior, el Derecho del trabajo no nace sin más con la revolución industrial, sino cuando se trató de solucionar la crisis social posterior a la revolución industrial. El supuesto sociológico del Derecho especial del trabajo es la cuestión social obrera; el supuesto antropológico es el trabajador como proletario, y el supuesto político-económico es el capitalismo en crisis e intervenido (Rubio, Bayón Chacón y Pérez Botija)[17]. Según Borrajo "la cuestión social es la combinación de dos factores: uno, objetivo, que consiste en que hombres que se estiman iguales están en una situación social de desigualdad, y otro, subjetivo, que consiste en que esa situación social desigual se considera injusta. La desigualdad social es ahora injusticia"[18]. En lo relativo a la política social entiende que "el individualismo social conduce a una acción política en garantía de la igualdad de oportunidades en favor de todos y de cada uno de los miembros del grupo social, sea cualquiera la clase social a la que pertenezcan… Esta acción política es, precisamente, la política social. La regulación de las relaciones entre los hombres no puede inspirarse en los principios individualistas, sino que ha de tener en cuenta los postulados de la justicia social"[19]. Según Borrajo "la policía humanista no es la política individualista: es, sin paradojas", la política social". Para él resulta evidente que "mal puede tener conciencia de su dignidad quien vive a niveles sociales infrahumanos. La situación social no determina fatalmente la condición de la persona humana. Pero de aquí no cabe concluir que haya que preocuparse simplemente del individuo, sin atender a su situación social. La situación social y con ella la situación profesional, la índole del trabajo ejecutado, el medio familiar en que se vive, etc., son, nada más pero tampoco nada menos, que posibilidades de vida personal, facilidades para el logro de la personalidad"[20].

Con ello, se Borrajo se aparta de la corriente de pensamiento conocida comúnmente como "positivismo legalista". Una forma de positivismo extremo que califica de "positivismo primitivo o elemental" y rechazable para el conocimiento jurídico tal como muestra la experiencia jurídica del

[17] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 84-85. Es, éste, un enfoque mantenido desde hacía largo tiempo por nuestro autor, "Problemas comunes al Derecho Mercantil y al Derecho del Trabajo: Derecho especial y Derecho nuevo", *Revista de Derecho Mercantil,* núm.66 (1967), pp. 363 y ss.

[18] Borrajo Dacruz, E.: *Política social*, Madrid, Doncel, 3ª ed., 1963, p. 17. En la parte de créditos se indica que "Esta obra ha sido declarada de texto para enseñanzas de Educación Política en 6º curso (Vol. II) de Bachillerato".

[19] Borrajo Dacruz, E.: *Política social*, Madrid, Doncel, 3ª ed., 1963, p.19. Precisa después que "la justicia social es la que establece que en la distribución de las posibilidades de vida entre los hombres todos han de tener las posibilidades mínimas que su condición de persona exige. Y la política social *es aquella parte de la política general que tiene por objeto proporcionar al hombre las posibilidades de vivir de acuerdo con su dignidad de persona humana*". Por su parte, el destinatario de la política social fue, en una primera etapa, el obrero. De ahí que haya sido política de protección obrera. Pero actualmente es el hombre económicamente débil, sea cualquiera su actuación profesional, siempre que ésta se socialmente útil. Por lo demás, el sujeto activo de la política social es el Estado. Pero en el Estado participan los individuos y los grupos sociales y profesionales, es decir, participa el ciudadano desde sus comunidades naturales de vida: familia, municipio y sindicato. La familia y, con ella, el municipio y el sindicato, son, también, sujetos cooperadores de la política (*Ibid.,* p. 19). Se aprecia en esto un enfoque propio del corporativismo organicista de la época. El Estado tiene, así, el deber de garantizar la igualdad de oportunidad y una vida conforme a la dignidad humana.

[20] Borrajo Dacruz, E.: *Política social*, Madrid, Doncel, 3ª ed., 1963, pp. 91-92.

Derecho vivo del Trabajo y la realidad existencial del pluralismo jurídico[21]. En efecto, por su propia constitución histórica al Derecho social del Trabajo repugna la identificación entre Derecho y Ley formal. El Derecho social del Trabajo, como "Derecho nuevo", antes de vivir en la letra de la ley y de ser recibida su idea de justicia en la Constitución, ha tenido que vivir en las prácticas sociales, en los uso de la sociedad. La "idea nueva" de la Justicia Social, antes que políticamente, se realizó socialmente: fue creencia colectiva, sentir o aspiración social, primero de un grupo minoritario, luego de una masa, al final fue principio fundamental del Estado social de Derecho. En consecuencia, se manifestó principalmente en los convenios privados, interindividuales o colectivos, y frente al monismo estatal y al Derecho estatal, el Derecho social del trabajo profesional por cuenta ajena se ha ido afirmando en las concepciones políticas y en las Escuelas jurídicas que afirman y defienden el pluralismo social y jurídico[22].

Efrén Borrajo sigue aquí muy de cerca -como en tantas ocasiones- a Gustav Radbruch, al cual cita expresamente en múltiples reflexiones de apoyo a su propio pensamiento jurídico-social[23].

[21] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho Español del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 4ª ed., 1975, reimpresión, 1978, p. XXIV. Antes había señalado que hay que prevenirse contra ciertos prejuicios legalistas, propios del positivismo primitivo o elemental de los tiempos de la Codificación, que reducen, o tienden a reducir, el Derecho positivo a las simples reglas jurídicas formales, al Derecho legal. Cfr. Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, p. XXIV. Por lo demás, la reducción carecería de sentido en el Derecho Social del Trabajo como en cualquier otro sector del ordenamiento jurídico. La materia jurídica no se limita a las leyes ni a las costumbres incorporadas o recibidas en las leyes. Hay que tener en cuenta, siempre, *la vida jurídica*; o, como dice insuperablemente Carnelutti, contra la limitación de la materia jurídica a los "actos legislativos". Las reglas del Derecho no están incluidas en los Códigos como en una vitrina; están operando en la vida; esto es, gobernando la vida de los individuos, donde para conocerlos no basta conocer la fórmula ni aprender la historia. Hay que verlos operar, es decir, ver cómo se comportan las personas respecto de esa regla en cuestión. Cfr. Carnelutti, F.: *Metodología del Derecho,* México, 1940, pp. 33 y 20 y ss. Véase Carnelutti, F.: *Teoría General del Derecho & Metodología del Derecho,* Edición y estudio preliminar, "La teoría del Derecho de Francesco Carnelutti" (pp. VII-LXX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003.

[22] Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, pp. XXIV-XXV.

[23] Reflexiona Borrajo que la agrupación profesional, el sindicato, frente al Estado o al lado del Estado, aspiró y aspira a ser una fuente de producción del Derecho. De un modelo general, baste recordar la Escuela científica del "Derecho autónomo", gracias al estudio de los fenómenos jurídico-laborales, entre otros la pugna aún viva entre poder legislativo y poder judicial, pudo sostener que el Derecho legal o legislado no es capaz por su propia naturaleza estable y cosificada, de seguir el curso jurídico de la vida social. La ley, y con ella la costumbre legalizada y la jurisprudencia legalista, están en crisis; a través de "la muralla en ruinas", se ve agitarse las fuerzas vivas de la restauración, que son los grupos corporativos de productores o de consumidores, grupos de técnicos, de funcionarios, de intelectuales. Cfr. Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, pp. XXV-XXVI. Con cita de Gurvitch, G.: *Le temps present et l' idée de Droit Social,* Préface de Máxime Leroy, París, Librairie Philophique J. Vrin, 1932, pp. 228 y ss. Significativamente la Primera Sección de este último libro de Gurvitch se dedica a "Las tendencias actuales de la doctrina del derecho obrero y la idea del Derecho Social" (pp.13 y sigs.). Su obra más determinante y original, ha sido sin duda Gurvitch, G.: *La ideal del Droit Social,* edición, traducción y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005. Se trata de una clásica de absoluta referencia para la construcción del Derecho Social del Trabajo. Asimismo, Gurvitch, G.: *Elementos de sociología jurídica,* edición y estudio preliminar, "Pluralismo jurídico y Derecho social: la sociología del Derecho de Guvitch" (pp. XIII-CXLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001. Respecto a Radbruch, Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho,* 4ª ed., (Originariamente publicada por Edersa en 1959, sin constancia del traductor, Atribuida a José Medina Echavarría), revisión, edición crítica y estudio preliminar, "La filosofía del Derecho de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política" (pp. XVII-XIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1999. Sobre su pensamiento e influencia en la cultura jurídica europea, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch,* Barcelona, Ediciones de Intervención cultural/El Viejo Topo, 2020.

Ciertamente, se había afirmado la tradición positivista del Derecho español, así como el posterior derrumbamiento del positivismo textual. Se ha señalado que los juristas españoles se han formado en un ambiente del más riguroso positivismo, consolidado en España, como en toda Europa, en el siglo XIX, pero que en nuestro país había adquirido unos rasgos singularmente exacerbados por la influencia conjunta de factores políticos y técnicos muy peculiares. La raíz política del positivismo jurídico legalista es una evidencia indiscutible. Sentado esto, cabe decir que el positivismo español es un positivismo normativo o legal, en cuanto que entiende que toda ley es Derecho y, correlativamente, sólo la ley es Derecho. En segundo lugar, es un positivismo legal estatal, en cuanto que se refiere a las normas emanadas del Estado. En el fondo, el positivismo ortodoxo es una actitud metodológica que acepta acríticamente la existencia de una red previa de normas como presupuesto dada de los conflictos. Según el paradigma positivista, es irrelevante el origen de este presupuesto normativo. Lo realmente decisivo para ese tipo de positivismo es que dichas normas son Derecho, sin llegar a enjuiciarlas. En tercer lugar, el positivismo tradicional español no es sólo legalista estatal, sino, además, textual, es decir, que se atiene literalmente al texto de la ley. En consecuencia, se advierte que, que el Derecho español ha sido durante los siglos XIX y XX rigurosamente positivista legalista, estatal y textual. Lentamente su fue superando relativamente por derrumbamiento fáctico ese tipo de positivismo. En España el proceso de superación del "positivismo textual" se aceleró por la aprobación de la Constitución y la entrada de nuestro país en la por entonces llamada Comunidad Europea. Aunque la supervivencia del positivismo ha podido continuar gracias a la mentalidad de los juristas[24].

Según Borrajo la política del Derecho actúa como condicionante de la construcción científica del Derecho del Trabajo. Para Borrajo la ciencia del Derecho del Trabajo es tanto una ciencia del Derecho -ciencia de normas- como una ciencia de política del Derecho[25], que atiende al problema a resolver y de suyo a los problemas de legislación y sus fines. Según Borrajo el jurista del Derecho

[24] Nieto, A.: "El positivismo jurídico y la Constitución de 1978", en *Revista España de Derecho Constitucional,* núm. 26 (1989), pp. 9-39.

[25] En una perspectiva realista considera que "los cultivadores del Derecho del Trabajo como, en general, los estudiosos de otros sectores del ordenamiento jurídico que están referidos a relaciones sociales vivas, cambiantes, en continuo crecimiento y revisión, se encuentran abocados a una doble tarea, a saber: -De una parte, a la observación de los *datos jurídicos*, su análisis y a su comparación entre sí, como procesos previos a su sistematización, con un tratamiento conforme a las reglas y a los objetivos propios de la construcción jurídica en uno de categorías lógicas. La Ciencia del Derecho del Trabajo es, entonces, Ciencia normativa. - De otra parte, a la *valoración* de las reglas jurídica en relación, tanto con los ideales de Justicia que en ella se realizan o a los que se aspira, como con los criterios de posibilidad, conveniencia, etc., con lo que se establece una estrecha conexión con los cometidos característicos del economista, del sociólogo, del historiador y, hay que decirlo claramente, del político (social, pero político). La Ciencia del Derecho del Trabajo es, entonces y en gran medida, Ciencia Política". Cfr. Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, pp. VII-VIII, con apoyo expreso en Eisenmann, CH.: *Las ciencias sociales en la enseñanza superior: Derecho,* Madrid, trad. de Jornada de Pozas, 1958, pp. 27 y ss., y p. 42. Con él señala asimismo que "Antes que la regla está el problema que la precede y domina, y al cual la regla responde. Y siendo así, ¿cómo podrían ser comprendidas las reglas de derecho positivo sin relacionarlas con los problemas de legislación, es decir, del derecho a crear, analizándolas a la luz de estos problemas"? (*Ibid*., p. 42). Charles Eisenmann fue discípulo de Hans Kelsen y desde 1960 à 1964, fue presidente de la Fédération nationale des syndicats autonomes de l' enseignement supérieur et de la recherche (FNSAESR). Aunque se trata de una aproximación puntual resulta expresiva de su preocupación por la enseñanza práctica del Derecho Vivo del Trabajo su ensayo, Borrajo Dacruz, E.: "La enseñanza del Derecho del Trabajo y el método de casos con apoyo jurisprudencial", en pp.21-29, donde nos habla de "la enseñanza vida del Derecho del Trabajo". Así como "en orden a la aplicación de dicho Derecho en la vida real" (*Ibid*., p. 29). Sería excesivamente prolijo insistir aquí en las numerosas expresiones de ese modo de ver el Derecho del Trabajo como "Derecho vivo del Trabajo": y lo sería porque penetra en toda su obra en la propia experiencia profesional de Efrén Borrajo. No obstante esa matización, podría citarse, por ejemplo, Borrajo Dacruz, E.: "Nuevas manifestaciones del derecho vivo del trabajo", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (1992), pp. 543-548; Borrajo Dacruz, E.: "Derecho vivo del trabajo: 1984-1987", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (1987), pp.2289-2290; Borrajo Dacruz, E.: "Derecho vivo del Trabajo", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (1984), pp. 1-8; y mostrando esa dirección de pensamiento sin solución de continuidad en toda su trayectoria intelectual, Borrajo Dacruz, E.: "Derecho vivo del trabajo y jurisprudencia

del Trabajo se ha atener al principio de realidad, pues tiene que apreciar no sólo el dato positivo (el Derecho formal), sino también en necesaria conexión con la realidad social que trata de captar y regular como centro de imputación de las normas laborales.

Precisa que las consideraciones de oportunidad y de justicia y, con ellas, la perspectiva política y de política del Derecho, son las características de los estudios de las nuevas ramas del Derecho, en una primera época. El Derecho, como solución política, en nombre de una Idea de Justicia, a un problema social, aparece mezclado inevitablemente, en sus datos estrictamente jurídicos, con los ideales de justicia, con las razones de humanidad, con los principios organizativos y demás factores ideales y materiales que se invocan y arbitran para solventar el problema social de actualidad que es el que acucia y preocupa al estudioso. En este orden de idea, antes que el jurista ocupado con el análisis del dato jurídico-laboral emerge el reformador social que se preocupa y ocupa del Derecho Social del Trabajo por la razón elemental pero primaria y, por tanto, vital, de que está empeñado en resolver la cuestión social del trabajador profesional por cuenta ajena". Entonces, inevitablemente, el jurista, y tal es la cuestión, entra en el campo del político por la sencilla razón de que el político condiciona, con sus decisiones y sus obras, las construcciones del jurista. De manera que la política legislativa es aún quehacer político, pero la elaboración científica del Derecho en general y del Derecho Social del Trabajo en particular dependen, en gran medida, de los resultados de dicha política[26].

Para Efrén Borrajo el Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social es un Derecho vivo sobre todo en la experiencia jurídica de su realización en la praxis jurisprudencial. La labor de interpretación no es una actividad mecánica, sino que exige recreación continua del Derecho[27]. La vida del Derecho tiene un alcance más amplio que el de la norma instituida. De este modo - viene a decir Borrajo-, la cultura jurídica comprende a todos los actores que intervienen en el proceso de creación e interpretación del Derecho; y los artífices no se limitan al legislador, sino que se hace extensivo a las construcciones de los jueces y tribunales de justicia. La creación judicial de Derecho se somete a la praxis de que el legislador -como poder normativa originario- puede establecer nuevas normas que se aparten decididamente las reglas consolidadas en la jurisprudencia. Borrajo no era un realista extremo: atiende a la soberanía del legislador sobre la conformación en última instancia de las bases normativas del ordenamiento jurídico dotado de un sistema pluralista de fuentes. La jurisprudencia como fuente del Derecho no es capaz de sustituir al legislador en un Estado de Derecho basado en el principio de separación funcional de poderes y en el principio de seguridad social[28].

Entiende que la realidad del Derecho Social del Trabajo no es otra que "el jurista elabora, o quiere elaborar, un sistema conceptual, pero los datos de los que busca la síntesis lógica están en un complejo orgánico que es un *sistema histórico* pero *no un sistema lógica,* con lo que el intento

unificada: el caso del despido de la trabajadora embarazada", en *Jurisprudencia e instituciones jurídico-laborales: Estudio en Homenaje al profesor Ramírez con motivo de su jubilación,* J. García Ortega (Coord.), 2009, pp. 17-54.

[26] Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, pp. IX-XIII.

[27] Borrajo Dacruz, E.: "Poder normativo y poder judicial en la elaboración del nuevo Derecho del Trabajo", en *Actualidad Laboral,* núm. 3 (1992), pp.761-775; Borrajo Dacruz, E.: "Nuevas manifestaciones del Derecho Vivo del Trabajo", en *Actualidad laboral,* núm. 2 (1992), pp. 543-548; Borrajo Dacruz, E.: "Ejecución de sentencias: Criterios jurisprudenciales", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (1993), pp. 135-144; Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo: abuso del derecho, Derecho social y Derecho del Trabajo", en *Revista Internacional de sociología*, núms. 46 y 47 (1954), pp.229 y ss.

[28] Podría situarse cómodamente en la dirección de pensamiento de Clemente De Diego, F.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho,* edición y estudio preliminar, "Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio" (pp.XI-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016. Clemente, recogiendo la opinión de Hugo Sinzheimer señalaba que frente a la corriente escolástica ha surgido la dirección más completa que atiende a ese elemento práctico del Derecho, puesto que éste se ha hecho para la vida y no al revés (*Ibid.,* p. 29, nota 29). También podrá afirmar, con Gierke, que "la aplicación es el desarrollo vivo de las regla de Derecho" (*Ibid.,* p. 88).

de construirlo científicamente en el uso de categoría lógica es, muchas veces, imposible o de una máxima dificultad: la excepción oculta la regla general. Una de las causas, y no será la mayor, de la incongruencia lógica de las materias que se ofrecen como su objeto está en lo que hemos podido llamar "el *desarrollo asincrónico* del Derecho del Trabajo"[29]. Para él la doctrina científica es una síntesis lógica o conceptual de los datos de un determinado ordenamiento jurídico históricamente determinado[30]. Obsérvese que, aunque no lo define, si se puede inferior que el concepto de "ordenamiento jurídico" que viene a utilizar Borrajo es tributario del modo de pensar de Santi Romano (al menos como fuente de inspiración, y no de plena identidad), el cual dejó muy claro la insuficiencia la concepción positivista legalista según la cual el Derecho en sentido objetivo es concebido generalmente como norma[31], y sobre la indicación de que "un ordenamiento jurídico no es solo un conjunto de normas, sino que además consta de otros elementos"[32]. Y la admisión de que hay más Derecho que el Derecho estatal, dada la realidad jurídica de la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, es decir, lejos de una concepción abstracta y formalista del Derecho, la realidad del Derecho muestra que la vida jurídica es más vital y plural y que existen otros ordenamientos jurídicos no estatales (existen comunidad, o mejor, instituciones capaces de producir Derecho). Paradigmática, los grupos profesionales organizados de empresarios y de trabajadores pueden crear un sistema de Derecho objetivo *a se,* más o menos autónomo, que se hace valer con los medios internos de que la organización dispone[33]; o con base a los predispuestos por el mismo ordenamiento jurídico estatal.

Esta fuente de inspiración de Efrén -junto con las anteriores fuentes doctrinales que se han destacado aquí- permite comprender y explicar la fecundidad de su quehacer en el campo del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social.

Ello no significa en absoluto relegar el dato jurídico y el modo de proceder de la elaboración legislativa, pues "la "legalidad de la ley", digamos con nuestro maestro el Prof. Pérez Botija, es el primer postulado del Estado Social y laboral del Derecho. Y es también presupuesto político indeclinable para que el jurista pueda sistematizar técnicamente los datos jurídicos del trabajo sin ocuparse previamente del hacer del político"[34].

Y efectivamente para Borrajo el Derecho surge de una decisión y acción política: la política de reforma social. De ahí el sentido del Derecho social, a saber: la política social determinó, junto a otras múltiples acciones del Estado, a la aparición de un Derecho nuevo inspirado en la concepción

[29] Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, pp. XXVII-XXVIII.

[30] Borrajo Dacruz, E.: *Estudios jurídicos de previsión social,* Madrid, Aguilar, 1963, p.23. Donde, por cierto, se indica, con Pérez Botija, que "el seguro solo será social si, efectivamente, garantiza los derechos reconocidos por la ley aun contra la imprevisión, culpable o no, de los propios interesados" (*Ibid*., p. 120).

[31] Santi Romano: *El ordenamiento jurídico,* Madrid, Reus, 2010, pp. 67 y ss. Asimismo, Santi Romano: *Fragmentos de un diccionario jurídico,* edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003.

[32] Romano, S.: *El ordenamiento jurídico,* trad. S. y L. Martín-Retortillo, estudio preliminar de S. Martín-Retortillo, Madrid, Reus, 2010, pp. 80 y ss. La publicación originaria del libro de Santi Romano [*El ordenamiento jurídico,* traducción de S. y L. Martín-Retortillo, Estudio preliminar de Sebastián Martín-Retortillo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963] sería reeditada y completada con nuevas aportaciones, Romano, S.: *El ordenamiento jurídico,* edición de Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Colección Civitas), 2013.

[33] Romano, S.: *El ordenamiento jurídico,* Madrid, Reus, 2010, pp.175 y ss. Por otra parte, según piensa Santi Romano, "no puede definirse y valorarse exactamente el derecho si se le aísla del todo del que forma parte y con el que está en conexión orgánica. Para nosotros todas las normas de un determinado derecho positivo no son sino elementos de un ordenamiento más amplio y complejo en el que se apoyan, y que constituye su base necesaria e imprescindible" (*Ibid.,* p. 166).

[34] Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, p. XXI.

social del mundo y de la vida y que por ello mismo comenzó denominarse el "nuevo Derecho social (Canalejas, diría que era de estricta justicia "admitir el factor social como elemento indispensable en la formación de las leyes", 1902)"[35]. La cuestión social se había producido al quebrar la idea formal de igualdad bajo la presión de los hechos que demostraban, nítidamente, que los trabajadores, en cuanto económicamente débiles (y, consecuentemente, también menos favorables por la cultura, etcétera), ocupaban una situación social deprimida. En consecuencia, el nuevo Derecho tuvo que revistar el principio de que había que tratar a todos los hombres con iguales normas, para aceptar que la justicia sólo se realizaría si se establecía un tratamiento desigual, compensatorio, de los hombres y de las situaciones desiguales. O en los términos clásicos de Gustav Radbruch: "La idea central en que el Derecho social se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que ente ellas existen; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del Derecho para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico". La constitución de Weimar y la Organización Internacional del Trabajo, ambas de 1919, consolidarán el nuevo Derecho de signo social con vocación de universalidad[36]. A la vocación universalista del Derecho del Trabajo cabe añadir -en coherencia con ella- que el Derecho social del Trabajo aspira a una homogeneidad o aproximación normativa por encima de los límites nacionales[37]. El Derecho social es un "Derecho Nuevo", que no es otro que el referido Derecho social del Trabajo[38].

Al tiempo, afirma, la Constitución de la Segunda República, de 6 de diciembre de 1931, al recoger en sus preceptos el catálogo de los "derechos económicos-sociales", al estilo de la Constitución de Weimar, ofreció la base normativa para la sistematización de las leyes del trabajo, con lo que se pasó de una legislación, hasta entonces de carácter excepcional (medida desde el Derecho común), a un auténtico Derecho especial, es decir, a un ordenamiento jurídico integrado por normas inspiradas en unos principios comunes y, por tanto, congruentes entre sí y en marcada fase de expansión. En realidad, la II República cambió la filosofía política en la materia. Como es sabido, su Constitución centró en el trabajo el sistema de ciudadanía, al definir a España como una "república democrática de trabajadores de todas clases". Esta referencia generalizada a todas las clases de trabajadores fue un añadido de última hora, según la propuesta de Araquistaín y, sobre todo, de Ortega y Gasset. Es más: la Constitución republicana, en su art. 46, fijó todo un programa de acción social y asumió el siguiente compromiso: "La legislación social regulará los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte". Es decir, por primera vez en la Historia política de España, se constitucionaliza la protección contra el accidente de trabajo y otras contingencias sociales adversas a través del seguro[39].

Según Efrén Borrajo la II República supuso un cambio determinante en la filosofía política del Derecho Social (y muy especialmente cambió la filosofía política en materia de Accidentes de Trabajo, yendo del seguro voluntario al obligatorio). La Constitución republicana, en su art. 46, estableció

[35] Efrén Borrajo había dirigido una tesis doctoral sobre José Canalejas: Concepción Cuadrado, M.: *Canalejas y el derecho social del trabajo,* Tesis inédita, Universidad complutense de Madrid, 1977.

[36] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 147-148 y ss.

[37] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 331 y ss.

[38] Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, p. XXVII.

[39] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp.151-152. Es el culminación y perfeccionamiento de la que fuera una "norma revolucionaria", a saber: "la importancia de la Ley Dato ha de medirse en su contexto histórico y en su función de fermento político (precedente activo) para los cambios posteriores. Fue revolucionaria en su época (…). La Ley Dato está, desde un punto de vista técnico-jurídico, en la prehistoria de la Seguridad Social Pública, pero en este año centenario del psicoanálisis es posible afirmar que la Historia sólo es garantía de futuro cuando está vivificada por raíces más allá de sus límites estrictos". Cfr. Borrajo Dacruz, E.: "Fundamentos de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900)", en *Cien Años de Seguridad Social,* Madrid, Fraternidad-Muprespa y UNED, 2000, pp. 81-89, en particular p. 89.

todo un programa de acción social y asumió el compromiso en su redacción literal consistente en que establecer que "La legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte". Es decir, por primera vez en la Historia política de España -realza Efrén Borrajo-, se *constitucionaliza la protección contra el accidente de trabajo a través de un seguro.* De ahí que la Ley de Bases de 4 de julio de 1932 (que fue completada por la Ley de 13 de agosto de 1932) introdujese grandes novedades sobre la precedente regulación del Código de Trabajo de 1926… La Ley de 8 de octubre de 1932 aprobó el Texto Refundido, y el Decreto de 31 de enero de 1933 aprobó el Reglamento. Por cierto, el art. 251 de éste fue aclarado por la Orden de 27 de noviembre de 1934, en cuanto al procedimiento a seguir para optar y hacer efectivo el aseguramiento en la Caja Nacional, o en una sociedad de seguros o, en fin, en una Mutua patronal de Accidentes de Trabajo"[40].

Por su parte, la Constitución de 1978 abre la etapa actual. Su desarrollo normativo está en la base del Derecho laboral español vigente, de acuerdo con la tabla de derechos que establece. Ya apunta que "la mutación es vertiginosa en la materia, sin embargo tan compleja, de Seguridad Social. Los Reales Decretos-Leyes anticipan leyes y éstas, a s u vez, son modificadas con frecuencia, a veces con diferencias de días si es que no de horas, por las temibles Leyes de acompañamiento de la Ley anual de Presupuestos, tal y como va se indicado" (Ibid., pp. 154-157). En el fondo lo que caracteriza a la legislación postconstitucional es la "proliferación legislativa e inseguridad jurídica": "La inestabilidad político-social característica de un proceso de cambio normativo tan profundo como el que se está registrando en el área del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, provoca nuevas revisiones de la norma recién publicada y aún en fase experimental de aplicación". Pero se apunta también un elemento crítico relevante: "Una extraña falta de valor cívico en los órganos parlamentarios mantiene vigente la norma laboral más interesante de la transición democrática: el RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre huelga y cierre patronal, cuyas normas se integran con la decisiva STC 11/1981, de 8 de abril. La amonestación o juicio negativo para la abstención del legislador es del mismo Tribunal Constitucional" (Ibid., pp. 146-147)[41].

En el sistema de Fuentes del Derecho del Trabajo el "pluralismo jurídico" en las fuentes de producción". Señala que las fuentes de producción son los poderes o fuerza sociales que crean las normas y establecen, por tanto, el Derecho objetivo, según enseña Francesco Messineo[42]. En particular, en la concepción vitalista del Estado y de la sociedad se admite que existen distintas comunidades con sustantividad propia entre el individuo y el Estado ("formaciones sociales intermedias"), y se acepta asimismo la existencia de otras sociedades paralelas cuando no superiores, como serán las Iglesias y la Comunidad internacional. Por tanto, el cuadro de las fuentes originarias de producción jurídica se amplía extraordinariamente: junto al Estado, que regula con sus normas las relaciones generales de supremacía que le ligan con el ciudadano en cuanto tal. Es decir, al aceptarse esa concepción, el Derecho positivo se integra con normas de origen estatal, que forman el Derecho reflexivo y cristalizado; con normas de origen social, que forman un Derecho intuitivo, espontáneo y más fluido; con normas de origen supraestatal, etcétera, pues el *vitalismo político y jurídico desemboca congruentemente en el reconocimiento del pluralismo normativo*. La opción entre una y otra concepción es, en la actualidad,

[40] Borrajo Dacruz, E.: "Accidentes de Trabajo y Extranjería", en *Accidentes de Trabajo y Mutuas,* Efrén Borrajo Dacruz (Dir.), Madrid, La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2008, pp. 27-77, en particular pp. 36-37. Cabe decir que esta fue la gran etapa del bienio republicado bajo el Ministerio de Francisco Largo Caballero. Véase Monereo Pérez, J. L.: "FRANCISCO LARGO CABALLERO (1869-1946): Ministro de trabajo y previsión en la IIª República Española", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (28), (2021). pp. 265- 314. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/511

[41] Véase, asimismo, Borrajo Dacruz, E.: "El derecho de huelga de los funcionarios públicos en la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", en *Revista española de derecho constitucional*, núm.2 (1981), pp. 131-158.

[42] Messineo, F.: *Manual de Derecho civil y Comercial,* 8 Tomos, trad. Santiago Sentis Melendo. Prólogo de Vittorio Neppi, Chile, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, en particular Tomo I (Introducción. El ordenamiento jurídico Italiano/ Código Civil Italiano) y Tomo II (Doctrinas generales) .

una alternativa política, que se plantea y se resuelve en el momento constituyente, cuando se discute, se elabora y se aprueba la Constitución formal del Estado. El monismo jurídico era, así, una realidad. La génesis y el desarrollo del Derecho Social del Trabajo trastocó, sin embargo, esta concepción al dar entrada a las fuerzas socio-económicas, organizadas en sindicatos y asociaciones empresariales, en la regulación de las condiciones de trabajo, desde el momento en que se reconoció carácter y eficacia a los convenios y pactos colectivos. La doctrina favorable al *pluralismo jurídico* encontró sus mejores argumentos en este "Derecho nuevo" que emergía del seno de la propia sociedad. De ahí se infiere de la Constitución el reconocimiento del principio de autonomía social, una de cuyas expresiones es la autonomía colectiva, de tal modo que el Estado queda obligado a respetar la autonomía normativa de ciertos grupos socioprofesionales. Ocurre, así, con la comunidad o grupo profesional que goza de autonomía normativa (conforme a la propia Constitución: artículos 1.1, 9.1, 37.1, 7, etcétera) y que hace efectivo este poder a través del acuerdo o pacto entre las representaciones profesionales de empresario y de trabajadores (normalmente, los sindicatos). Este principio se configura como autonomía colectiva[43]. Según Efrén Borrajo: el convenio colectivo de trabajo es la manifestación típica -la más significativa- del pluralismo jurídico, por virtud del cual el Estado democrático acepta junto él, para la creación del Derecho, a los grupos sociales organizados interesados en la salvaguardia y representación del interés colectivo propio de cada grupo. En términos generales, el convenio colectivo de trabajo puede ser definido como la expresión de un acuerdo celebrado entre uno o varios empresarios -normalmente asociados-, por un lado, y una o más organizaciones de trabajadores por el otro, para establecer las normas pactadas que regularán las condiciones de trabajo en un ámbito determinado, así como los derechos y obligaciones de las propias partes signatarias del acuerdo[44].

De todo ello se infiere la centralidad de la autonomía colectiva como poder privado (de relevancia política ex art. 7 de la Constitución)[45] de autorregulación o autodeterminación social elevada a fuente de producción de aquellas fuerzas sociales con facultad normativa creadora y del convenio colectivo en cuanto expresión formal típica de ese poder social sustancialmente normativo (art. 37.1 de la Constitución)[46]. Y esta concepción del pluralismo jurídico-social comprende el intercambio

[43] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 311-317.X

[44] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, p. 345.

[45] Sobre la concepción de Borrajo sobre la posición constitucional del sindicato y la figura de la mayor representatividad sindical, en el clima de debate de la coyuntura de delimitación del modelo normativo de regulación del sindicato y de la libertad sindicales en España, véase Borrajo Dacruz, E.: "Sindicatos y negociación colectiva en el Proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* Nº. Extra 1 (1985) (Ejemplar dedicado a: Seminario sobre El proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical), pp. 143-160; Borrajo Dacruz, E.: "La Ley Orgánica de Libertad Sindical en la interpretación del Tribunal Constitucional", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (1985), pp. 2137-2145. Y su concepción más consolidada, en Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho Español del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 229 y sigs., y sobre los sindicatos más representativos en la LOLS y observaciones jurídico-críticas sobre el régimen español de la mayor representatividad sindical y de las asociaciones empresariales representativas, pp. 245-253. Este análisis crítico lo resume el propio Efrén Borrajo indicando que "el régimen jurídico del sindicato más representativo, en España, acusa serios problemas de fondo (constitucionalidad) y de forma (rango de la norma, que es, muchas veces, una Ley ordinaria que incide en el tema al regular el contenido adicional de la libertad sindical: tal, la acción de negociación colectiva). Sigue exigiendo un tratamiento riguroso, abierto a la libertad y la igualdad ante la ley de los sindicatos, o una nueva Ley Orgánica que recoja adecuadamente los criterios y matices que han ido introduciendo en la materia la jurisprudencia constitucional y las mismas leyes ordinarias" (*Ibid*., p. 253). Previamente había destacado -literalmente en cursivas- que "libertad sindical, pluralismo sindical y la igualdad de todos los sindicatos ante la ley son tres principios integrantes del contenido esencial del derecho a la libertad sindical" (*Ibid.,* p. 244).

[46] Centralidad que lo es también en su producción científica. Paradigmáticamente, Borrajo Dacruz, E.: "Negociación colectiva y liberta de empresa", en *Revista del Instituto de Estudios Económicos,* núm. 4 (2004), pp. 325-364; Borrajo Dacruz, E.: "La negociación colectiva como fuente reguladora de las condiciones de trabajo: de los contenidos tradicionales a la nueva extensión material del convenio colectivo", en *Veinte años de Negociación Colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial. XIII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva,* edición preparada por Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, CCNCC, 2000, pp. 159-181; Borrajo Dacruz, E.: "Dos décadas de experiencia de negociación colectiva: funciones y disfunciones de la regulación estatutaria", *Actualidad laboral*, Nº 1, 2000, pp. 131-151.

político que supone la concertación social, la cual es expresión del encuentro diacrónico entre la autonomía colectiva y el Estado con sus respectivos poderes de ordenación normativa[47].

En otro orden de ideas, no es irrelevante hacer notar que Borrajo otorga un papel central al Derecho extranjero[48], y al Derecho comparado y al método comparatista[49], que él puso en práctica. Su importancia reside, entre otras cosas, en verificar las respuestas a los problemas sociolaborales; respuestas de política del Derecho y de instrumentación técnico-jurídica. En primer lugar, advierte que el jurista, al ocuparse técnicamente del Derecho Social del Trabajo, tiene que manejar con suma cautela los conceptos y definiciones que se encuentran elaboradas, ya en los otros Derechos nacionales, ya en el propio Derecho interno en relación con cada sector o subsector del mismo. En segundo lugar, resalta su utilidad, puesto que, en general, su estudio descansa en la creencia de que a la naturaleza común entre los hombres responde, o puede responder, un Derecho también común, pero en el Derecho Social del Trabajo en concreto, la *vocación de universalidad* no es tan sólo espontánea, sino el resultado de un amplio movimiento, voluntario y consciente, por obra y gracia de los Convenios internacionales plurilaterales y de la Organización Internacional del Trabajo. Por último, indicando que una vez afirmada la posibilidad y la trascendencia de la comparación en el estudio del Derecho Social del Trabajo, es preciso cubrirse contra el grave peligro que orilla esta posición metódica, a saber: la falta de fundamentación en el dato positivo del concepto jurídico importado. Ciertamente, el estudio de una institución en el tiempo y en el espacio, a través de sus distintos ordenamientos jurídicos, es decisivo, si es que no imprescindible, para captar su sentido, su razón de ser". Ahora bien, observa que si se quiere alcanzar la construcción técnica de la institución, el jurista tendrá que abrazar amplia y cerradamente su limitación: el dato jurídico determinante es, en principio, el dato jurídico

[47] Las contribuciones directas e indirectas de Efrén Borrajo en esta materia son importantes y continuadas en su trayectoria investigadora. Por ejemplo, Borrajo Dacruz, E.: "Eficacia jurídica del AES", Actualidad Laboral, núm. 14, 1985, pp. 721-732; Borrajo Dacruz, E.: "Presente y futuro del Sistema de Seguridad Social", en INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: *El sistema de pensiones en España. Conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambios. 25 Aniversario 1978-2003,* Madrid, INSS, 2003, pp. 302-316. Una trayectoria histórico jurídica completa sobre ese proceso en Monereo Pérez, J.L. (DIR): *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos,* Álvarez Gimeno, R, De Val Tena, Á.L., Maldonado Molina, J.A., Monereo Pérez, J.L, y Muñoz de Bustillo Llorente, R., Madrid, Consejo Económico y Social de España/Premio de Investigación del CES, 2015; De La Villa Gil, L.E.: "Acuerdos interprofesionales y otros macro-pactos en la realidad social española", en *Los Grandes pactos colectivos a partir dela transición democrática. Antología,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, pp. 15 y ss.; Moreno Vida, M.N.: *Los pactos sociales en el Derecho del Trabajo,* Granada, Universidad de Granada, 1989; Monereo Pérez, J.L.: *Concertación y diálogo social,* Valladolid, Lex Nova, 1999; Ojeda Avilés, A. (DIR.): *La concertación social tras la crisis*, Barcelona, Ariel, 1990; Moreno Vida, M.N.: "Concertación social y negociación colectiva", en Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N. (DIRS.): *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thompson/Aranzadi, 2013, pp. 161 y ss.

[48] Paradigmático en el estudio del Derecho extranjero, pero también en su relevante condición de historiador, es su excelente libro Borrajo Dacruz, E.: *Sindicalismo obrero en Francia,* Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas/Instituto Balmes de Sociología, 1956. En este estudio se expone, a la vez que los hechos históricos más significativos del sindicalismo francés, un esquema sobre el desarrollo dialéctico, premisas ideológicas, experiencias sociales y políticas, contrarreformas y rectificaciones que dan lugar a nuevas ideologías y a nuevos ensayos de realización del momento obrero en general, de modo que el libro es un estudio completo sobre la acción de las fuerzas sociales "creadoras", en sus pugnas y transacciones, del nuevo Derecho en el que se realizan los postulados de la justicia social, es decir, el Derecho Social del trabajo y de la Seguridad Social. El Estudio abarca el largo y polémico proceso histórico que se abrió en 1776 y que llega a la época de mediados del siglo veinte. La misma estructura sistemática - siquiera sea en sus grandes apartados- resulta bien expresiva de la riqueza de planteamientos: Primera Parte (sobre la cuestión sindical en su proyección histórica); Segunda Parte (sindicalismo revolucionario y sindicalismo reformista); Tercera parte ("Conclusiones histórico-dialécticas").

[49] Paradigmáticamente, Borrajo Dacruz, E.: "La integración de las situaciones de invalidez en la Ley de Bases de Seguridad Social y su aplicación en el Derecho comparado", en *Revista de Política Social,* núm. 61 (1964), pp. 163-196; Borrajo Dacruz, E.: "Organización administrativa del Régimen General de la Seguridad Social en Francia: estudio especial de la participación de los interesados", en *Revista de Seguridad Social,* núm. 4 (1979), pp. 75-106; Borrajo Dacruz, E.: "La recaudación de las cuotas sindicales por la empresa en el Derecho francés", en *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón,* Madrid, Tecnos, 1980, pp. 57-68.

positivo-nacional. Entiende que el dato jurídico extranjero *confirma una orientación política de la institución,* avala un comentario, es ornato congruente, pero no puede ser piedra basilar. La doctrina extranjera, contemplada en abstracto, sin relación con las normas positivas concretas, de las que es síntesis lógica, se reduce a la función de servir más a la política que a la ciencia del Derecho social del Trabajo. Se puede afirmar que la comparación externa (o de Derecho comparado en su sentido clásico) y la comparación interna (entre las instituciones de un Derecho nacional en general, o de un Derecho concreto, tal el Derecho del trabajo o el Derecho administrativo, o el Derecho procesal, etcétera) revelan la *comunicabilidad* del Derecho positivo, pero a la vez habrá que tener muy presente que dicha comunicación comporta, precisamente, la existencia de órdenes jurídicos diversos, con principios y técnicas propias o en distinto grado de realización. No se puede llevar a cabo un traslado mecánico de los conceptos o categorías jurídicas obtenidas en base al estudio de las normas de uno u otro ordenamiento jurídico[50].

Para Efrén Borrajo el Derecho social del Trabajo es un Derecho necesariamente dinámico que ha de responder a los problemas de un tiempo presente en situación siempre cambiante. Ahora bien, él considera que existe -con sus pros y contras- un principio de conservación/continuidad del Derecho positivo en clave jurídico normativa e institucional, que se ha mostrado prácticamente inevitable. En efectivo, El Derecho en general y, más aún, su sistema de normas, es conservador en el sentido de que tiende a perdurar. Hay al modo de una ley de conservación de la materia jurídica, de fácil enunciado: *norma que se crea, una vez creada, se modifica o se transforma pero no se destruye"*[51].

2.3. Del sistema de Seguridad Social al sistema de protección social pública

Efrén Borrajo es, sin la menor duda, uno de los clásicos de la Seguridad Social, sólo ya con un libro sencillamente fundamental quedaría avalada esta calificación, a saber: *Estudios jurídicos de previsión social,* donde se construye una elaborada teoría sobre la previsión social[52]. Es esta obra Borrajo apunta -con apoyo en Pérez Botija, uno de sus maestros- a la configuración del seguros social ("Seguros sociales unificados") como un servicio público[53]. Entiende Borrajo que la libertad y la seguridad no son valores contrapuestos, pues la libertad descansa en la seguridad, y forma con ella un todo unitario. En este sentido, en un determinado momento histórico, "la seguridad económica, ante el fallo de la sociedad individualista para resolver este problema vital espontáneamente, tuvo que ser *garantizada políticamente"* y las garantías contra la inseguridad económica constituyen, precisamente, la política de seguridad social. Considera que la política de Seguridad Social es una parte o manifestación de la política social, que se caracteriza" por un conjunto de rasgos típicos: En primer lugar, tiene como fina la liberación del hombre de la miseria; en segundo lugar, hay que considerar que si la finalidad de la seguridad social es la liberación de la miseria, la política persigue este fin general a través de una serie de medidas dirigidas contra las distintas causas de miseria, es decir, contra los riesgos de inseguridad económica o riesgos sociales (accidentes de trabajo; enfermedad profesional; enfermedad común; invalidez; vejez; supervivencia; paro forzoso). En realidad, el examen de los diversos riesgos sociales permite establecer la conclusión de que todos ellos llevan a un mismo resultado final, a saber: la pérdida o disminución de la capacidad de ganancia del trabajador[54].

---

[50] Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, pp. XXIX-XXXII.

[51] Borrajo Dacruz, E.: "La negociación colectiva como fuente reguladora de las condiciones de trabajo: de los contenidos tradicionales a la nueva extensión material del convenio colectivo", en *Veinte años de Negociación Colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial. XIII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva,* edición preparada por Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, CCNCC, 2022, pp. 159-181, en particular p. 162.

[52] Borrajo Dacruz, E.: *Estudios jurídicos de previsión social,* Madrid, Aguilar, 1963.

[53] Borrajo Dacruz, E.: *Estudios jurídicos de previsión social,* Madrid, Aguilar, 1963, p. 22. La referencia, Pérez Botija, E.: *La Seguridad Social como servicio público,* Madrid, INP, 1954.

[54] Borrajo Dacruz, E.: *Política social*, Madrid, Doncel, 3ª ed., 1963, p. 59.

Piensa Borrajo que el seguro social es una combinación de la mutualidad (de donde toma el principio de solidaridad), del seguro mercantil y de la asistencia social. El seguro social desde su mismo nacimiento ha tenido una vocación expansiva, extendiendo su campo de aplicación a grupos distintos de los obreros, de manera que orientó su protección hacia la totalidad de la población o, al menos, hacia la totalidad de los trabajadores profesionales, sean obreros o nos. De otra parte, el seguro social tiende a cubrir a sus asegurados contra todos los riesgos sociales: el obrero tiene como riesgo típico el accidente de trabajo o la enfermedad, la vejez, el parado, etc., producen la misma consecuencia, amenazan con la miseria al trabajador y a su familia. La protección tiene que ser, lógicamente, una protección también total, contra todo riesgo. Aparentemente, pues, el seguro social tiende a ser un *seguro total obligatorio*. La tendencia en España es garantizar a garantizar el derecho de todos los españoles a la Seguridad y Asistencia Social. En relación a ello "el régimen español de Seguridad Social está en vías de una radical transformación, de modo que se organice sistemáticamente, de acuerdo con un *Plan nacional*, para que sus realizaciones práctica estén de acuerdo con el alto espíritu de justicia social y de hermandad entre todos los hombres y entre todas las tierras de España"[55]. La idea de planificación ha presidido la intrahistoria del desarrollo y *construcción* de la Seguridad Social a nivel internacional y nacional. Un proceso de construcción en el que tuvo un papel, no menor, el propio Efrén Borrajo[56].

.-Respecto a las bases de la Seguridad Social en la Constitución Española, señala Borrajo que "la Constitución española de 1978 emplea con frecuencia la expresión "Seguridad Social", tal y como puede verse en sus artículos 25.2, 41 y 149.1.17; sin embargo, es ya un tópico doctrinal que tal expresión recoge un *concepto abierto susceptible de un desarrollo múltiple*, de modo que el legislador dispone de una amplia facultad de acción y podrá optar en términos muy amplios en el momento de la decisión política. Tal libertad de acción arranca, en primer lugar, de la propia naturaleza del derecho de la Seguridad Social desde el momento en que la mención más directa al tema está en el citado art. 41, que se sitúa dentro "De los principios rectores de la política social y económica" (CE, Título I, cap. III). Por tanto, resulta de plena aplicación el débil régimen de garantías que la propia Constitución fija en su art. 53.3, con la regla específica de que tal derecho "… sólo podrá(n) ser alegado(s) ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las reglas que lo desarrolle(n)". Es un derecho que se acerca peligrosamente a la naturaleza de los reconocidos en una norma programática al viejo estilo, de modo que sólo es ejercitable desde el momento y en los términos en que se establezca por una Ley ordinaria"[57]. Estaríamos, así -se podría añadir- ante un concepto de *textura abierta*[58], que evoluciona conforme a la dinámica del tiempo histórico y las cambiantes decisiones de política del

[55] Borrajo Dacruz, E.: *Política social*, Madrid, Doncel, 3ª ed., 1963, pp.63-65.

[56] Véase Blanco Rodríguez, J.E.: *Planificación de la Seguridad Social Española,* Barcelona, Ediciones Marte, 1964, espec., pp. 21 y ss., donde aparecen en este proceso, Jordana de Pozas, Eugenio Pérez Botija, Efrén Borrajo Dacruz, Pérez Leñero, Carlos del Peso y Calvo, Manuel Alonso Olea, Luis Enrique de la Villa, Carlos Martí Bufill, Juan Eugenio Blanco Rodríguez, Mariano Ucelay Repollés, etcétera. Más ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007, pp. 21 y ss., 175 y ss., y 295 y ss.; Monereo Pérez, J. L.: "JUAN EUGENIO BLANCO RODRÍGUEZ (1918-2014): El compromiso activo en la implantación de un Sistema de Seguridad Social en España", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (19), (2019), pp. 277- 290. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/361. Del propio Beveridge, S.W.: *La bases de la Seguridad Social* (1943), trad. T. Ortiz, México, FCE, 2ª ed., 1946, espec., pp. 65 y ss., 120 y ss., y 167 y ss. (sobre el "Plan para la seguridad social"; "Las bases de la seguridad social" y "Seguridad social y política social"); Beveridge, S.W.: *Seguro social y servicios afines. Informe de Lord Beveridge* (1942), trad. C. López Alonso, 1989, espec., pp. 203 y ss. (sobre el plan de seguridad social) y 259 y ss. ("planificando" la seguridad social en el marco de la política social). Véase, al respecto, Monereo Pérez, J. L.: "William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de Seguridad Social", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (4), (2015), pp. 279-305. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/62.

[57] Borrajo Dacruz, E.: "La Seguridad Social en la Constitución española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional", en *Documentación Laboral*, núm. 30 (1990-I), pp. 11-53, en particular p. 13.

[58] En el sentido dado a esta expresión por Hart, H.L.A.: *El concepto de Derecho (1961),* trad. G. Carrio, México D.F., Editora Nacional, 2ª ed., 1980, espec., pp. 155 y ss.

Derecho social, sin perjuicio del núcleo irreductible que permite identificar el derecho constitucional la Seguridad Social. Cuestión distinta es si la *débil* garantía constitucional de la Seguridad Social en el texto constitucional es la más apropiada para el mantenimiento efectivo de un régimen público de Seguridad Social que garantice a todos los ciudadanos su derecho a la protección suficiente ante situaciones de necesidad, en la línea que se impone deducir, paradigmáticamente, del art. 12 de la Carta Social Europea Revisada de 1996[59]; atendiendo al bloque normativo finalista formado por los artículos 93 a 96 de la Constitución en conexión necesaria con el canon hermenéutico establecido categóricamente ex art. 10.2 de nuestra Norma Fundamental[60].

Una segunda causa de la enorme flexibilidad de que goza el legislador para configurar el régimen jurídico y económico de la Seguridad Social está - según Borrajo- en la propia Constitución al establecer ésta una dispersión entre las materias clásica de la concepción unitaria de la Seguridad Social y tratar por separado la Seguridad Social propiamente dicha en su art. 41; la protección de la salud y de los servicios preventivos y de las prestaciones correspondientes en su artículo 43; las medidas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los minusválidos en su art. 49; la protección social y los correspondientes servicios y prestaciones de los ciudadanos de la tercera edad en su art. 50; la protección social y económica de la familia en su art. 39; y así sucesivamente[61].

En tercer lugar, esta dispersión se corresponde con la dispersión o proliferación institucional con que se presenta el complejo sistema español de Seguridad Social existente en el momento de entrar en vigor la tan citada Constitución de 1978. El llamado sistema de Seguridad Social convivía, mal que bien, con una pluralidad de medidas beneficiarios públicas, asistencia social pública y otras medidas de protección social pública a cargo del Estado, de las Diputaciones provinciales, de los Ayuntamientos, en un entrecruzado tejido político-administrativo que se complicará con la puesta en marcha de las Comunidades Autónomas. Los artículos 148.20 y 21, y 149.1.16 y 17 reforzarán esta tendencia descentralizadora y colocarían las bases para que se emancipe un tercer sistema institucional: el sistema sanitario. En definitiva, tanto el sistema laboral como el sistema administrativo de la Seguridad Social presentan un marcado pluralismo institucional y amplitud en el margen de desarrollo legislativo de las previsiones constitucionales[62].

El gran problema para Efrén Borrajo es que existe una indefinición constitucional, pues en este marco institucional, donde la unidad formal queda negada por la realidad organizativa y funcional, "*se comprende que el precepto constitucional contenido en el art. 41 carezca de fuerza configuradora"*. Las normas legales dictadas desde 1979 más bien contradicen su contenido. Este desarrollo legislativo confirmaría que se están cumpliendo las previsiones de un sector de la doctrina sobre la disgregación del contenido clásico de la Seguridad Social (incluidas las del propio Efrén Borrajo, José Vida Soria, Luis Enrique de la Villa y Aurelio Desdentado Bonete), de modo que se

[59] Versión originaria de 1961: Instrumento de Ratificación, de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 (BOE, núm. 153, 26 junio 1980). Versión revisada de 1996. Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (BOE, núm. 139, de 11 de junio de 2021). Instrumento de ratificación del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995 (BOE, núm. 263, de 2 de noviembre de 2022).

[60] Me permito remitir a Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la seguridad social", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (DIRS), Granada, Comares, 2002; Monereo Pérez, J.L.: *La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis,* Murcia, Laborum (Colección Temas Puntuales), 2022; Monereo Pérez, J.L.: "Derecho de la Seguridad social (artículo 12 de la Carta Social Europea)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (DIRS): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* Granada, Comares, 2017.

[61] Borrajo Dacruz, E.: "La Seguridad Social en la Constitución española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional", en *Documentación Laboral*, núm. 30 (1990-I), pp. 14 y ss.

[62] Borrajo Dacruz, E.: "La Seguridad Social en la Constitución española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional", en *Documentación Laboral*, núm. 30 (1990-I), pp.14 y 16.

apuntan con firmeza los modelos normativos siguientes: a) En primer lugar, la asistencia sanitaria se independiza; b) En segundo lugar, los servicios sociales se radican en las Comunidades Autónomas; éstas aprovechan al máximo sus competencias exclusivas en materia de "asistencia social"; c) En tercer lugar, y con el fin de salvar esta dispersión tanto institucional como conceptual, cobra cada vez mayor fuerza el propósito de construir un Sistema de Protección Social Pública. Es así, en resumen, que aparece un nuevo concepto integrado, cual es el sistema de protección social pública en el que es posible encuadrar, a la vez, la Seguridad Social Pública (reducida a prestaciones económico y de naturaleza preferentemente contributiva) con asistencia social pública (con prestaciones económicas preferentemente de carácter no contributivo), con los servicios sociales (nacionales y territoriales y, en fin, con un servicio (tanto estatal como territorial) de salud". En este cuadro doctrinal -y en parte normativo- "el sistema de protección social pública tendría a su favor las reglas contenidas en los artículos 41, 43, 50, 148, 149 y concordantes de la Constitución. En el nuevo esquema integrador, la Seguridad Social contemplada en el art. 41 de la CE es una pieza más. El legislador goza de libertad al respecto tanto para mantener las líneas tradicionales de un sistema de Seguridad Social como para refundir las instituciones heredadas en este nuevo modelo de organización y de acción social. Considera que "*las bases político-jurídicas del sistema de protección social están, es claro, en la Constitución de 1978. Sus posibles límites, más que jurídicos, serán los que imponga la realidad sobre la que opere"*. Así, el dato económico y la capacidad de asunción de la novedad que pueda presentar la sociedad española en cuanto tal señalarán cuál es, de las posibilidades constitucionales existes, *la viable.* También habrá que contar con la mentalidad, intereses y capacidad de obstrucción de los grupos burocráticos afectados". Con todo, afirma que la Constitución permite distintas lecturas de sus preceptos, y sobre ellas reobran el político imaginativo y el funcionario estabilizado. Hay un componente de razonabilidad y otro de viabilidad, y en su determinación, la historia, la sociología, los intereses creados, los derechos reconocidos o en curso de adquisición, los estereotipos culturales; en suma, los complejos institucionales tienen la palabra final en cada circunstancia político-económica-jurídica[63].

Hace notar Efrén Borrajo que no existe propiamente un modelo constitucional de Seguridad Social. Entiende que el art. 41 de la Constitución, desde el 27 de diciembre de 1978, es un precepto abierto y sienta las bases para una organización dualista de un modelo de protección social: por un lado, el Sistema público de Seguridad Social, que será básico y obligatorio, a cargo de los "poderes públicos", y por otro lado, el Sistema de acción o de previsión social privado, que será complementario del público, y de carácter voluntario, a resultas de actos de la autonomía privada, y que estará a cargo de dichos particulares. Por otra parte, hay otros preceptos constitucionales que completan el cuadro: art. 43, sobre protección social de la salud; 50, sobre protección de la vejez, etc. Y hay, sobre todo, los preceptos que dan fundamento a la articulación a la articulación (o desarticulación) territorial o autonómica de la Seguridad Social. Estos últimos son los que generan, hoy día mayor tensión política; en cambio, el que deberá exigir mayor atención será, seguramente, el de la protección de la "Cuarta Edad", de los mayores de 80 años"[64].

Uno de los puntos de atención críticos que había destacado reiteradamente Efrén Borrajo ha sido el relativo a las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas[65]. En uno de sus trabajos más importante de su última etapa califica el estado de situación de manera contundente

[63] Borrajo Dacruz, E.: "La Seguridad Social en la Constitución española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional", en *Documentación Laboral*, núm. 30 (1990-I), pp. 19-22.

[64] Borrajo Dacruz, E.: "Presente y futuro del Sistema de Seguridad Social", en INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: *El sistema de pensiones en España. Conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambios. 25 Aniversario 1978-2003,* Madrid, INSS, 2003, pp. 302-316, en particular p. 306.

[65] Borrajo Dacruz, E.: "Comunidades Autónomas y Seguridad Social", en *Papeles de Economía Española*, Núm. 12/13 (1982), pp.187-196, con un criterio que se mantendría en otras publicaciones y reflexiones sobre esta problemática. Asimismo, Borrajo Dacruz, E., "Distribución de competencias entre el Poder Central y los Poderes Territoriales en materia sanitaria", *Revista de Derecho Público*, núm. 8, 1980, pp. 453-472.

al hacer referencia al "Asalto Autonómico". Estima Borrajo que "*la Constitución creó un Estado Único pero Compuesto y con sus silencios y ambigüedades (por ejemplo, art. 150.2; o Disposición Adicional 1ª) apuntó un cierto modelo federalista.* De ahí que se vea ahora como, sin cambiar el tenor literal del texto constitucional, mediante la aprobación, según procedimientos formales, de sendas Leyes Orgánicas se está produciendo una revisión constitucional material o de fondo, al modo de una "mutación genética estructural". La letra permanece, pero de entre los múltiples espíritus que en ella estaban latentes, emerge el que conviene a las fuerzas políticas que dominan las coaliciones; en este caso, las autonomías radicales. Sobre este telón de fondo, para la Seguridad Social son muy importantes los artículos que la Constitución dedica directamente al tema con ese nombre y a otros temas que, pese a sus específicas denominaciones, son conexos con la Seguridad Social: 41, 43, 49 y 50 ya citados y que se integrarían en esa parte de fines y objetivos. Pero son aún más importantes, si cabe, los artículos a integrar en la parte pragmática, del juego del poder, cuales son los que fijan las competencias de las Comunidades Autónomas en distintas materias; entre otros: -art. 148.1.20: asistencia social (que una interpretación estrictamente técnico-jurídico no podría abarcar los Servicios Sociales como técnica específica de protección social pública, pero que sería asumida en virtud de lo previsto en el art. 149.3 de la Constitución);-148.1.21. Sanidad e Higiene; -149.1.16: Sanidad y productos farmacéuticos; y -149.1.17ª sobre Seguridad Social" (el Estado dispone de competencia exclusiva en los dos ámbitos de "legislación básica" y "régimen económico"; y deja abierta una posible legislación "no básica")[66].

Hay que señalar al respecto, que "la Constitución fue incapaz de ser unívoca en su lenguaje". Al hacer referencia a la Seguridad Social (art. 41) es moderna y apunta al futuro. Pero al articular competencias respeta el pasado, el orden vital y habla de materias concretas a las que da los viejos nombres. El art. 149.1.17 es el que centra la distribución de competencias en materia de Seguridad Social. Suele decirse que es un precepto complejo, de difícil intelección. No necesariamente. Entiende que el reparto efectivo inicial respetó, en buena medida, el esquema constitucional, si bien ya aparecieron las tensiones entre el centro estatal y la periferia nacionalista en la redacción (ambiciosa) y en la aprobación (moderada o, al menos ambigua) de los Estatutos de Autonomía. El Capítulo más tenso fue el relativo a la Asistencia Social. Este maleable campo de la Acción Social quedó abierto en la Constitución a la descentralización territorial en el marco del Estado autonómico. De ahí que pudiera aventurar, desde 1979, que en un futuro previsible podría pasar, prácticamente íntegro, a las Comunidades autónomas. La configuración legal de ciertas medida de protección social como "Prestaciones no contributivas que se declaraban, al fin y al cabo, como prestaciones propias de la Seguridad Social, fue un hábil expediente para resistir el impulso territorial, pero están sometidas a fortísima presión en sentido contrario. Al final, se impuso la salomónica división de la Asistencia Social en "interna", dentro del Sistema estatal de la Seguridad Social, y "externa", que al cubrirse con recursos económicos, podía pasara a este orden competencial, tal y como ha decidido la STC 239/2002, de 11 de diciembre, de la que valor los votos particulares[67].

Ahora bien, a pesar de todo, el "principio de Caja Única" se mantuvo como correlato del principio de solidaridad social, y presupuesto esencial del principio de igualdad entre todos los españoles. Y con el principio político se respetó, también su proyección administrativa: la Tesorería General de la Seguridad Social. En definitiva, en el Sistema de Seguridad Social se suman los ingresos por cuotas y los provenientes de los Presupuestos Generales del Estado. La Tesorería General es

[66] Borrajo Dacruz, E.: "¿Qué será eso de la Seguridad Social?: Factores de tensión y líneas de tendencia", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Coordinadores): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, pp. 45-62, en particular p. 53.

[67] Borrajo Dacruz, E.: "¿Qué será eso de la Seguridad Social?: Factores de tensión y líneas de tendencia", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (COORDS): *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, pp. 45-62, en particular pp. 54-60, en particular p. 55.

única y tiene competencias de gestión de tan amplio volumen de recursos económicos. "Pero las Comunidades Autónomas más radicales llaman a la puerta de tal "*santa santorum"*. Se percibían los intentos de los Estatutos autonómicos de acrecentar sus pretensiones sobre cogestión, cuando no de pura y dura transferencia, de las competencias sobre reconocimiento de derechos del INSS y de la Tesorería. Efrén Borrajo había advertido de esta tendencia descentralizadora que también acabaría afectando al "principio de Caja Única", de manera más o menos explícita[68].

Ciertamente, el principio constitucional de solidaridad (artículos 2, 9.2 y 41 y siguientes de la Constitución) conduce, entre otras cosas, a la obligación estatal de establecer un Derecho Social de la redistribución. Es un principio inherente a la forma política del Estado Social de Derecho y una de sus instrumentos fundamentales es precisamente la Seguridad Social como sistema integrado de y eficaz de garantía del principio de solidaridad y con ello la concepción de los derechos sociales de la ciudadanía como típico derechos "desmercantilización" de los modos de satisfacción de las necesidad humanas hasta un determinado nivel de suficiencia y adecuación prestacional. El principio de solidaridad se combina a vez, materializándolo, con el principio de igualdad sustancial como dos aspectos inherentes a la cláusula del Estado Social de Derecho (art. 1.1 de la Constitución)[69].

Interrogándose sobre el presente y el futuro del Sistema de Seguridad Social señalaba que a partir de los datos normativos del Sistema, había que tener en cuenta un conjunto de factores concurrentes que ya operaron durante las primeras etapas históricas de la Seguridad Social y que siguen siendo operativos, ya sea como factores activos, ya sea como factores latentes o amortiguados; frenos y contrafrenos sobre la acción de trámite del presente hacia el futuro. Entre ellos distinguía -con lúcida anticipación de lo que habría de venir después:

1º. Factores de desarrollo lógico-abstracto frente a la realidad institucional: la tendencia unitaria y homogeneizadora; la resistencia al cambio y la tendencia a la diversidad (junto a la anterior tendencia también sigue operando el ancla tradicional que invoca el principio de subsidiariedad; es decir, que postula que se mantenga en las "unidades sociales menores" (Comunidad Autónoma, profesión, cuando no "aldea") la acción protectora de la Seguridad Social. De ahí que el buscado modelo unitario, o el dual simplificado, no parece que vayan a conseguirse fácilmente).

2º. La desagregación institucional de la acción protectora, subrayando que la propia Constitución jurídica, dentro y fuera de su art. 41, ofrece otras bases de organización del propio Sistema Público de la Seguridad Social. En efecto: en la Constitución hay dos artículos que ofrecen base jurídica para que se establezcan otros Cuadros Institucionales de la Protección Social, a saber: el Sistema Público de Sanidad (art. 43); el Sistema Público de Pensiones (art. 50); y el Sistema Público de Servicios Sociales (artículos 49 y 50). Es decir, la Constitución no determina fatalmente el ámbito objetivo de la Seguridad Social, su acción protectora. El legislador tiene la última palabra: hay un gran campo abierto a la decisión política, a las razones de oportunidad y conveniencia.

3º. El Factor Autonómico frente al facto estatal. Al respecto, cabe decir que la Constitución de 1978 ha sentado las bases de un Estado Único pero no Centralista. En la España de hoy hay 17 Comunidades Autónomas, cada una de ellas sometida a la unidad política que declara la Constitución; y cada una de ellas recogiendo el eco de un antiguo Reino de Taifas. La Constitución crea un Estado Único pero compuesto y, con sus silencios y ambigüedades (por ejemplo, art. 150.2; Disp. Adic.1ª) apunta un cierto modelo federalista, de modo que, sin cambiar la redacción del texto constitucional podría producirse una revisión constitucional material o de fondo, al modo de una mutación genética

[68] Borrajo Dacruz, E.: "¿Qué será eso de la Seguridad Social?: Factores de tensión y líneas de tendencia", cit., pp. 55-60.

[69] Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., pp. 201, y Capítulo III, pp. 251 y ss., en particular p. 252, y con referencia al "modelo de protección social", pp. 260-263; Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019, pp. 161 y ss.

estructural. También subraya el "principio de Caja Única" (en garantía del principio de Caja Única existe desde 1978, y se consolida, el organismo gestor más importante de todos los que operan en este campo: la Tesorería General de la Seguridad Social).

4º. El Factor Socio-Económico frente al factor cultural. El factor socio-económico recoge muchas circunstancias de hecho que afectan a la Seguridad Social Pública. Bastaría recordar tres siguientes: el peso de la población activa no ocupada; la evolución demográfica; y la rotación laboral. Borrajo llamó ya la atención la excesiva precariedad y rotación laborales

5º. En cuanto a la configuración futura de la Seguridad Social en respuesta a tales factores determinantes, toma en consideración la tensión entre la Seguridad Social pública y la previsión privada, por un lado, y por otro, la financiación con cuotas frente a la financiación a cargo del Estado. Toma en consideración las recomendaciones de los Pactos de Toledo. Constata, al tiempo, que la respuesta de los órganos político-estatales y de los firmantes de los pactos que han surgido del Diálogo Social desde 1995 e, en línea de tendencia, la siguiente: 1) El Estado cubrirá totalmente vía impuesto las prestaciones no contributivas; b) Las prestaciones contributivas se financiarán con cargo a cuotas; la cuota patronal y la aportación obrera o laboral. Pasar de cuotas a impuestos, y viceversa, es una decisión de gran calado político. El cambio en la financiación es, en verdad, un problema de Estado. Es un gravísimo problema. Exige, entre otras cosas, un *cambio de cultura histórica.* Hay que recordar -apunta- que en la razón de histórica de la Seguridad Social está la aportación del Estado, y que ya en España, desde 1970, se apuntaba el objetivo de alcanzar una cobertura vía impuestos de 33 por 100 en el Sistema, de un 69 por 100 como mínimo en la prestación social por desempleo; y de un 100 por 100 en la protección familiar. Hace notar que en la razón de ser de la Seguridad Social está el principio de solidaridad nacional, y no sólo el de solidaridad entre los directamente interesados. Concluye indicando que es posible y conveniente sostener que la separación y asignación de las fuentes de financiación del Pacto de Toledo, de la Ley 24/1997 y de otros compromisos políticos posteriores, puede y debe ser revisada. La aportación estatal ha de ser un recurso estable y creciente para la Seguridad Social. La asignación presupuestaria actual no es inamovible. Los recursos son reorientables. Para mejorar la aportación económica pública a la Seguridad Social no hay que aumentar, sin más, la presión social; no es un problema de volumen o de cantidad; es un problema de prioridades en la asignación de tales recursos públicos. El lector podrá observar la agudeza de Efrén Borrajo sobre lo que vendría después y aun lo que está por venir en el futuro de la Seguridad Social[70].

3. BIBLIOGRAFÍA DE EFRÉN BORRAJO DACRUZ (NO EXHAUSTIVA)

Borrajo Dacruz, E.: "La imputación del pago (estudio histórico-crítico)", en *Revista de Derecho Notarial,* abril-junio (1955).

Borrajo Dacruz, E.: *Sindicalismo obrero en Francia,* Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas/Instituto Balmes de Sociología, 1956.

Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al derecho del trabajo: concepto e historia del derecho del trabajo, la empresa, el sindicato, la administración laboral nacional e internacional, las fuentes del derecho del trabajo, la aplicación del derecho del trabajo,* Madrid, Tecnos, 2014 (23 edición; antes de la aprobación de la Constitución de 1978, varias ediciones, la última de entre ellas fue la 3ª edición de 1971).

Borrajo Dacruz, E.: *Altos cargos: régimen legal, directores de Cajas de Ahorro, criterios jurisprudenciales*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1984.

[70] Borrajo Dacruz, E.: "Presente y futuro del Sistema de Seguridad Social", en INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: *El sistema de pensiones en España. Conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambios. 25 Aniversario 1978-2003,* Madrid, INSS, 2003, pp. 302-316, en particular, pp. 306-316.

Borrajo Dacruz, E.: *Las cuotas sindicales y su recaudación por la empresa,* Madrid, Instituto de Estudios Sociales, 1981.

Borrajo Dacruz, E., y López Monis De Cabo, C.: *La protección por desempleo en el sistema español de Seguridad Social,* Madrid, Fundación Universidad Empresa, 1978.

Borrajo Dacruz, E.: *Política y Derecho del Trabajo,* Madrid, Doncel, 1976.

Borrajo Dacruz, E.: *Política social (1959), 15ª ed.,* Madrid, Doncel, 1975.

Borrajo Dacruz, E.: *Derecho del Trabajo,* Formación del Espíritu Nacional, del plan de estudios de secundaria, Madrid, Doncel, 1973.

Borrajo Dacruz, E.: *Estudios jurídicos de previsión social,* Madrid, Aguilar, 1963.

Borrajo Dacruz, E.: *Universidades laborales: balance y perspectiva 1969-1975,* Dirección General de Promoción Social, Madrid, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, 1974.

Borrajo Dacruz, E.: "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social", en *Revista de Política Social*, 1978, nº (120), pp. 47 a 70.

Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo", en *Revista de Sociología,* números 46 y 47.

Borrajo Dacruz, E.: «Los supuestos ideológicos del Derecho del Trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 57 (1960), pp. 4-24.

Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963.

Borrajo Dacruz, E.: "La integración de las situaciones de invalidez en la Ley de Bases de Seguridad Social y su aplicación en el Derecho comparado", en *Revista de Política Social,* núm. 61 (1964), pp. 163-196.

Borrajo Dacruz, E.: "Génesis y desarrollo del Derecho social del Trabajo", en *Boletín del Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos,* núm. 1 (1976).

Borrajo Dacruz, E.: "Los convenios colectivos en el nuevo marco de las relaciones laborales (Una introducción al Estatuto de los Trabajadores", *Revista de estudios sociales*, nº1 (1979).

Borrajo Dacruz, E.: "La Seguridad Social en la Constitución española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional", en *Documentación Laboral*, núm. 30 (1990-I), pp. 19-22.

Borrajo Dacruz, E.: "Presente y futuro del Sistema de Seguridad Social", en INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: *El sistema de pensiones en España. Conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambios. 25 Aniversario 1978-2003,* Madrid, INSS, 2003, pp. 302-316.

Borrajo Dacruz, E.: "Comunidades Autónomas y Seguridad Social", en *Papeles de Economía Española*, Núm. 12/13 (1982), pp.187-196, con un criterio que se mantendría en otras publicaciones y reflexiones sobre esta problemática.

Borrajo Dacruz, E.: "De la previsión social a la protección en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución", en *Economía y sociología del trabajo,* núm. 3 (1989), pp. 12-36.

Borrajo Dacruz, E., "Distribución de competencias entre el Poder Central y los Poderes Territoriales en materia sanitaria", *Revista de Derecho Público*, núm. 8, 1980, pp. 453-472.

Borrajo Dacruz, E.: "Fundamentos de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900)", en *Cien Años de Seguridad Social,* Madrid, Fraternidad-Muprespa y UNED, 2000, pp. 81-89.

Borrajo Dacruz, E.: "¿Qué será eso de la Seguridad Social?: Factores de tensión y líneas de tendencia", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Coords): *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, pp. 45-62.

Borrajo Dacruz, E.: "Accidentes de Trabajo y Extranjería", en *Accidentes de Trabajo y Mutuas,* Efrén Borrajo Dacruz (Dir.), Madrid, La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2008, pp. 27-77.

Borrajo Dacruz, E.: "El derecho al trabajo en la sociedad española de siglo XXI", en *Actualidad Laboral,* núm. 19 (2007), pp. 2268-2289.

Borrajo Dacruz, E.: "Trabajo de la mujer a tiempo parcial, principio de igualdad y pensión de jubilación: reflexiones sobre el Auto del Tribunal de Justicia de Murcia, Sala de 8 de enero de 2007", en *Actualidad Laboral,* núm. 13 (2007), pp. 1558-1563.

Borrajo Dacruz, E.: "Trabajo de la mujer a tiempo parcial, principio de igualdad y pensión de jubilación: reflexiones sobre el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Social de 8 de enero de 2007", en *Actualidad Laboral,* núm. 13 (2007), pp.1558-1563.

Borrajo Dacruz, E.: "El accidente de trabajo "in itinere": ampliaciones judiciales", en *Actualidad Laboral,* núm. 5 (2007), pp. 537-539.

Borrajo Dacruz, E.: "La jubilación laboral como institución jurídica: vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (2005), pp.1864-1890.

Borrajo Dacruz, E.: "Interpretación y desarrollo de un convenio colectivo: diferencias de naturaleza", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (2005), pp. 183-187.

Borrajo Dacruz, E.: "El Estatuto delos Trabajadores: XXV aniversario", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (2005), pp. 508-516.

Borrajo Dacruz, E.: "Derechos fundamentales y relación de trabajo: casos judiciales significativos", en *Actualidad Laboral,* núm. 3 (2004), pp. 267-286.

Borrajo Dacruz, E.: "El principio de paridad salarial: alcance y excepciones, en especial por razón de fecha de ingreso en la empresa", en *Anales de derecho: Colección Huarte de San Juan,* núm. 5 (2004), pp. 95-2004, pp. 95-108.

Borrajo Dacruz, E.: "Negociación colectiva y liberta de empresa", en *Revista del Instituto de Estudios Económicos,* núm. 4 (2004), pp. 325-364.

Borrajo Dacruz, E.: "La negociación colectiva como fuente reguladora de las condiciones de trabajo: de los contenidos tradicionales a la nueva extensión material del convenio colectivo", en *Veinte años de Negociación Colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial. XIII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva,* edición preparada por Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, CCNCC, 2000, pp. 159-181.

Borrajo Dacruz, E.: "Dos décadas de experiencia de negociación colectiva: funciones y disfunciones de la regulación estatutaria", *Actualidad laboral*, Nº 1, 2000, pp. 131-151.

Borrajo Dacruz, E.: "Envejecimiento de la sociedad y jubilación gradual y flexible", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (2003), pp. 387-416.

Borrajo Dacruz, E.: "Los salarios de tramitación: mito y realidad", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (2003), pp. 197-225.

Borrajo Dacruz, E.: "El "Decretazo": constitucionalidad de la supresión de los salarios de tramitación en el despido improcedente", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (2003), pp. 613-622.

Borrajo Dacruz, E.: "Periodistas, cláusulas de conciencia y resolución de contrato", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (2003), pp. 639-645.

Borrajo Dacruz, E.: "Los convenios colectivos de trabajo entre ley y la jurisprudencia (1)", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (2002), pp. 589-605.

Borrajo Dacruz, E.: "El nacimiento del Derecho del Trabajo: el debate ideológico y la situación social en la España de 1902", en *Actualidad Laboral,* núm. 9 (2002), pp.165-188.

Borrajo Dacruz, E.: "Reforma laboral y jurisprudencia en materia de negociación colectiva de trabajo", en *Actualidad Laboral,* núm. 3 (2001), pp. 659-680.

Borrajo Dacruz, E.: "Convenios colectivos de trabajo: de los contenidos tradicionales a las nuevas materias", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (2001), pp. 85-102.

Borrajo Dacruz, E.: "Dos décadas de experiencia de negociación colectiva: funciones y disfunciones de la regulación estatutaria", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (2000), pp. 131-151.

Borrajo Dacruz, E.: "Los convenios colectivos del trabajo en el XX Aniversario de la Constitución: puntos críticos", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* Nº. Extra 24 (1999) (Ejemplar dedicado a: Estudios de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea), pp. 9-24.

Borrajo Dacruz, E.: "Incidencia de una ley de presupuestos en una ley anterior: posición del Tribunal Constitucional", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (2001), pp. 385-396.

Borrajo Dacruz, E.: "La relación laboral especial de alta dirección", en *iuris: Actualidad y práctica del derecho,* núm. 35 (2000), pp. 50-60.

Borrajo Dacruz, E.: "El sistema público de Seguridad Social: presente inquieto y futuro abierto", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (1999), pp. 7-25.

Borrajo Dacruz, E.: "Incentivos a la contratación indefinida, a tiempo completo y a tiempo parcial: cuadro-resumen de los programas de 1998 y 1999", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (1999), pp. 215-218.

Borrajo Dacruz, E.: "Régimen jurídico de la jubilación anticipada en la titularidad de las explotaciones agrarias: CEE y España", en *Actualidad Laboral,* núm. 3 (1998), pp. 751-769. (Publicado también en la *Revista de derecho agrario y alimentario,* núm. 14 (1998), pp. 7-13).

Borrajo Dacruz, E.: "Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencia", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (1998), pp. 373-406.

Borrajo Dacruz, E.: "Socios-trabajadores y administradores de sociedades de capital en el sistema de Seguridad Social", en *Actualidad Laboral,* núm. 3 (1997), pp. 957-975.

Borrajo Dacruz, E.: "Los nuevos contratos laborales o la magia social de las leyes pactadas", en *Actualidad laboral,* núm. 2 (1997), pp. 625-656.

Borrajo Dacruz, E.: "Bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social y nuevas contrataciones laborales: cuadro-resumen", en *Actualidad laboral,* núm. 2 (1997), pp.777-779.

Borrajo Dacruz, E.: "Selección de las normas aplicables para determinar las obligaciones y responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales de las empresas que trabajan en régimen de coordinación de actividades", en *Actualidad laboral,* núm. 1 (1997), pp.157-163.

Borrajo Dacruz, E.: "¿La ignorancia de la Ley Laboral excusa de su cumplimiento?", en *Actualidad laboral,* núm. 3 (1996), pp.577-583.

Borrajo Dacruz, E.: "La no discriminación salarial por razón de sexo y la lucha por el derecho", en *Actualidad laboral,* núm. 3 (1996), pp.813-818.

Borrajo Dacruz, E.: "¿Reforma laboral o nuevo Derecho del Trabajo?", en *Actualidad laboral,* núm.3 (1994), pp. 543-549.

Borrajo Dacruz, E.: "Libertad de opción y responsabilidad del estado-legislador frente a las Directivas comunitarias europeas: La experiencia del FOGASA", en *Actualidad laboral,* núm.3 (1994), pp.567-578.

Borrajo Dacruz, E.: "Doctrina constitucional en materia laboral (enero-junio 1993)", en *Actualidad laboral,* núm. 1 (1994), pp.197-207.

Borrajo Dacruz, E.: "La paga de participación en beneficios en la banca privada: puntos críticos", en *Actualidad laboral,* núm.3 (1993), pp. 757-772.

Borrajo Dacruz, E.: "Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la regulación del trabajo: Balance y nuevas perspectivas", en *Actualidad laboral,* núm.1 (1993), pp. 51-56.

Borrajo Dacruz, E.: "Ejecución de sentencias: Criterios jurisprudenciales", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (1993), pp. 135-144.

Borrajo Dacruz, E.: "Poder normativo y poder judicial en la elaboración del nuevo Derecho del Trabajo", en *Actualidad Laboral,* núm. 3 (1992), pp.761-775.

Borrajo Dacruz, E.: "Nuevas manifestaciones del Derecho Vivo del Trabajo", en *Actualidad laboral,* núm. 2 (1992), pp. 543-548.

Borrajo Dacruz, E.: "Directiva (CEE) 91/533/CEE, de 14 de octubre de 1991, sobre la obligación del empresario de informar al trabajador de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o relación "D.O.C.E", 18 octubre 1991", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (1992), pp. 221-225.

Borrajo Dacruz, E.: "Directiva (CEE) 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo "D.O.C.E", 26 junio 1989", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (1992), pp.226-236.

Borrajo Dacruz, E.: "Directiva (CEE) 91/383/CEE, de 25 de junio de 1991, completa las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal", "D.O.C.E", 29 julio 1991, *Actualidad Laboral,* núm. 1 (1992), pp. 236-240.

Borrajo Dacruz, E.: "Directiva (CEE) 89/654/CEE, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo, "D.O.C.E", 30 diciembre 1989", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (1992), pp. 240-253.

Borrajo Dacruz, E.: "Modelos normativos de negociación colectiva en Europa: cuadro general", en *Actualidad Laboral,* núm.3 (1991), pp. 549-561.

Borrajo Dacruz, E.: "Modulación contractual de las mejoras salariales", en *Actualidad Laboral,* núm.1 (1991), pp. 105-119.

Borrajo Dacruz, E.: «Mejoras salariales voluntarias y cesta de Navidad», en *Actualidad laboral,* núm. 19 (1994).

Borrajo Dacruz, E.: "Agentes de comercio laborales y mercantiles", en *Actualidad Laboral,* núm.1 (1991), pp.165-173.

Borrajo Dacruz, E.: "Notas sobre el régimen jurídico de la denuncia de un Convenio Colectivo por una asociación empresarial no firmante del Convenio denunciado", en *Documentación Laboral,* núm. 35 (1991), pp. 11-30.

Borrajo Dacruz, E.: "Los representantes sindicales no están obligados a cumplir las órdenes ilegales del sindicato", en *Actualidad Laboral,* núm.9 (1990), pp.587-592.

Borrajo Dacruz, E.: "La Seguridad Social en la Constitución española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional", en *Documentación Laboral,* núm. 30 (1990), pp. 11-54.

Borrajo Dacruz, E.: "Derecho de información de los trabajadores en materia de contratación y de condiciones laborales en el ETT", en *Revista de Trabajo,* núm. 100 (1990), pp. 405-422.

Borrajo Dacruz, E.: "De la previsión social a la protección social: bases histórico-institucionales hasta la Constitución", en *Economía y sociología del trabajo,* núm. 3 (1989), pp. 12-36.

Borrajo Dacruz, E.: "Repertorio sistemático, según la constitución, de las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia laboral y de Seguridad Social (enero 1986-junio1988)", en colaboración con C. Navarro Gallel, *Actualidad Laboral,* núm. 2 (1988), pp. 1769-1800.

Borrajo Dacruz, E.: "Régimen jurídico aplicable al personal eclesiástico que presta servicios docentes en un centro privado dependiente de la entidad a la que pertenece", en *Estudios eclesiásticos. Revista de investigaciones e información teológica y canónica,* Vol. 63, núm. 246 (1988), pp. 327-350.

Borrajo Dacruz, E.: "Delegados sindicales: ¿De la empresa o en el centro de trabajo?", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (1987), pp. 1849-1863.

Borrajo Dacruz, E.: "Derecho vivo del trabajo: 1984-1987", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (1987), pp.2289-2290.

Borrajo Dacruz, E.: "Criterios judiciales sobre la revisión de los complementos, a cargo de la empresa, del subsidio de ILT", en *Actualidad laboral,* núm. 2 (1986), pp. 2050-2067.

Borrajo Dacruz, E.: "De las Comunidades Europeas a la Unión Europea: El Acta Única y la Europa Social", en *Actualidad laboral,* núm. 1 (1986), pp.1001-1012.

Borrajo Dacruz, E.: «Indisponibilidad de derechos pactados y condición más beneficiosa», en *Actualidad Laboral,* núm. 53 (1985).

Borrajo Dacruz, E.: "La Ley Orgánica de Libertad Sindical en la interpretación del Tribunal Constitucional", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (1985), pp. 2137-2145.

Borrajo Dacruz, E.: "Canon sindical y LOLS", en *Actualidad laboral,* núm. 2 (1985), pp. 2426-2430.

Borrajo Dacruz, E.: "Eficacia jurídica del AES", en *Actualidad Laboral,* num. 1 (1985), pp. 721-732.

Borrajo Dacruz, E.: "El personal de alta dirección en la empresa", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 22 (1985), pp. 157-180.

Borrajo Dacruz, E.: "La reforma de la Seguridad Social: de los modelos teóricos a las revisiones razonables: El Informe Beveridge en 1985", en *Documentación Laboral,* núm. 15 (1985), pp. 7-42.

Borrajo Dacruz, E.: "Sindicatos y negociación colectiva en el Proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* Nº. Extra 1 (1985) (Ejemplar dedicado a: Seminario sobre El proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical), pp. 143-160.

Borrajo Dacruz, E.: "Derecho vivo del Trabajo", en *Actualidad laboral,* núm. 1 (1984), pp. 1-8.

Borrajo Dacruz, E.: "Sistemas de conciliación, mediación y arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo", en *Documentación Laboral,* núm. 10 (1983), pp. 7-32.

Borrajo Dacruz, E.: "La no discriminación por razón de sexo y sus efectos y garantías en el Derecho español del Trabajo", en *Documentación Laboral,* núm. 7 (1983), pp. 31-50.

Borrajo Dacruz, E.: "Sindicatos y colegios profesionales: notas para un estudio", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 22 (1982) (Ejemplar dedicado a: Metodologías y Derecho Privado), pp. 71-100.

Borrajo Dacruz, E.: "Comunidades Autónomas y Seguridad Social", en *Papeles de economía española,* núm. 12-13 (1982), pp. 187-196.

Borrajo Dacruz, E.: "Los derechos colectivos de los médicos del sector público", en *Revista de Seguridad Social,* núm. 13 (1982), pp. 7-32.

Borrajo Dacruz, E.: "Objetivos y bases legales para la promoción de la formación profesional en razón del empleo en España", en *Revista de Trabajo,* núm. 66 (1982), pp. 9-27. Borrajo Dacruz, E.: "El modelo constitucional de la seguridad social en España", en *Revista de trabajo,* núm. 65 (1982), pp. 25-42.

Borrajo Dacruz, E.: "El derecho de huelga de los funcionarios públicos en la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista española de derecho constitucional*, núm.2 (1981), pp. 131-158

Borrajo Dacruz, E.: "Conservación de la relación de trabajo cuando el trabajador también ocupa un puesto de alta dirección en la Empresa", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 1 (1980), pp. 7-14.

Borrajo Dacruz, E.: "El derecho a la asistencia sanitaria en la Seguridad Social", en *Revista de Seguridad Social,* núm. 8 (1980), pp. 7-56.

Borrajo Dacruz, E.: "Organización administrativa del Régimen General de la Seguridad Social en Francia: estudio especial de la participación de los interesados", en *Revista de Seguridad Social,* núm. 4 (1979), pp. 75-106.

Borrajo Dacruz, E.: "La imprescriptibilidad del derecho a las pensiones: del Código Civil al nuevo Derecho de la Seguridad Social", *Revista de Seguridad Social*, nº. 2 (1979), pp. 7-27.

Borrajo Dacruz, E.: "Bases para una configuración comunitaria de la empresa en España", en *Revista de Trabajo,* números 41-42 (1973).

Borrajo Dacruz, E.: "Bases para una configuración comunitaria de la empresa en España", en *Revista de Trabajo,* núm. 26 (1969), pp. 9-45.

Borrajo Dacruz, E.: "El contenido de la relación jurídica de seguro social", Revista de derecho mercantil, números 76 y 77 (1960), pp. 301-342 y 57-116, respectivamente.

Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo", en *Cuadernos de política social,* núm. 33 (1957), pp. 7-26.

Borrajo Dacruz, E.: "Problemas comunes al Derecho mercantil y al Derecho del Trabajo (Derecho especial y Derecho nuevo)", en *Revista de Derecho mercantil,* núm. 66 (1957).

Borrajo Dacruz, E.: "Los auxiliares del comerciante en Derecho español", en *Revista de derecho mercantil,* núm. 63 (1957), pp. 7-46.

Borrajo Dacruz, E.: "Los auxiliares del comerciante en Derecho español (Conclusión)", en *Revista de derecho mercantil,* núm. 64 (1957), pp. 245-284.

Borrajo Dacruz, E.: "La relación laboral del penado interno en establecimientos penitenciarios: puntos críticos en su aplicación judicial", en *Libro homenaje a Abdón Pedrajas Moreno,* Tomás Sala Franco; Abdón Pedrajas Moreno (Coord.), 2012, pp. 127-142.

Monereo Pérez, J.L.: "La enseñanza del derecho del trabajo y el método de casos con apoyo jurisprudencial", en *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos,* Luis Miguel Camps Ruíz, Juan Manuel Ramírez Martínez, Tomás Sala Franco (Coords), Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 21-30.

Borrajo Dacruz, E.: "Derecho vivo del trabajo y jurisprudencia unificada: el caso del despido de la trabajadora embarazada", en *Jurisprudencia e instituciones jurídico-laborales; estudio en Homenaje al profesor Ramírez Martínez con motivo de su jubilación,* Jesús García Ortega (Coord.), 2009, pp. 17-54.

Borrajo Dacruz, E.: "Qué será eso de la Seguridad Social?: factores de tensión y líneas de tendencia", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (COORDS.), Granada, Comares, 2008, pp. 45-62.

Borrajo Dacruz, E.: "La jubilación laboral como institución jurídica (vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo)", en LÓPEZ CUMBRE, L. (Coord.): *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación,* 2007, pp. 143-178.

Borrajo Dacruz, E.: "Los convenios colectivos extraestatutarios (base constitucional y casos significativos)", en *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España: estudios en homenaje al profesor Sala Franco,* Pérez De Los Cobos Y Orihuel, F. Y Goerlich Peset, J.M. (Coords.), 2005, pp. 621-640.

Borrajo Dacruz, E.: "Negociación colectiva y libertad de empresa", en *Libertad de empresa y relaciones laborales en España,* Francisco Pérez de los Cobos y Orihuel (Coord.), Instituto de Estudios Económicos, 2005, pp. 347-386.

Borrajo Dacruz, E.: "Presente y futuro del Sistema de Seguridad Social", en INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: *El sistema de pensiones en España. Conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambios. 25 Aniversario 1978-2003,* Madrid, INSS, 2003, pp. 302-316.

Borrajo Dacruz, E.: "Presentación de escritos a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales laborales", en *El proceso laboral: Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa,* Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 95-118.

Borrajo Dacruz, E.: "La negociación colectiva como fuente reguladora de las condiciones de trabajo: de los contenidos tradicionales a la nueva extensión material del convenio colectivo", en *Veinte años de negociación colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial,* Madrid, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2001, pp. 159-181.

Borrajo Dacruz, E.: "Derecho social y derecho legal en la España del Cid: conexiones con problemas y tendencias de la España actual del fin del siglo y de milenio", en *Puntos críticos interdisciplinares en las relaciones laborales,* Pedrajas Moreno, A. (Dir.), 2000, pp. 31-53.

Borrajo Dacruz, E.: "Estampas sociales y la jacobeas en la España del Cid", en *El arpa románica en el camino de Santiago y su entorno socio-cultural,* 1999, pp. 23-44.

Borrajo Dacruz, E.: "La reconversión del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: puntos críticos", en VV.AA.: *Las reformas laborales: análisis y aplicación práctica*, Pedrajas Moreno, A. (Coord.), Valladolid, Lex Nova, 1999, pp. 21-41.

Borrajo Dacruz, E.: "Administraciones públicas y contratación laboral en la jurisprudencia", en VV.AA.: *Libro Homenaje a Jesús López Medel,* 1999, pp. 2233-2270.

Borrajo Dacruz, E.: "La protección social de las personas mayores: puntos críticos", en *Las actividades económicas de las personas mayores,* 1995, pp. 497-508.

Borrajo Dacruz, E.: "Extinción del contrato de trabajo deportivo por voluntad del fufbolista profesional", en VV.AA: *Homenaje al Profesor Juan García Abellán,* Murcia, Universidad de Murcia, 1994, pp. 27-40.

Borrajo Dacruz, E.: "Sistema de protección social", en *Tendencias sociales en España (1960-1990),* Santiago del Campo (Coord.), Vol.2, 1994, pp. 165-198.

Borrajo Dacruz, E.: "Arbitrajes", en *Tendencias sociales en España (1960-1990),* Santiago del Campo (Coord.), Vol.2, 1994, pp. 347-362.

Borrajo Dacruz, E.: "Poder normativo y poder judicial en la elaboración del nuevo Derecho del Trabajo", en *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Madrid, 1993, pp. 563-586.

Borrajo Dacruz, E.: "La Seguridad Social en la Constitución Española", en VV.AA.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, Vol. 2, Martínez Retortilo Baquer, S. (Coord.), Madrid, Civitas, 1991, pp. 1485-1520.

Borrajo Dacruz, E.: "Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores", en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo: Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea,* Montoya Melgar, A., Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. (Coord), 1990.

Borrajo Dacruz, E.: "Régimen jurídico aplicable al personal eclesiástico que presta servicios docentes en un centro privado dependiente de la entidad a la que pertenece", en *Constitución y acuerdos Iglesias-Estado: actas del II Simposio Hispano-Alemán,* Joseph Listl, Carlos Corral Salvador (ed.), 1988.

Borrajo Dacruz, E.: "Prescripción del salario y derecho transitorio", en *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos,* 1982, pp. 911-922.

Borrajo Dacruz, E.: "La recaudación de las cuotas sindicales por la empresa en el Derecho francés", en *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón,* Madrid, Tecnos, 1980, pp. 57-68.

Borrajo Dacruz, E. (Coord.): *Nueva sociedad y derecho del trabajo,* Madrid, La Ley Wolters Kluwer, 2004.

Borrajo Dacruz, E. (Coord.): *Derecho vivo del trabajo y constitución: Estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González,* junto con Tomás Sala Francos y Juna Manuel Ramírez Martínez, Madrid, La Ley Wolters Kluwer, 2003.

Borrajo Dacruz, E. (Coord.): *Trabajo y libertades públicas,* Madrid, La Ley-Actualidad Wolters Kluwer, 1999.

Borrajo Dacruz, E. (Coord.): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores,* Madrid, La Ley Wolters Kluwe, 1995. Tomos I (vol.1 y vol. 2) y Tomo 2.

Borrajo Dacruz, E. (Coord.): *Mujer, Trabajo y Seguridad Social,* Madrid, La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2010.

4. TRABAJOS SOBRE EFRÉN BORRAJO DACRUZ

Sosa Wagner, F. y Fuertes, M.: *Conversaciones sobre la justicia, el Derecho y la Universidad (Entrevistas a diez maestros)*, Marcial Pons (Madrid, 2009), pp. 11 y ss.

Ramiréz Martínez, J.M. y Sala-Franco, T.: "IN MEMORIAN. Efrén Borrajo Dacruz", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 62 (2022).

Ramiréz Martínez, J.M.y Sala-Franco, T. (Coords.): *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al profesor doctor Efrén Borrajo Dacruz,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: "La doctrina científica en la aplicación del Derecho del Trabajo", en *Revista del Ministerio de Trabajo E Inmigración,* núm. 88 (2010), pp. 261-301.

NÚMERO ESPECIAL DE LAS REVISTAS "DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL" Y "CRÍTICA DE RELACIONES DE TRABAJO" LABORUM. HOMENAJE AL PROFESOR EFRÉN BORRAJO DACRUZ. 2022/2023.

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Rodríguez Escanciano, S. (DIRECTORES). López Insua, B.M. y Guindo Morales, S. (COORDINADORAS).

[Con aportaciones doctrinales sobre la obra de Efrén Borrajo Dacruz de José Luis Monereo Pérez; Francisco Vila Tierno; Susana Rodríguez Escanciano; Tomás Sala Franco; Juan Manuel Ramírez Martínez; Antonio V. Sempere Navarro; José María Goerlich Peset; Francisco Pérez de los Cobos y Orihuel; María de las Nieves Moreno Vida; Faustino Cavas Martínez; Lourdes López Cumbre; José Luján Alcaraz; Jesús Martínez Girón; Alberto Arufe Varela; Carlos Luis Alfonso Mellado; Luis Enrique de la Villa Gil; Juan José Fernández Domínguez; Sara Guindo Morales; Inmaculada Ballester Pastor; Juan Antonio Maldonado Molina; Antonio Márquez Prieto; Guillermo Rodríguez Iniesta; Ignacio García Ninet; Andrés Ramón Trillo García; Cristina Sánchez-Rodas; Carmen Salcedo Beltrán; Carlos García de Cortázar; Belén del Mar López Insua].

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