Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

1er Trimestre 2023 nº 34

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- Reformas en las pensiones de la Seguridad Social a cierre del año 2022 e inicios de 2023
  José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- La tramitación y resolución de expedientes sancionadores especiales en el ámbito de las infracciones del Orden Social: en especial, los referidos a la Seguridad Social
  Juan Carlos Álvarez Cortés y Javier Eduardo Quesada Lumbreras
- Prevención de riesgos laborales con perspectiva de género: novedades en el trabajo doméstico
  Laura Casanova Martín

Estudios de Doctrina Judicial

- Fecha del Hecho Causante de la IP en caso de revisión de grado. Repercusiones en orden al complemento por maternidad. La STS 4 de octubre de 2022
  Juan Antonio Maldonado Molina
- Jubilación activa en el trabajo autónomo y percibo del 100% de la pensión
  Mª Belén Fernández Collados
- Pensión de Jubilación parcial con periodos de trabajo concentrados. Derecho a la prestación por desempleo por ERTE. Comentario a la STS de 27 de septiembre de 2022
  Daniel Toscani Giménez
- A vueltas con la orfandad absoluta. El incremento del porcentaje de la pensión al huérfano con progenitor supérstite privado de la patria potestad. Comentario a la STS del 7 de septiembre de 2022
  Patricia Nieto Rojas

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- Un pleito de Seguridad Social del siglo XXI, si comparado con el derecho español. A propósito de la interpretación por el Tribunal Federal Alemán de Seguridad Social del concepto de prestaciones de Seguridad Social contributiva de dependencia por «vivienda compartida»
  Alberto Arufe Varela
- Instrumentos que acreditan la titularidad de los derechos de Seguridad Social en el sistema de coordinación de la Unión Europea
  Verónica Lidia Martínez Martínez

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

María Nieves Moreno Vida

Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social

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

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

- Recientes modificaciones efectuadas en el reglamento de la ley orgánica de extranjería y otras modificaciones en materia de extranjería
  Arcadio Delgado Castañeda

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- Aspectos Sociales del semestre europeo 2023
  Daniel Pérez del Prado

Clásicos de la Seguridad Social

- GUMERSINDO DE AZCÁRATE Y MENÉNDEZ (1840-1917): Krausoinstitucionismo republicano, organicismo y reforma social integral
  José Luis Monereo Pérez

Ediciones Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

1er Trimestre 2023 Nº 34

© Ediciones Laborum, S.L.

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

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

Revista de Derecho de la Seguridad Social
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

Todos los derechos reservados durante un año desde la fecha de publicación y Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0 pasado el primer año de la fecha de publicación. Más información sobre esta licencia en: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es

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.

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

Contenido

EDITORIAL **11**

REFORMAS EN LAS PENSIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL A CIERRE DEL AÑO 2022 E INICIOS DE 2023 ..... **13**

José Luis Monereo Pérez

Guillermo Rodríguez Iniesta

1. INTRODUCCIÓN 13
2. REFORMAS Y NOVEDADES EN LAS PENSIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL 15
3. DETERMINACIÓN Y LÍMITE INICIAL DE LAS PENSIONES 17
4. MÍNIMOS DE LAS PENSIONES 17
5. ACTUALIZACIÓN DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS (PNC) Y OTRAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL 21
6. PENSIONES SOVI 21
7. PRESTACIONES FAMILIARES 22
8. COMPLEMENTO DE PENSIONES PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO 23
9. SUBSIDIOS ECONÓMICOS PARA DISCAPACITADOS Y PENSIONES ASISTENCIALES 24
10. AYUDAS SOCIALES A LOS AFECTADOS POR EL VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA 24
11. PRESTACIÓN ECONÓMICA RECONOCIDA AL AMPARO DE LA LEY 3/2005, DE 18 DE MARZO 24
12. JUBILACIÓN 25
13. PENSIONES CONTRIBUTIVAS 31
14. INGRESO MÍNIMO VITAL 32
15. CLASES PASIVAS DEL ESTADO 34
16. APUNTE FINAL 37

ESTUDIOS DOCTRINALES **39**

LA TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTES SANCIONADORES ESPECIALES EN EL ÁMBITO DE LAS INFRACCIONES DEL ORDEN SOCIAL: EN ESPECIAL, LOS REFERIDOS A LA SEGURIDAD SOCIAL **41**

Juan Carlos Álvarez Cortés

Javier Eduardo Quesada Lumbreras

1. INTRODUCCIÓN 41
2. ANTES DE LA APERTURA DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR: ACTIVIDADES PREVIAS DE COMPROBACIÓN 43
3. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO "COMÚN" SANCIONADOR EN EL ORDEN SOCIAL 44
4. TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN MATERIA DE INFRACCIÓN 50
5. BIBLIOGRAFÍA 66

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: NOVEDADES EN EL TRABAJO DOMÉSTICO **69**

Laura Casanova Martín

1. INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES 69
2. UN REPASO AL MARCO JURÍDICO APLICABLE A LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO 71
3. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y EMPLEO DOMÉSTICO 74
4. LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO NÚM. 190 OIT: LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL TRABAJO COMO RIESGO PSICOSOCIAL ESPECÍFICO 79

5. CONCLUSIONES: NUEVOS Y VIEJOS INTERROGANTES EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA PREVENTIVA EN EL EMPLEO DOMÉSTICO 83
6. BIBLIOGRAFÍA 84

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 87

FECHA DEL HECHO CAUSANTE DE LA IP EN CASO DE REVISIÓN DE GRADO. REPERCUSIONES EN ORDEN AL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD. LA STS 4 DE OCTUBRE DE 2022 89
Juan Antonio Maldonado Molina
1. INTRODUCCIÓN. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE HECHO CAUSANTE Y EFECTOS ECONÓMICOS 89
2. EL HECHO CAUSANTE DE LA IP EN CASO DE REVISIÓN DE GRADO 91
3. FECHA A TOMAR EN CUENTA PARA EL DEVENGO DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD 93
4. LA STS DE 4 DE OCTUBRE DE 2022 94
5. CRITERIOS ADMINISTRATIVOS TRAS LA SENTENCIA 96
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 97

JUBILACIÓN ACTIVA EN EL TRABAJO AUTÓNOMO Y PERCIBO DEL 100% DE LA PENSIÓN 99
Mª Belén Fernández Collados
1. COMPATIBILIDAD ENTRE TRABAJO Y PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL 99
2. JUBILACIÓN ACTIVA DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AUTÓNOMAS Y COMPATIBILIDAD CON EL 100% DE LA PENSIÓN 103
3. EL SUPUESTO ESPECÍFICO DE LAS PERSONAS AUTÓNOMAS COMUNERAS: LAS SSTS DE 8 DE FEBRERO DE 2022 (REC. 3087/2020 Y 3930/2020) 107
4. REFLEXIÓN FINAL 110
5. BIBLIOGRAFÍA 111

PENSIÓN DE JUBILACIÓN PARCIAL CON PERIODOS DE TRABAJO CONCENTRADOS. DERECHO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO POR ERTE. COMENTARIO A LA STS DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2022 113
Daniel Toscani Giménez
1. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES DE HECHO 113
2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS 114
3. SOLUCIÓN ALTERNATIVA 114
4. CONCLUSIONES 116
5. BIBLIOGRAFÍA 118

A VUELTAS CON LA ORFANDAD ABSOLUTA. EL INCREMENTO DEL PORCENTAJE DE LA PENSIÓN AL HUÉRFANO CON PROGENITOR SUPÉRSTITE PRIVADO DE LA PATRIA POTESTAD. COMENTARIO A LA STS DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2022 119
Patricia Nieto Rojas
1. INTRODUCCIÓN: EL INCREMENTO DEL PORCENTAJE DE PENSIÓN DE ORFANDAD EN DETERMINADOS SUPUESTOS 119
2. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO 125
3. A MODO DE CONCLUSIÓN 128
4. BIBLIOGRAFÍA CITADA 129

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 131

UN PLEITO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL SIGLO XXI, SI COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL. A PROPÓSITO DE LA INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL DEL CONCEPTO DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL CONTRIBUTIVA DE DEPENDENCIA POR «VIVIENDA COMPARTIDA» 133

Alberto Arufe Varela

1. LA COMPARACIÓN CASI IMPOSIBLE ENTRE EL LIBRO XI DEL CÓDIGO ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL Y LA LEY ESPAÑOLA 39/2006 133
2. LA FALTA DE EQUIVALENTE NORMATIVO EN ESPAÑA DEL PARÁGRAFO 38A DEL LIBRO XI DEL CÓDIGO ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL 134
3. LA IMPOSIBILIDAD DE EXISTENCIA EN ESPAÑA DE UN CASO EQUIVALENTE A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL DE 10 SEPTIEMBRE 2020 135
4. EL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL DE 10 SEPTIEMBRE 2020 136
5. LA DOCTRINA DEL CASO ENJUICIADO POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL DE 10 SEPTIEMBRE 2020 137
6. LAS CONSECUENCIAS DEL CASO ENJUICIADO POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL DE 10 SEPTIEMBRE 2020 138
7. EPÍLOGO 140
8. BIBLIOGRAFÍA CITADA 140
9. APÉNDICE DOCUMENTAL 141

INSTRUMENTOS QUE ACREDITAN LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL SISTEMA DE COORDINACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA 149

Verónica Lidia Martínez Martínez

1. EL SISTEMA DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA ... 149
2. INSTRUMENTOS QUE ACREDITAN LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL 151
3. LA TARJETA SANITARIA EUROPEA Y EL CERTIFICADO PROVISIONAL SUSTITUTORIO 155
4. LOS PROCEDIMIENTOS DE DIÁLOGO Y CONCILIACIÓN 157
5. LOS DOCUMENTOS PORTÁTILES EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA 159
6. PROPUESTAS DE REFORMA EN MATERIA DOCUMENTOS ACREDITATIVOS DE DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL 161
7. CONCLUSIÓN 165
8. BIBLIOGRAFÍA 166
9. NORMATIVAS 166

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 169

María Nieves Moreno Vida

1. CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS 171
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL 195
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 201
4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS 203

CRÓNICA DE DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL 209

DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL....211
Andrés Ramón Trillo García
1. ACCIDENTES DE TRABAJO 211
2. JUBILACIÓN....212
3. APLICACIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES DE COORDINACIÓN 213
4. SISTEMA ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR....213
5. INGRESO MÍNIMO VITAL....215

NOVEDADES NORMATIVAS Y DE GESTIÓN DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL....217
Javier Aibar Bernad

CRÓNICA DE ACTUALIDAD DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DE SEGURIDAD SOCIAL 235

RECIENTES MODIFICACIONES EFECTUADAS EN EL REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA Y OTRAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA....237
Arcadio Delgado Castañeda
1. INTRODUCCIÓN....237
2. MODIFICACIONES EN EL REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA ...238
3. OTRAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA 250

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL 257

ASPECTOS SOCIALES DEL SEMESTRE EUROPEO 2023....259
Daniel Pérez del Prado
1. EL SEMESTRE EUROPEO: LA COORDINACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA UE....259
2. PREVISIONES Y MEDIDAS SOCIALES EN EL SEMESTRE EUROPEO 2023....263
3. CONCLUSIONES: ¿UN 2023 MEJOR DE LO QUE SE ESPERABA? 274
4. BIBLIOGRAFÍA 276

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 279

GUMERSINDO DE AZCÁRATE Y MENÉNDEZ (1840-1917): KRAUSOINSTITUCIONISMO REPUBLICANO, ORGANICISMO Y REFORMA SOCIAL INTEGRAL 281
José Luis Monereo Pérez
1. GUMERSINDO DE AZCÁRATE: PENSADOR Y HOMBRE DE ACCIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA POLÍTICA DEL DERECHO DE REFORMA SOCIAL INTEGRAL 281
2. BIBLIOGRAFÍA DE GUMERSINDO DE AZCÁRATE 318

Editorial

Laborum

nº 34 (1er Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Reformas en las pensiones de la Seguridad Social a cierre del año 2022 e inicios de 2023[1]

Social Security pension reforms at the end of 2022 and the beginning of 2023

José Luis Monereo Pérez

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

Guillermo Rodríguez Iniesta

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

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Reformas en las pensiones de la Seguridad Social a cierre del año 2022 e inicios de 2023». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 34 (2023): 13-38.

1. INTRODUCCIÓN

Se despidió el año 2022 con un número importante de reformas y novedades que afectan a distintos ámbitos del sistema español de Seguridad Social[2]:

Primero. A la administración y gestión del sistema: modificaciones en la estructura periférica del Instituto Social de la Marina[3]; al ámbito territorial de determinadas unidades de recaudación ejecutiva[4]; a las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social[5]; a la gestión de procedimientos en la Administración de la Seguridad Social[6]; gestión y tramitaciones descentralizadas de la Tesorería General de la Seguridad Social[7].

[1] El período analizado es 1 diciembre de 2022 a 28 de febrero de 2023

[2] La "Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum" publicará en el primer trimestre de 2023 un número extraordinario con un estudio detenido de las últimas reformas llevadas a cabo en Materia de Seguridad Social.

[3] Resolución de la Dirección General del Instituto Social de la Marina de 7 de diciembre de 2022 (BOE 17 diciembre)

[4] Resolución de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social de 5 de diciembre de 2022

[5] Disposiciones adicionales vigésima quinta (retribuciones del personal de las Mutuas) y vigésima novena (reservas y excedentes de las Mutuas) de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2023.

[6] Resolución de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 27 de diciembre (BOE 31 de diciembre) en relación con las prestaciones de la Seguridad Social que se podrán adoptar de forma automatizada y los criterios de reparto para la asignación a las direcciones provinciales del INSS del reconocimiento de pensiones cuando sea de aplicación un instrumento internacional.

[7] Resolución de 16 de febrero de 2023 de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se extiende la competencia territorial de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Bizkaia a determinados procedimientos y actuaciones, concretamente a los procedimientos y actuaciones de gestión de las solicitudes para la autorización del mantenimiento de la legislación española en el caso de trabajadores desplazados en aplicación de los Convenios internacionales de Seguridad Social suscritos por España, con independencia de la provincia a la que corresponda la gestión del código de cuenta de cotización de la empresa o la del número de afiliación, en caso de ser un trabajador del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
Resolución de 14 de febrero de 2023 de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre actuación administrativa automatizada en la emisión de certificados de estar al corriente en las obligaciones de

Segundo. Actos instrumentales: inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de los trabajadores y variación de datos[8].

Tercero. Al régimen Económico, financiero y patrimonial de la Seguridad Social: las previsiones anuales de cotización[9]; nuevos beneficios en la cotización[10]; modificaciones en el ámbito de la recaudación[11]; Fondo de Reserva de la Seguridad Social[12]; Fondos de Cohesión Sanitaria y Fondo de Garantía Asistencial[13]; pago de deudas de instituciones sanitarias[14]; patrimonio de la Seguridad Social[15]; préstamos a la Seguridad Social[16]; presupuestos[17]; reintegro de pagos indebidos[18].

Cuarto. A la acción protectora de la Seguridad Social:

a) Condiciones de acceso a las prestaciones: períodos computables para el acceso a las prestaciones[19].

b) Cuantía de las prestaciones sociales públicas para 2023[20].

c) Incapacidad temporal. Control y gestión de los procesos de incapacidad temporal[21].

d) Jubilación: parcial en la industria manufacturera[22]; compatibilidades de la pensión de jubilación y trabajo de facultativos de atención primaria y pediatras del Servicio Nacional de Salud[23]; controladores de tráfico aéreo[24]; y artistas[25].

e) Desempleo[26]

f) Prestaciones no contributivas: incremento extraordinario de las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez[27]; invalidez no contributiva[28]; Ingreso Mínimo Vital[29].

Seguridad Social y de informes de deuda pendiente con la Seguridad Social de recursos del Sistema de Seguridad Social, tanto en período voluntario como ejecutivo (BOE 27 febrero de 2023).

[8] Disposición final cuarta Tres del RD-ley 1/2023, de 10 de enero, que modifica los apartados 1 y 2 del art. 138 LGSS.

[9] Arts. 122 a 14 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre; Orden PCM/74/2023, de 30 enero y el RD 99/2023, de 14 febrero.

[10] Ley 31/2022, de 23 de diciembre; y el RD-ley 1/2023, de 10 de enero, sobre el nuevo marco jurídico general para los incentivos/beneficios en la cotización y sobre beneficios para la contratación de trabajadores por cuenta ajena. A los que habría que añadir los previstos en el RD-ley 13/2022, de 26 de julio para los trabajadores autónomos.

[11] RD-ley 20/2022, de 27 diciembre, sobre modificaciones en el ámbito de los aplazamientos, condonación, embargos de la Seguridad Social a través de terminales de punto de venta a deudores de la Seguridad Social, facultades comprobación.

[12] Disposición vigésima quinta Siete Ley 31/2022, de 23 de diciembre.

[13] Disposición adicional septuagésima primera de la Ley 31/2022, de 23 diciembre.

[14] Disposición adicional quincuagésima quinta de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre.

[15] Disposición final vigésima quinta Tres, Cuatro y Cinco de la Ley 31/2022, de 23 diciembre.

[16] Disposición adicional tercera de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre.

[17] Arts. 1, 2, 10, 12, 15, 16 y 17 Ley 31/2022, de 23 de diciembre.

[18] Resolución de 29 de diciembre de 2022 (BOE 5 enero de 2023) de la Intervención General de la Seguridad Social, dicta instrucciones contables en materia de reintegro de pagos indebidos de prestaciones de la Seguridad Social.

[19] Disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre y artículo único de la Ley 24/2022, de 25 de noviembre.

[20] Arts. 35, 39, 40 y 41 Ley 31/2022, de 23 de diciembre y RD 1058/2022.

[21] RD 1060/2022, de 27 de diciembre y Orden ISM/2/2023, de 11 de enero.

[22] RD-ley 1/2022, de 27 diciembre.

[23] RD-Ley 20/2022, de 27 diciembre.

[24] Disposición final primera de la Ley 26/2022, de 19 de diciembre.

[25] Disposición final cuarta Siete RD-ley 1/2023, de 10 de enero.

[26] RD-ley 1/2023, de 10 de enero.

[27] Art. 77RD-ley 20,2022, 27 diciembre.

[28] Disposición final cuarta Doce RD-ley 1/2023, de 10 enero.

[29] RD-ley 20/2022, de 27 de diciembre y Disposición final trigésima segunda Ley 31/2022, de 23 de diciembre.

g) Sistema de autonomía personal y protección a la dependencia: nivel acordado de protección con las Comunidades Autónomas[30]; Fondo SAADSS[31]; Hipoteca inversa y anticresis[32].

Quinto. Régimen Especial de los trabajadores autónomos o por cuenta propia: campo de aplicación del RETA[33]; Sistema especial de los trabajadores agrarios por cuenta propia[34]; y jubilación[35].

Sexto. Novedades en el Régimen de Clases Pasivas del Estado: competencias reconocimiento de derecho pasivos[36]; servicios efectivos al estado; y prestaciones de supervivencia[37].

Como se puede apreciar de lo noticiado el ámbito de las reformas y novedades introducidas en el sistema de la Seguridad Social es muy amplio y relevante. Razones obvias aconsejan limitar el alcance de esta editorial al análisis de las reformas y novedades en las pensiones de la Seguridad Social[38].

2. REFORMAS Y NOVEDADES EN LAS PENSIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

2.1. CONDICIONES DE ACCESO A LAS PENSIONES

Servicio militar y prestación social sustitutoria. Servicio Obligatorio de la mujer[39]

Nuevamente se vuelve aplazar la aplicación de la disposición adicional vigésima octava de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, referida al "*Cómputo, a efectos de Seguridad Social, del periodo de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria*" y determina que:

> *"El Gobierno presentará, en el plazo de un año, un proyecto de ley que establezca un sistema de compensación a la Seguridad Social para que por esta pueda reconocerse, a favor de las personas interesadas, un periodo de asimilación del tiempo de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria que compense la interrupción de las carreras de cotización ocasionada por tales circunstancias, acorde con los incrementos que, en el ámbito de la contributividad, se producen en esta Ley, y con la sostenibilidad del sistema*

Por su parte el art. único de la 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, modifica el párrafo primero de la letra d) del apartado 2 del artículo 215 de la LGSS incorporando el período de servicio social femenino obligatorio como período de cotización exigible para la jubilación parcial. Con similar contenido la Letra f) del apartado 6 de la disposición transitoria cuarta de la LGSS, relativo a la aplicación a la jubilación parcial de la legislación anterior a la Ley 27/2011.

2.2. NUEVAS CUANTÍAS DE LAS PENSIONES Y OTRAS PRESTACIONES SOCIALES PÚBLICAS PARA 2023

Las principales novedades vienen recogidas en la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2023 (LPGE/2023) y en el RD 1058/2022, de 27 de diciembre,

[30] Disposición adicional nonagésima octava de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre.
[31] Disposición final décima séptima de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre.
[32] Disposición final vigésimo novena de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre.
[33] Disposición final cuarta Ocho RD-ley 1/2023, de 10 de enero.
[34] Disposición final duodécima de la Ley 30/2022, de 23 diciembre.
[35] Disposición final cuarta Once RD-ley 1/2023, de 10 enero.
[36] Disposición final cuarta Uno de Ley 31/2022, de 23 diciembre.
[37] Disposición final cuarta de la Ley 31/2022, de 23 diciembre.
[38] Salvo en relación con las cuantías de las prestaciones sociales públicas para el año 2023 y el ingreso mínimo vital.
[39] Disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 31/23022, de 23 diciembre y Ley 24/2022, de 25 noviembre.

sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2023.

Debe de tenerse en cuenta que la LPGE/2023 no concreta los importes concretos para el año 2023 sino los criterios de revalorización para dicho ejercicio de tal manera que las pensiones experimentarán en 2023 con carácter general un incremento porcentual igual al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre de 2022[40]. De acuerdo con ello el RD 1058/2022, de 27 de diciembre, establece:

— Una revalorización general de las pensiones y otras prestaciones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como de Clases Pasivas del Estado, del 8,5 por ciento[41].

— Una revalorización del 8,5 por ciento de las cuantías mínimas de las pensiones del sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, así como de las pensiones no concurrentes del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez y de las pensiones de Clases Pasivas[42].

— Un incremento del porcentaje idéntico de las cuantías de los límites de percepción de pensiones públicas, así como los importes de los haberes reguladores aplicables para la determinación inicial de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado y de las pensiones especiales de guerra.

— Las reglas y el procedimiento para efectuar la revalorización y el sistema de reconocimiento de complementos por mínimos en las pensiones de la Seguridad Social y en las pensiones de Clases Pasivas[43].

— Las cuantías de las prestaciones familiares de la Seguridad Social[44] y de los subsidios económicos contemplados en el Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

[40] Véase artículos 35, 39, 40 y 41 Ley 31/2022, de 23 diciembre. Para la revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales véase la Disposición adicional primera del RD 1058/2022, de 27 de diciembre.

[41] Véanse del RD 1058/2022, de 27 de diciembre:
- Artículos 3 y 4 sobre revalorización de pensiones no concurrentes; art. 9 sobre concurrencia de pensiones; artículos 10 11 sobre revalorización a pensiones concurrentes; art. 14 revalorización de pensiones reconocidas al amparo de los reglamentos de la Unión Europea u otras normas internacionales; artículo 15 sobre financiación; artículo 16 sobre reconocimiento del derecho a la revalorización, artículo 27 revalorización de pensiones reconocidas al amparo de los reglamentos UE o normas internacionales.
-Para las pensiones de Clases Pasivas véase también los artículos 18 a 22 y Disposición adicional tercera, cuarta para revalorización de pensiones del régimen de clases pasivas.
-Para las pensiones extraordinarias derivadas de actos de terrorismo tanto del sistema de Seguridad Social como del régimen de Clases Pasivas.

[42] Véase artículo 42 para el reconocimiento a mínimos de las pensiones de Clases Pasivas y art. 43 para el reconocimiento a mínimos de las pensiones de la Seguridad Social de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre.
Véase también los artículos 23 a 25 y disposición adicional novena para complementos a mínimos y de otros complementos económicos en el régimen de Clases Pasivas del Estado del RD 1058/2022, de 27 de diciembre.

[43] Véase artículos 35 y 39 de la Ley 31/2022, de 23 diciembre.
También y con una redacción similar a otros años véanse el art. 40 sobre pensiones que no se revalorizarán y artículo 41 sobre límites a la revalorización de las pensiones públicas, ambos de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre.

[44] Confrontar la Disposición adicional trigésima de la Ley 31/2022, de 23 diciembre, con la Disposición adicional sexta del RD 1058/2022, 27 de diciembre.

— Fija la revalorización para el año 2023 de las ayudas sociales a los afectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana.

3. DETERMINACIÓN Y LÍMITE INICIAL DE LAS PENSIONES

Los artículos 36 y 37 de la Ley 31/2022 norman de forma similar a otros años la determinación inicial de las pensiones del régimen de Clases Pasivas del Estado[45] y de las pensiones de guerra, reconocidas al amparo de: Ley 5/1979, de 18 de septiembre , sobre reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social en favor de viudas, hijos y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada Guerra Civil; Ley 35/1980, de 26 de noviembre, sobre pensiones a los mutilados excombatientes de la zona republicana; Ley 6/1982, de 29 de marzo, de pensiones a los mutilados civiles de guerra; RD 670/1976, de 5 de marzo, por el que se regulan pensiones a favor de los españoles que habiendo sufrido mutilación a causa de la pasada contienda no puedan integrarse en el Cuerpo de Caballeros Mutilados de Guerra por la Patria; y Ley 37/1984, de 22 de octubre, de reconocimiento de derechos y servicios prestado a quienes durante la guerra civil formaron parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República.

Por su parte el artículo 38 de la Ley 31/2022, recoge la limitación del señalamiento inicial de las pensiones públicas, que para 2023 no podrá superar "l*a cuantía íntegra mensual resultante de aplicar a la cuantía íntegra de 2.819,18 euros el 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, sin perjuicio de las pagas extraordinarias que pudieran corresponder a su titular, cuya cuantía también estará afectada por el citado límite"* (artículo 38.1).

En definitiva, el límite máximo de percepción de las pensiones públicas, tanto de las que se causen en 2023 como de las que estuvieran ya causadas a 31 de diciembre de 2022, bien se perciban solas o en concurrencia con otras, será durante 2023[46]:

— 3.058,81 euros mensuales, sin perjuicio de las pagas extraordinarias que pudieran corresponder al titular, cuya cuantía está afectada, también, por el citado límite.

— 42.823,34 euros anuales

4. MÍNIMOS DE LAS PENSIONES[47]

Tendrán derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de pensiones los pensionistas del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, que no

[45] Distinguiendo personal al que le es de aplicación el Título I de la Ley de Clases Pasivas del Estado, el Titulo II a quiénes les sea de aplicación la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984; y a quienes les sea de aplicación también el Título II y cuyas pensiones surtan efectos a partir de 1 de enero 2023.
Para la revalorización de las prestaciones de gran invalidez del Régimen Especial de las Fuerzas Armadas véase la Disposición adicional trigésima octava de la Ley 31/2022, de 23 de marzo.

[46] Téngase en cuenta que el apartado 6 de dicho artículo señala que:
"El límite máximo de percepción establecido en este artículo no se aplicará a las siguientes pensiones públicas que se causen durante el año 2023:
a) Pensiones extraordinarias del sistema de la Seguridad Social y del Régimen de Clases Pasivas del Estado originadas por actos terroristas.
b) Pensiones extraordinarias reconocidas al amparo de la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.
c) Pensiones excepcionales derivadas de atentados terroristas reconocidas al amparo del Real Decreto-ley 6/2006, de 23 de junio."

[47] Artículo 43 LPGE/2022. Téngase en cuenta los artículos 5 a 7 complemento por mínimos en función de las diferentes modalidades de convivencia y dependencia económica; artículo 12 sobre complemento a mínimos en los

perciban durante 2023 rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el IRPF y computados conforme al artículo 59 de la LGSS, o que, percibiéndolos, no excedan de 8.614,00 euros.

A efectos de considerar que existe cónyuge a cargo del titular de una pensión, los rendimientos por cualquier naturaleza del pensionista y de su cónyuge deben ser inferiores a 10.048,00 euros.

En el siguiente cuadro se puede ver su importe anual[48]:

CLASE DE PENSIÓN	TITULARES		
	Con cónyuge a cargo (Euros/año)	Sin cónyuge: Unidad económica unipersonal (Euros/año)	Con cónyuge no a cargo (Euros/año)
Jubilación			
Titular con 65 años	13.526,80	10.963,40	10.406,20
Titular menor de 65 años	12.682,60	10.256,40	9.695,00
Titular con 65 años procedente de gran invalidez.....	20.290,20	16.445,80	15.610,00
Incapacidad Permanente			
Gran invalidez	20.290,20	16.445,80	15.610,00
Absoluta	13.526,80	10.963,40	10.406,20
Total: Titular con 65 años	13.526,80	10.963,40	10.406,20
Total: Titular con edad entre 60 y 64 años	12.682,60	10.256,40	9.695,00
Total: Derivada de enfermedad común menor de 60 años	8.082,20	8.082,20	8.012,20
Parcial del régimen de accidentes de trabajo: Titular con 65 años	13.526,80	10.963,40	10.406,20
Viudedad			
Titular con cargas familiares	---	12.682,60	---
Titular con 65 años o con discapacidad en grado igual o superior al 65 por 100	---	10.963,40	---
Titular con edad entre 60 y 64 años..	---	10.256,40	---
Titular con menos de 60 años.....	---	8.306,20	---

supuestos de concurrencia de pensiones y la Disposición adicional segunda, sobre la aplicación de los complementos a mínimos en las pensiones de la Seguridad Social en supuestos especiales del RD 1058/2022, de 27 diciembre.

[48] Ver anexo I del RD 1068/2022, de 27 de diciembre.

CLASE DE PENSIÓN	(Euros/año)
Orfandad	
Por beneficiario.....	3.353,00
Por beneficiario menor de 18 años con una discapacidad en grado igual o superior al 65 por 100.....	6.592,60
En la orfandad absoluta el mínimo se incrementará en 8.306,20 euros/año distribuidos, en su caso, entre los beneficiarios.	---
Prestación de orfandad	
Un beneficiario.....	9.800,00
Varios beneficiarios: a repartir entre el número de beneficiarios.....	16.520,00
En favor de familiares	
Por beneficiario.....	3.353,00
Si no existe viudo ni huérfano pensionistas:	
- Un solo beneficiario con 65 años....	8.099,00
- Un solo beneficiario menor de 65 años	7.632,80
- Varios beneficiarios. El mínimo asignado a cada uno de ellos se incrementará en el importe que resulte de prorratear 4.953,20 euros/año entre el número de beneficiarios.	---

Y su importe mensual sería:

CLASE DE PENSIÓN	TITULARES		
	Con cónyuge a cargo (Euros/mes)	Sin cónyuge: Unidad económica unipersonal (Euros/mes)	Con cónyuge no a cargo (Euros/mes)
Jubilación			
Titular con 65 años	966,20	783,10	743,30
Titular menor de 65 años	905,90	732,60	692,50
Titular con 65 años procedente de gran invalidez.....	1.449,30	1.174,70	1.115
Incapacidad Permanente			
Gran invalidez	1.449,30	1.174,70	1.115
Absoluta.....	966,20	783,10	743,30
Total: Titular con 65 años.....	966,20	783,10	743,30
Total: Titular con edad entre 60 y 64 años	905,20	732,60	692,50
Total: Derivada de enfermedad común menor de 60 años	577,30	577,30	572,30
Parcial del régimen de accidentes de trabajo:			
Titular con 65 años	966,20	783,10	743,30
Viudedad			
Titular con cargas familiares	---	905,90	---
Titular con 65 años o con discapacidad en grado igual o superior al 65 por 100.....	---	783,10	---
Titular con edad entre 60 y 64 años	---	732,60	---
Titular con menos de 60 años	---	593,30	---

CLASE DE PENSIÓN	Euros/mes
Orfandad	
Por beneficiario.....	239,50
Por beneficiario menor de 18 años, con una discapacidad igual o superior al 65 por ciento.....	470,90
En la orfandad absoluta, el mínimo se incrementará en 593,30 euros/mes distribuidos, en su caso, entre los beneficiarios.	---
Prestación de orfandad	
Un beneficio.....	700,00
Varios beneficiarios: a repartir entre el número de beneficiarios	1.180,00

En favor de familiares	
Por beneficiario.....	239,50
Si no existe viudo ni huérfano pensionistas:	
- Un solo beneficiario, con 65 años	578,50
- Un solo beneficiario, menor de 65 años..	545,20
- Varios beneficiarios: el mínimo asignado a cada uno de ellos se incrementará en el importe que resulte de prorratear 353,80 euros/mes entre el número de beneficiarios.	---

5. ACTUALIZACIÓN DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS (PNC) Y OTRAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL[49]

Para el año 2023, la cuantía de las PNC se establece en 6.402,20 euros anuales[50]. No obstante, debe tenerse en cuenta que el artículo 77 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad social, prevé un incremento extraordinario de las pensiones de jubilación e invalidez del sistema de Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, con efectos desde el 1 de enero de 2023 y para todo ese año, consistente en el resultado de aplicar al importe de la pensión establecido a 1 de enero de 2022 (5.899,60 euros) un porcentaje que complemente el porcentaje que resulte de lo establecido en la Ley de Presupuestos del Estado para 2023 (el 8,5 por ciento), hasta alcanzar un porcentaje total del 15 por ciento; es decir, un 6,5 por ciento.

Por su parte las prestaciones de orfandad causadas por violencia contra la mujer experimentarán en 2023 un incremento igual al que se apruebe para el salario mínimo interprofesional para dicho año[51].

6. PENSIONES SOVI[52]

La cuantía de las pensiones del SOVI, no concurrentes con otras pensiones públicas, a partir del 1 de enero de 2023, queda fijada en cómputo anual en 7.021,00 euros.

El importe de las pensiones SOVI será, en cómputo anual, de 6.815,20 euros cuando concurran con pensiones de viudedad de alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, o con alguna de estas pensiones y, además, con cualquier otra pensión pública de viudedad, sin perjuicio de la aplicación, a la suma de los importes de todas ellas, del límite establecido en la disposición transitoria segunda de la LGSS[53]

Cuando las pensiones del SOVI concurran con otras pensiones públicas diferentes a las de viudedad no experimentarán revalorización en 2023, salvo que la suma en cómputo anual de todas las

[49] Art.44 Ley 31/2022 de 23 diciembre. Véase también art 17 de RD 1058/2022, de 27 de diciembre.
[50] Art. 17 RD 1058/2022, de 27 de diciembre.
[51] El RD 99/2023, de 14 de febrero, fija el SMI para 2023, con un incremento del 8% respeto del RD 152/2022, de 22 de febrero.
[52] Art. 45 Ley 31/2022, de 23 diciembre. Véase también el art. sobre revalorización de pensiones SOVI y art. 13 para el caso de concurrencia de pensiones SOVI con otras pensiones RD 1058/2022, de 27 de diciembre.
[53] El doble del importe de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios con sesenta y cinco o más años, es decir, 10.963,40 euros x 2 = 21.926,80 euros.

pensiones concurrentes, una vez actualizadas, y las del SOVI sea inferior a la cuantía fijada para la pensión del SOVI (7.021,00 euros), en cuyo caso la del seguro se actualizará en un importe igual a la diferencia resultante entre ambas cantidades.

En el caso de que para el reconocimiento de una pensión del extinguido SOVI, se hayan totalizado períodos de seguro o de residencia cumplidos en otros países vinculados a España por norma internacional de Seguridad Social que prevea dicha totalización, el importe de la pensión prorrateada a cargo de España no podrá ser inferior al 50 por 100 de la cuantía de la pensión del SOVI que en cada momento corresponda (3.510,50 euros). Esta misma garantía se aplicará en relación con las personas titulares de otras pensiones distintas de las del extinguido SOVI que opten por alguna de estas pensiones, siempre que en la fecha del hecho causante de la pensión que se venga percibiendo hubieran reunido todos los requisitos exigidos por dicho seguro.

7. PRESTACIONES FAMILIARES[54]

Con efectos de 1 de enero de 2023, la cuantía de las prestaciones familiares de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, así como, en su caso, el importe del límite de ingresos para el acceso a las mismas, serán los siguientes:

a) Asignación económica en el supuesto de hijo menor de 18 años de edad o de menor a cargo afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento, será en cómputo anual de 1.000,00 euros (83,33 euros mensuales).

b) Asignación económica en el supuesto de hijo mayor de 18 años a cargo con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, será en cómputo anual de 5.439,60 euros (453,30 euros mensuales).

c) Asignación económica para el supuesto de hijo a cargo mayor de 18 años, con un grado de discapacidad igual o superior al 75 por ciento y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, será en cómputo anual de 8.158,80 euros (679,90 euros mensuales).

d) La cuantía de la prestación por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres o padres con discapacidad, será de 1.000 euros.

   Los límites de ingresos para tener derecho a esta prestación quedan fijados 14.011,00 euros anuales y, si se trata de familias numerosas, en 21.086,00 euros anuales, incrementándose en 3.146,00 euros anuales por cada hijo a cargo a partir del cuarto, este incluido.

   En los casos en que los ingresos anuales percibidos, de cualquier naturaleza, superen el límite establecido, pero sean inferiores al resultado de sumar a dicho límite el importe de la prestación, la cuantía de esta última será igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por la persona beneficiaria y el resultado de la indicada suma. No se reconocerá la prestación en los supuestos en que la diferencia a que se refiere el párrafo anterior sea inferior a 10 euros.

[54] Véase la Disposición Adicional 37 Ley 31/2022, de 23 de diciembre y la Disposición adicional sexta del RD 1058/2022, de 27 diciembre.

e) La cuantía de la asignación económica y el límite de ingresos anuales para las personas beneficiarias que, de conformidad con la disposición transitoria séptima de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, mantengan o recuperen el derecho a la asignación económica por cada hijo menor de dieciocho años o menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33 por ciento, será en su cómputo anual:

— Los límites de ingresos para percibir la asignación económica quedan fijados en 14.011,00 euros anuales y, si se trata de familias numerosas, en 21.086,00 euros anuales, incrementándose en 3.416,00 euros anuales por cada hijo a cargo a partir del cuarto, este incluido.

— La cuantía de la asignación económica: 588,00 euros/año.

No obstante, la cuantía de la asignación económica será en cómputo anual de 638 euros (588 euros más el incremento del 8,5 por ciento) en los casos en que los ingresos familiares sean inferiores a los importes señalados en la siguiente tabla[55]:

Integrantes del hogar		**Intervalo de ingresos**	**Asignación íntegra anual euros**
Personas ≥ 14 años (M)	**Personas < 14 años (N)**		
1	1	5.327 o menos	588 × H
1	2	6.555 o menos	588 × H
1	3	7.784 o menos	588 × H
2	1	7.374 o menos	588 × H
2	2	8.603 o menos	588 × H
2	3	9.832 o menos	588 × H
3	1	9.423 o menos	588 × H
3	2	10.652 o menos	588 × H
3	3	11.879 o menos	588 × H
M	N	4.097 + [(4.097 × 0,5 × (M-1)) + (4.097 × 0,3 × N)] o menos	588 × H

H = Hijos a cargo del beneficiario menores de 18.
N = número de menores de 14 años en el hogar.
M = número de personas de 14 o más años en el hogar.

8. COMPLEMENTO DE PENSIONES PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO[56]

Con efectos de 1 de enero de 2023, la cuantía del complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género queda establecida en 30,40 euros mensuales.

[55] DA. 6ª RD 1058/2022, de 27 de diciembre.
[56] Disposición adicional trigésima sexta dos de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre y Disposición adicional sexta dos del RD 1058/2022, de 27 de diciembre.

9. SUBSIDIOS ECONÓMICOS PARA DISCAPACITADOS Y PENSIONES ASISTENCIALES[57]

Los subsidios económicos que se contemplan en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de septiembre quedan fijados en las siguientes cuantías:

— Subsidio de garantía de ingresos mínimos: 146,86 euros/mes.

— Subsidio de garantía por ayuda de tercera persona: 58,45 euros/mes.

— Subsidio de movilidad y gastos de transporte: 78,20 euros/mes.

En relación con las pensiones asistenciales reconocidas al amparo de la Ley 45/1960, de 21 de julio y en el RD 2620/1981, de 24 julio, su cuantía para 2023 será de 149,86 euros/mes o 2.098,04 euros/año.

10. AYUDAS SOCIALES A LOS AFECTADOS POR EL VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA[58]

La cuantía se fija en función de la aplicación de las proporciones fijadas en las letras b, c, y d del art. 2.1 del RD-ley 9/1993, de 28 de mayo[59] sobre el importe de 720,91 euros.

11. PRESTACIÓN ECONÓMICA RECONOCIDA AL AMPARO DE LA LEY 3/2005, DE 18 DE MARZO[60]

Para 2023 se actualiza la cuantía de la prestación que ascenderá en cómputo anual a la diferencia entre 8.036,73 euros y el importe anual que perciba cada beneficiario por las pensiones a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 2 de la Ley 3/2005, o la diferencia entre 8.036,73 euros y las rentas o ingresos anuales que perciban los beneficiarios a que se refiere el apartado d) del art. 2 de la Ley 3/2005[61].

---

[57] Disposición adicional trigésima séptima de la Ley 31/2022, de 23 de septiembre y Disposición adicional séptima del RD 1058/2022, de 27 de diciembre.

[58] Disposición adicional cuadragésima de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre y Disposición adicional octava del RD 1058/2022, de 27 de diciembre.

[59] El art. 2.1 relativo al importe de las ayudas, en sus letras b), c), y d) señala lo siguiente:
"b) Una ayuda mensual igual al salario mínimo interprofesional para los afectados descritos en el artículo 1, apartado 1, párrafos a), b), c) y d) si son menores de dieciocho años y de dos veces el salario mínimo interprofesional si son mayores de dieciocho años.
c) Una ayuda mensual igual a dos tercios del salario mínimo interprofesional hasta los veinticuatro años para los hijos dependientes de las personas afectadas descritas en el artículo 1. En el caso de que el hijo dependiente sea minusválido la ayuda mensual será vitalicia e igual al salario mínimo.
En el caso de hijos huérfanos o que deviniesen huérfanos de persona o personas afectadas, la ayuda mensual será igual a cuatro tercios del salario mínimo interprofesional hasta los veinticuatro años. En el caso de que el hijo sea minusválido la ayuda será vitalicia e igual a dos veces el salario mínimo interprofesional.
Si el hijo estuviera comprendido en el artículo 1.d), sólo recibiría la ayuda que le correspondiera por ser persona afectada.
d) Una ayuda mensual vitalicia igual a la mitad del salario mínimo interprofesional, para los adultos dependientes, mayores de sesenta y cinco años o minusválidos menores de esa edad. Si el afectado del que depende el adulto hubiere fallecido o falleciera, la ayuda será igual a dos tercios del salario mínimo interprofesional."

[60] Dicha Ley reconoce una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional.
Ver Disposición adicional trigésima novena de la Ley 31/2022, de 23 septiembre.

[61] Dicho precepto dice así:
"Artículo 2. Beneficiarios.

12. JUBILACIÓN

12.1. Jubilación parcial en la industria manufacturera

El artículo 1 del RD-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España, añadió un nuevo apartado 6 a la disposición transitoria cuarta. Se consideraba que el 31 de diciembre de 2018, concluía el plazo de aplicación de esa disposición (que permitía la aplicación de legislaciones anteriores para causar derecho a pensión de jubilación) sin que a juicio del Gobierno se hubiera completado el ciclo, poniendo en riesgo la competitividad futura, a medio y largo plazo, de las plantas de fabricación y montaje. De aquí que se consideró necesario y urgente, alargar el período de aplicación de la mencionada disposición transitoria, con el fin de evitar que la misma se extinga. Para ello el art. 1 del RD-ley 20/2018 modificó la disposición transitoria cuarta de la LGSS, limitándola a la jubilación parcial de un sector muy concreto el de la industria manufacturera, que acrediten unos determinados requisitos y para pensiones causadas antes de 1 de enero de 2023.

El artículo 84 RD-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas de la y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, modifica la redacción de la disposición transitoria cuarta. 6 de la LGSS, para que la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo, vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, se pueda aplicar a las pensiones causadas antes de 1 de enero de 2024. Lo curioso es que unos días después la disposición final octava del RD-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de los artistas, volvería a modificar la redacción de la citada Disposición Transitoria sexta cuarta 6 de la LGSS.

El acceso a la jubilación parcial del colectivo afectado lo será si se cumplen los siguientes requisitos:

— Que el trabajador que solicite el acceso a la jubilación parcial realice directamente funciones que requieran esfuerzo físico o alto grado de atención en tareas de fabricación, elaboración o transformación, así como en las de montaje, puesta en funcionamiento, mantenimiento y reparación especializados de maquinaria y equipo industrial en empresas clasificadas como industria manufacturera.

— Que el trabajador que solicite el acceso a la jubilación parcial acredite un período de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto, se computará la antigüedad acreditada en la empresa

Serán beneficiarios de la prestación económica a que se refiere el artículo anterior los ciudadanos citados en él que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:
a) Que residan en el extranjero y sean perceptores de la pensión regulada en el Real Decreto 728/1993, de 14 de mayo, por el que se establecen pensiones asistenciales por ancianidad en favor de los emigrantes españoles, o reúnan los requisitos exigidos para su reconocimiento.
b) Que residan en territorio español y sean perceptores de la pensión de jubilación de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva, de la pensión asistencial regulada en la Ley 45/1960, de 21 de julio, y en el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, o de la pensión señalada en el párrafo anterior, en los términos establecidos en la disposición adicional primera del Real Decreto 728/1993, de 14 de mayo, en la redacción dada por el Real Decreto 667/1999, de 23 de abril, o reúnan los requisitos exigidos para el reconocimiento de aquéllas.
c) Que, con independencia del país de residencia, sean perceptores de pensión del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez o reúnan los requisitos exigidos para su reconocimiento.
d) Que, con independencia del país de residencia, no tengan derecho a las pensiones señaladas en los apartados a) y b) por disponer de rentas o ingresos superiores al límite establecido para acceder a las mismas, siempre que dichas rentas o ingresos sean de cuantía inferior a 6.090 euros anuales."

anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 del ET, o en empresas pertenecientes al mismo grupo.

— Que en el momento del hecho causante de la jubilación parcial el porcentaje de trabajadores en la empresa cuyo contrato de trabajo lo sea por tiempo indefinido, supere el 70 por ciento del total de los trabajadores de su plantilla.

— Que la reducción de la jornada de trabajo del jubilado parcial se halle comprendida entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo del 67 por ciento, o del 80 por ciento para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida. Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

— Que exista una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la del trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.

— f) Que se acredite un período de cotización de treinta y tres años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial, sin que a estos efectos se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, o del servicio social femenino obligatorio[62], con el límite máximo de un año.

En el supuesto de personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, el período de cotización exigido será de veinticinco años.

12.2. Compatibilidad de la pensión de jubilación y el trabajo de los facultativos de atención primaria y pediatras del Servicio Nacional de Salud

El artículo 83 del RD-ley 20/2022 de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas de la y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, introduce una nueva disposición transitoria trigésima quinta en la LGSS relativa a *"Compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación con el trabajo de los facultativos de atención primaria médicos de familia y pediatras, adscritos al sistema nacional de salud con nombramiento estatutario o funcionario*".

Como excepción a la previsión de carácter general normada en el artículo 214 LGSS, relativo a la jubilación activa, los facultativos de atención primaria, médicos de familia y pediatras, adscritos al Sistema Nacional de Salud con nombramiento estatutario o funcionario podrán continuar desempeñando sus funciones, durante la prórroga en el servicio activo y simultáneamente acceder a la pensión de jubilación percibiendo el setenta y cinco por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial de la pensión, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública. También alcanza a los facultativos de atención primaria adscritos al sistema nacional de salud con nombramiento estatutario o funcionario que hubieran accedido a la pensión contributiva de jubilación y se reincorporen al servicio activo, siempre que el hecho causante de dicha pensión haya tenido lugar a partir del 1 de enero de 2022 o se hubieren acogido en su día a la compatibilidad de la pensión de jubilación con el nombramiento como personal estatutario o funcionario de los

[62] Esta es la novedad que introduce el RD-ley 1/2023, de 10 de enero introduje, la referencia al servicio social femenino obligatorio, con respecto a las redacciones anteriores.
Téngase en cuenta que el RD-ley 20/2022 entró en vigor el 28 de diciembre de 2022 y el RD-ley 1/2023, de 10 de enero, el 12 de enero de 2023

profesionales sanitarios, realizado al amparo del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo. Pero no alcanza a los beneficiarios de pensión contributiva de jubilación que además de desarrollar las funciones como facultativos médicos de atención primaria, realice cualquier otro trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social

Esta compatibilidad se articula así:

— Tiene carácter transitorio ya que se aplicará en los tres años siguientes a la entrada en vigor del RD-ley 20/2022[63].

— Es necesario acceder a la pensión una vez cumplida la edad que corresponda conforme a lo establecido el artículo 205.1.a) LGSS, sin que, a tales efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado[64].

— La compatibilidad se aplicará en caso de jornada a tiempo completo, así como en caso de jornada parcial siempre que la reducción de jornada sea, en todo caso, del cincuenta por ciento respecto de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable[65].

— El beneficiario tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con sus funciones, siempre que reúna los requisitos establecidos para ello[66].

— La percepción del complemento por demora de la pensión de jubilación es compatible con el acceso a la compatibilidad (la normada en la disposición transitoria), sin que su importe sea minorado[67].

— El beneficiario tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos[68].

— Durante la realización del trabajo compatible con la pensión de jubilación, se aplicarán las obligaciones de afiliación, alta, baja y variación de datos prevista en el artículo 16 LGSS y la obligación de cotizar en los términos de los artículos 18 y 19 del de la LGSS, no siendo de aplicación lo dispuesto en su artículo 153 de la LGSS, relativo a la cotización en los supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo[69].

— Durante la realización del trabajo compatible estarán protegidos frente a todas las contingencias comunes y profesionales, siempre que reúnan los requisitos necesarios para

[63] La disposición final cuarta de dicho RD-ley dispone que entrará en vigor el mismo día de su publicación en el BOE, lo que tuvo lugar el 28 de diciembre de 2022.

[64] En similares términos a lo establecido en el artículo 214.1.a) LGSS

[65] Confrontar con lo establecido en el artículo 214.1. c) LGSS.

[66] A diferencia de lo previsto en el artículo 214.3 LGSS.

[67] A diferencia de lo que establece el artículo 210.2 LGSS que establece su incompatibilidad con la jubilación activa.

[68] En similares términos a lo previsto en el artículo 214.4 LGSS.

[69] Dicho precepto establece que: "*Durante la realización de un trabajo por cuenta ajena compatible con la pensión de jubilación, en los términos establecidos en el artículo 214, los empresarios y los trabajadores cotizarán al Régimen General únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, según la normativa reguladora de dicho Régimen, si bien quedarán sujetos a una cotización especial de solidaridad del 9 por ciento sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones, que se distribuirá entre ellos, corriendo a cargo del empresario el 7 por ciento y del trabajador el 2 por ciento.*"

causarlas, siendo de aplicación el régimen de limitación de las pensiones, incompatibilidades y el ejercicio del derecho de opción, previstos en la LGSS.

— Para acceder a la incapacidad temporal derivada de enfermedad común no se exigirá período mínimo de cotización. Ahora bien, si durante el periodo de compatibilización se iniciara un proceso de incapacidad temporal (incluido los supuestos de recaída), se suspenderá el abono de la pensión de jubilación desde el día primero del mes siguiente al de la baja médica y se reanudará el día primero del mes siguiente al del alta médica. Por otro lado, el subsidio de incapacidad temporal se extinguirá por la finalización del trabajo compatible, además de por las causas generales previstas en la normativa de aplicación.

— No se exige, a diferencia de lo normado con carácter general para la jubilación activa[70], que se acredite un período de cotización suficiente para acceder al 100% de la pensión por ello, finalizado el trabajo compatible, las cotizaciones realizadas durante esta situación podrán dar lugar a la modificación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación, la cual permanecerá inalterable. También (las cotizaciones efectuadas) surtirán efectos para disminuir o, en su caso, suprimir, el coeficiente reductor que se hubiese aplicado, en el momento de causar derecho a la pensión, a aquellos facultativos médicos a que hubieren accedido a la jubilación anticipada[71], pero no para el complemento por demora establecido en el artículo 210.2 LGSS.

12.3. Controladores de tránsito aéreo

La disposición final primera de la Ley 26/2022, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, modifica a su vez la Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo. Concretamente modifica su disposición adicional cuarta y añade una nueva disposición transitoria la tercera.

Las modificaciones afectan los límites al desempeño de funciones operativas, situación de reserva y jubilación y a las situaciones de jubilación forzosa producidas entre el 1 de agosto de 2021 y el 22 de diciembre de 2022, en los siguientes términos:

— Los controladores de tránsito aéreo deberán someterse de manera continuada a controles psicofísicos de acuerdo con la normativa aplicable que permitan constatar el mantenimiento de su capacidad para realizar funciones operativas de control de tránsito aéreo[72].

— Los controladores de tránsito aéreo que alcancen los 57 años de edad deberán renovar o revalidar el certificado médico a que se refiere el artículo 25 del Real Decreto 1516/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la licencia comunitaria de controlador de tránsito aéreo, cada seis meses como máximo[73].

— Los controladores de tránsito aéreo que pierdan su aptitud psicofísica dejarán de desempeñar funciones operativas de control de tránsito aéreo, debiendo el proveedor de servicios ofertarle otro puesto de trabajo que no conlleve el ejercicio de esas funciones. Este nuevo

[70] Artículo 214.1. b) LGSS.
[71] Véase el artículo 13 RD-ley 8/2021, 4 mayo.
[72] No hay variación respecto a la situación anterior.
[73] Sin variación con respecto a la situación anterior.

puesto de trabajo será retribuido de acuerdo con las funciones que efectivamente realice el controlador.

— Cuando el proveedor de servicios no pudiera ofertar un puesto que no conlleve funciones operativas de control de tránsito aéreo conforme a lo previsto en el párrafo anterior, el controlador pasará a una situación de reserva activa hasta que alcance la edad de 65 años en la que pasará a la situación de reserva activa especial (en la versión anterior la referencia era a la edad de jubilación forzosa).

— Los controladores de tránsito aéreo que alcancen la edad de 65 años pasarán a la situación de reserva activa especial y se mantendrán en esa situación hasta su jubilación, que se producirá en el preciso momento de alcanzar su edad ordinaria de jubilación de acuerdo con lo establecido en el artículo 205 y disposición transitoria séptima de la LGSS (novedad).

— En situaciones excepcionales los controladores en reserva activa especial podrán reincorporarse, a criterio del proveedor, en puestos para el desempeño de funciones no operativas. Este nuevo puesto de trabajo será retribuido de acuerdo con las funciones que efectivamente realice el controlador (novedad).

— La retribución correspondiente a ambas situaciones, reserva activa y reserva activa especial, se acordará mediante negociación colectiva con los representantes de los trabajadores[74]. En el caso de la reserva activa especial, la cuantía máxima a percibir no podrá exceder, en ningún caso, del importe anual correspondiente a 12 mensualidades de la base máxima de cotización mensual al Régimen General de la Seguridad Social. La percepción de estas retribuciones es incompatible con cualquier otro trabajo por cuenta propia o ajena, excepto la realización de labores de formación aeronáutica o labores de inspección aeronáutica en el ámbito de la Unión Europea. La realización de otro trabajo por cuenta propia o ajena supondrá la rescisión de la relación contractual con el proveedor de servicios de tránsito aéreo por renuncia del trabajador.

— El controlador que se encuentre en situación de reserva activa o en reserva activa especial continuará dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, y cotizará, de conformidad con el artículo 147 LGSS por las remuneraciones efectivamente percibidas.

Desaparece la referencia recogida en su apartado número 3 relativa a que los controladores de tránsito aéreo deberán de jubilarse de manera forzosa a los 65 años.

La nueva disposición transitoria tercera establece un régimen excepcional aplicable a las extinciones de contrato de los controladores aéreos por jubilación forzosa entre el 1 de agosto de 2021 y 22 de diciembre de 2022 (fecha de entrada en vigor de la Ley 9/2021), en los siguientes términos:

— Los controladores aéreos que, entre el 1 de agosto de 2021 y 22 de diciembre de 2022, hubiesen visto extinguidos sus contratos laborales con un proveedor de servicios de tránsito aéreo por causa de jubilación forzosa, al haber alcanzado los 65 años de edad, y hayan quedado sin derecho a pensión, podrán, si así lo solicitan, reingresar a la situación de reserva activa especial.

[74] La previsión normativa anterior solo se refería a la situación de reserva activa.

— Tales controladores podrán suscribir, conforme a la normativa de Seguridad Social, el correspondiente convenio especial que les permita completar las lagunas en materia de cotización producidas, desde el 1 de agosto de 2021, tras la extinción de sus contratos de trabajo. Excepcionalmente, dicho convenio especial surtirá efectos desde el día siguiente al de la extinción de la relación laboral, siempre que se solicite su suscripción dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigor de la presente disposición transitoria.

— El empleador conforme al art. 8.1 de la Orden TAS/2865/2003, de octubre, podrá actuar como sustituto de los trabajadores que suscriban el convenio especial[75].

12.4. Compatibilidades de la pensión de jubilación con la actividad profesional de los artistas

La disposición final cuarta Siete del RD-ley 1/2023, de 10 de enero, introduce un nuevo art. 249 quater en la LGSS, por la que se permite compatibilizar el 100% del percibo de la pensión de jubilación con la actividad artística en los siguientes términos:

— Con el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia de aquellos que desarrollen una actividad artística[76].

— Con el trabajo por cuenta ajena y la actividad por cuenta propia desempeñada por autores de obras literarias, artísticas o científicas[77], se perciban o no derechos de propiedad

[75] El art. 8.1 de la Orden TAS/2865/2003, dispone lo siguiente:
"1. Conforme a lo establecido en el apartado 1.1.ª m) del artículo 9 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, en la situación de convenio especial es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar a la Seguridad Social el comprometido en el convenio a abonar a su cargo el importe de la cuota correspondiente en los términos que el convenio establezca y, en su caso, aquel a quien se imponga expresamente dicha obligación en esta Orden u otra norma específica.
No obstante, podrán actuar como sustitutos de los trabajadores o asimilados que suscriban el convenio especial o, en su caso, de los empresarios obligados al pago de la aportación correspondiente las personas físicas o jurídicas que asuman voluntariamente esta obligación con autorización expresa de dichos trabajadores, empresarios o asimilados. En tales casos y a los solos efectos de facilitar la liquidación y cumplimiento de la obligación de cotizar en virtud del convenio especial, la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma correspondiente dará traslado de una copia de dicho convenio especial a la persona física o jurídica que sustituya al empresario o al trabajador o asimilado en el cumplimiento de la obligación de ingresar las cuotas respectivas.
La sustitución en la persona del deudor hecha sin consentimiento expreso de la Tesorería General de la Seguridad Social no liberará al suscriptor del convenio, sin perjuicio de que, si el sustituto realizare el pago, éste se considere efectuado por tercero con los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 15 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social."

[76] Entendiendo por actividad artística, la realizada por las personas que desarrollan actividades artísticas, sean dramáticas, de doblaje, coreográfica, de variedades, musicales, canto, baile, de figuración, de especialistas, de dirección artística, de cine, de orquesta, de adaptación musical, de escena, de realización, de coreografía, de obra audiovisual, artista de circo, artista de marionetas, magia, guionistas, y, en todo caso, la desarrollada por cualquier persona cuya actividad sea reconocida como artista intérprete o ejecutante del título I del libro segundo del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, o como artista, artista intérprete o ejecutante por los convenios colectivos que sean de aplicación en las artes escénicas, la actividad audiovisual y la musical, conforme al artículo 1. 2, párrafo 2.º del RD 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad

[77] Véase el capítulo I del título II del libro primero de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, se perciban o no derechos de propiedad intelectual por dicha actividad, incluidos los generados por su transmisión a terceros y con independencia de que por la misma actividad perciban otras remuneraciones conexas

intelectual por dicha actividad, incluidos los generados por su transmisión a terceros y con independencia de que por la misma actividad perciban otras remuneraciones conexas.

La compatibilidad se lleva a cabo bajo las siguientes condiciones:

— En la compatibilidad se incluye el complemento para pensiones inferiores a la mínima y el complemento por maternidad o reducción de la brecha de género.

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

— No podrá acogerse a esta modalidad de compatibilidad el beneficiario de una pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social que, además de desarrollar la actividad artística, realice cualquier otro trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia diferente a la indicada actividad que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social. Ni tampoco los beneficiarios de cualquier modalidad de jubilación anticipada o jubilación parcial.

— La prestación de incapacidad temporal causada durante la compatibilidad se extinguirá en la fecha en las que cause baja en el régimen de Seguridad Social que corresponda.

Por otro lado, el beneficiario, como alternativa al régimen de compatibilidad podrá optar por cualquiera otra modalidad de compatibilidad entre pensión y trabajo legalmente previstas o también de suspensión de la pensión.

12.5. Jubilación normativa aplicable a trabajadores autónomos o por cuenta propia

La disposición final cuarta Once del RD-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, modifica la letra d) del artículo 318 LGSS (Normas aplicables al RETA) disponiendo que en materia de jubilación, lo dispuesto en los artículos 205; 206 y 206 bis[78] (nuevo); 208; 209, excepto la letra b) del apartado 1; 210 (antes se incluía también el art. 211[79]); 213, 214, 249 *quater*[80] *(nuevo)* y la disposición transitoria trigésima cuarta[81](nueva). Y en relación con lo dispuesto en el artículo 215 será de aplicación en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente.

13. PENSIONES CONTRIBUTIVAS

13.1. Pensiones no contributivas de jubilación e invalidez

El art. 77 del RD-ley 20/2022, establece que con efectos desde el 1 de enero de 2023 y para todo ese año, se aplicará a las pensiones de jubilación e invalidez del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, un incremento extraordinario consistente en el resultado de aplicar al importe de la pensión establecido a 1 de enero de 2022 un porcentaje que complemente el porcentaje que resulte de lo establecido en la Ley de Presupuestos del Estado para 2023, hasta alcanzar un porcentaje total del 15 por ciento[82].

[78] Jubilación anticipada por discapacidad.

[79] Relativo al Factor de Sostenibilidad de la pensión de jubilación, derogado por la disposición derogatoria única. 2 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre.

[80] Compatibilidad de la pensión de jubilación con la actividad artística.

[81] Aplicación gradual de coeficientes reductores de la edad de jubilación conforme a lo previsto en el artículo 210.3 cuando la pensión supere el límite establecido para el importe de las pensiones.

[82] Para su financiación el artículo 78 RD-ley 20/2022 dispone de la concesión de un suplemento de crédito en los siguientes términos:

La disposición final cuarta Doce del RD-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, modifica el apartado 5 del art. 363 LGSS, básicamente para incluir un párrafo por el que no se computan (como renta o ingreso computable a los efectos del requisito de carecer de rentas o ingresos propios) los rendimientos obtenidos por el ejercicio de actividades artísticas a las que se refiere el artículo 249 *quater* LGSS, en tanto no excedan del importe del salario mínimo interprofesional en cómputo anual. Los rendimientos que excedan de esta cuantía se tomarán en cuenta a efectos de la consideración de las rentas o ingresos anuales a que se refiere el artículo 364.2 LGSS[83].

14. INGRESO MÍNIMO VITAL

La Ley 19/2021, de 20 de diciembre norma la prestación no contributiva de la Seguridad Social del Ingreso Mínimo Vital (IMV). Su régimen jurídico se ha visto afectado por el RD-ley 20/2022, 27 de diciembre y la disposición final trigésima segunda de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre. Las novedades afectan a determinadas prestaciones que se consideran incompatibles; incremento extraordinario de la prestación para 2023; y con la obligación de reintegro de las prestaciones de IMV indebidamente percibidas.

14.1. Incompatibilidad del IMV con las pensiones asistenciales

La disposición final trigésima segunda de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, modifica la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, añadiendo una disposición transitoria novena, nueva por la que se establece que desde el 1-1-2023, 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, y suprimidas por la Ley 28/1992, de 24 de noviembre, de Medidas Presupuestarias Urgentes, que aún sigan percibiéndose. Y además establece que dichas pensiones asistenciales quedarán extinguidas cuando se reconozca a sus beneficiarios, a partir de 1-1-2023, la prestación de ingreso mínimo vital ya sea a título individual o como integrantes de una unidad de convivencia. Y una previsión adicional –teniendo en cuenta el período de referencia de la estimación de falta de recursos económicos suficiente-[84], 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.

14.2. Incompatibilidad con la "Nueva Línea de ayuda a personas físicas de bajo nivel de ingresos"

El artículo 74 del RD-ley 20/2022, 27 diciembre, aprueba una línea directa de ayuda a personas físicas de bajo nivel de ingresos (un pago único de 200 euros), con el fin de paliar el efecto perjudicial

"1. Al objeto de financiar el incremento extraordinario de las pensiones de jubilación e invalidez del sistema de Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, se aprueba, en el presupuesto del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para 2023, un suplemento de crédito por importe de 180 millones de euros en la aplicación presupuestaria 32.02.000X.420.02 «Aportación del Estado al presupuesto de la Seguridad Social para financiar las prestaciones no contributivas establecidas por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre. Pensiones, incluso para atender obligaciones de ejercicios anteriores».

2. La financiación del suplemento de crédito previsto en el apartado anterior se realizará de conformidad con el artículo 46 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023".

[83] Dicho precepto relativo a la cuantía de la pensión no contributiva establece que: Las cuantías resultantes de lo establecido en el apartado anterior, calculadas en cómputo anual, son compatibles con las rentas o ingresos anuales de los que, en su caso, disponga cada beneficiario, siempre que los mismos no excedan del 35 por ciento del importe, en cómputo anual, de la pensión no contributiva. En otro caso, se deducirá del importe de dicha pensión la cuantía de las rentas o ingresos que excedan de tal porcentaje, salvo lo dispuesto en el artículo 366 LGSS (relativo a la compatibilidad de las pensiones).

[84] Véanse artículos 11 y 20 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre.

en los precios ocasionado principalmente por la crisis energética derivada de la invasión de Ucrania, de la que se excluyen quienes, a 31 de diciembre de 2022, percibiesen el ingreso mínimo vital.

14.3. Incremento extraordinario de la prestación económica y del complemento a la infancia

El artículo 79 del RD-ley 20/2022, 27 de diciembre, dispone que con efectos de 1 de enero de 2023 y para todo ese año, el Instituto Nacional de la Seguridad Social aplicará, sobre la cuantía de la renta garantizada a un beneficiario individual o unidad de convivencia a 1 de enero de 2022, el mismo incremento extraordinario hasta alcanzar al aplicado a las pensiones no contributivas, de manera que la renta garantizada del IMV mantenga respecto de dicha pensión la relación establecida en el artículo 13 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital. El complemento a la infancia, con efectos 1 de enero de 2023, se incrementará en el porcentaje resultante de lo regulado en el párrafo anterior[85].

14.4. Reintegro de prestaciones indebidas

El artículo 81 del RD-ley 20/2022, 27 de diciembre, modifica el art. 19 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, relativa al reintegro de prestaciones indebidas, de la siguiente forma:

— El INSS queda facultado para revisar de oficio, en perjuicio de sus beneficiarios -sic- los actos relativos a la prestación del IMV, siempre que dicha revisión se efectúe dentro del plazo máximo de cuatro años desde que se dictó la resolución administrativa que no hubiere sido impugnada (pudiendo de oficio declarar y exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas).

— La entidad gestora podrá proceder en cualquier momento a la rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, así como a las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, así como a la reclamación de las cantidades que, en su caso, se hubieran percibido indebidamente por tal motivo.

— Fuera de los casos anteriores la revisión en perjuicio de los beneficiarios se efectuará de conformidad con el artículo 146 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

— Acordada la extinción o la modificación de la cuantía de la prestación como consecuencia de un cambio en las circunstancias que determinaron su cálculo y no exista derecho a la prestación o el importe a percibir sea inferior al importe percibido, los beneficiarios de la prestación vendrán obligados a reintegrar las cantidades indebidamente percibidas, mediante el procedimiento establecido en el Real Decreto 148/1996, de 5 de febrero, por el que se regula el procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas, y en el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.

[85] Para su financiación el artículo 80 del RD-ley 20/2022, 27 de diciembre, dispone de la concesión de un suplemento de crédito para financiar el incremento del IMV, en los siguientes términos:
"1. Al objeto de financiar el incremento extraordinario en la prestación de ingreso mínimo vital, se aprueba, en el presupuesto del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para 2023, un suplemento de crédito por importe de 103 millones de euros en la aplicación presupuestaria 32.02.000X.424 «Aportación del Estado a la Seguridad Social para financiar el Ingreso Mínimo Vital».
2. La financiación del suplemento de crédito previsto en el apartado anterior se realizará de conformidad con el artículo 46 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023."

— Serán responsables solidarios del reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas los beneficiarios y todas aquellas personas que, en virtud de hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos participen en la obtención de una prestación de forma fraudulenta.

— -Serán exigibles a todos los responsables solidarios el principal, los recargos e intereses que deban exigirse a ese primer responsable, y todas las costas que se generen para el cobro de la deuda.

— -Sin perjuicio de lo anterior (esto es lo más novedoso) en cada ejercicio económico, no serán exigibles las cantidades que no superen el 65 por ciento de la cuantía mensual de las pensiones no contributivas, cuando en la unidad de convivencia se integre, al menos, un beneficiario menor de edad[86]. Si el importe indebidamente percibido por la unidad de convivencia supere el 65 por ciento del referido indicador, el Instituto Nacional de la Seguridad Social iniciará el procedimiento de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas para exigir la devolución de la diferencia entre la cantidad no exigible y el importe indebidamente percibido.

Transcurrido el plazo de ingreso en periodo voluntario sin pago de la deuda, se aplicarán los correspondientes recargos y comenzará el devengo de intereses de demora, sin perjuicio de que estos últimos solo sean exigibles respecto del período de recaudación ejecutiva. En los supuestos que se determinen reglamentariamente, la entidad gestora podrá acordar compensar la deuda con las mensualidades del ingreso mínimo vital hasta un determinado porcentaje máximo de cada mensualidad.

Por otro lado, se introduce en la Ley 19/2021, una disposición transitoria décima para establecer que en los procedimientos de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas declaradas y exigidas antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, será de aplicación la legislación vigente en la fecha de la resolución mediante la que se acordó su declaración y exigencia.

15. CLASES PASIVAS DEL ESTADO

15.1. Reconocimiento de derechos pasivos. Competencias

El artículo 11 de la Ley de Clases Pasivas del Estado[87] determina la competencia para el reconocimiento de derechos pasivos y la concesión de las prestaciones de Clases Pasivas del Estado. La modificación afecta al apartado 1 en relación con la entidad competente para ello que residirá en el INSS[88]. Además, se añade como segundo párrafo que la falta de resolución expresa transcurrido el plazo máximo fijado por la norma reguladora del procedimiento de que se trate, sin resolución se entenderá desestimada por silencia administrativo.

15.2. Servicios efectivos al Estado

El artículo 32 de la Ley de Clases Pasivas norma los años de servicios efectivos al estado al objeto de hecho causante, período de carencia y cálculo de pensiones. Su apartado 3 recoge determinados períodos de vinculación con las administraciones que no se considerarán servicios

[86] A efectos de la consideración de la existencia de menores de edad en la unidad de convivencia se tomará como referencia la fecha de efectos económicos de la modificación de la cuantía o de la extinción de la prestación.

[87] Aprobada por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 abril.

[88] Disposición final cuarta uno de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre. Téngase en cuenta que el ar. 11.1 con similar redacción dada por el RD-ley 15/2020, de 21 de abril, había sido declarado inconstitucional por la STC 111/2021, de 13 de mayo.

efectivos al estado. La reforma de dicho apartado es para excluir del cómputo al servicio social femenino obligatorio[89].

15.3. Prestaciones de supervivencia

A) *Pensión de viudedad de las parejas de hecho*

Con cierto retraso de la reforma introducida por el art. 1 Diez y Once de la Ley 21/2021, 28 de diciembre, que modificó los arts. 221 y 222 LGSS[90], el número Tres de la Disposición final cuarta de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre modifica el art. 38 apartados 4 y 5 e introduce un apartado 6 en el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987 de 30 de abril.

La nueva versión de estos apartados supone una plena equiparación con lo ya normado en la LGSS para las parejas de hecho, es decir: desaparece el requisito de dependencia económica y sus excepciones; permite acceder a la prestación temporal de viudedad y la posibilidad, tras una ruptura de la pareja de hecho, de acceder a la pensión de viudedad de forma similar a la prevista para los supuestos de divorcio. Además, se incluye como causa de extinción de la pensión la de contraer matrimonio o formalizar una pareja de hecho por parte del beneficiario.

También se añade una disposición adicional vigésima, para atender supuestos excepcionales de acceso a la pensión de viudedad de pareja de hecho, en similares términos que lo recogidos en la Disposición adicional cuadragésima de LGSS[91]:

f) Que a la muerte del causante no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.

g) Que el beneficiario pueda acreditar en el momento de fallecimiento del causante la existencia de pareja de hecho, en los términos establecidos en el apartado 4 del artículo 38.

h) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social;

i) Para acceder a la pensión regulada en la presente disposición, la correspondiente solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable para su solicitud es de doce meses siguientes a la entrada en vigor de la misma. Y los efectos económicos serán desde el día primero del mes siguiente a la solicitud, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición.

---

[89] Sin perjuicio de lo previsto en la letra b del apartado 1 del art. 32:
"Artículo 32. Servicios efectivos al Estado.
1. A todos los efectos de Clases Pasivas y, en especial, a los de los artículos 28, 29 y 31 de este texto, se entenderán como años de servicio efectivo al Estado aquellos que:
...
b) El personal de que se trata haya permanecido en situación de servicios especiales y en las extinguidas de excedencia especial o supernumerario, así como en situación de excedencia forzosa y en las situaciones militares que resulten legalmente asimilables a todas éstas."

[90] El art. 2 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre modificó el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado en las siguientes materias: Art. 27 *"Revalorización de pensiones, complementos económicos y limitaciones al crecimiento de las mismas*"; Disposición adicional decimoséptima *"Extensión al Régimen de Clases Pasivas del Estado la regulación establecida en el apartado 2 del artículo 210 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social"*.

[91] También introducida por el art. 1 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre.

B) *Pensión de orfandad*

El art. 41 de la Ley de Clases Pasivas del estado es modificado en sus apartados 1 y 2 y se añade un nuevo apartado 5.

Las novedades son las siguientes:

A) Orfandad absoluta. Incremento:

En caso de orfandad absoluta, derivada del fallecimiento de ambos progenitores[92], el beneficiario tendrá derecho al incremento de la base reguladora en los términos que reglamentariamente se determinen[93].

B) Duración de la pensión

Con carácter general la pensión se reconoce a los hijos menores de 21 años o con independencia de la edad si estuvieren incapacitados para el trabajo antes del cumplimiento de la misma o del fallecimiento del causante.

Por otro lado la pensión de orfandad se podrá reconocer o mantener cumplidos los 21 años si el huérfano no realiza un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o cuando realizándolo, o percibiendo cualesquiera otras rentas, ingresos o prestaciones sustitutivas del salario (la inclusión de las rentas o prestaciones sustitutivas es la novedad), los ingresos que obtenga en cómputo anual resulten inferiores al importe del salario mínimo interprofesional que se fije en cada momento, también en cómputo anual, podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad siempre que, a la fecha de fallecimiento del causante, fuera menor de veinticinco años. En estos casos, la pensión se extinguirá cuando el titular cumpla los veinticinco años de edad, salvo que estuviera cursando estudios, manteniéndose en este supuesto la percepción de la pensión de orfandad hasta el día primero del mes siguiente al inicio del siguiente curso académico. No obstante, si el huérfano se incapacitase para todo trabajo antes de cumplir los veinticinco años de edad, tendrá derecho a la pensión de orfandad con carácter vitalicio.

C) Efectos de la adopción del huérfano en la pensión

La LO 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de violencia de género, modificó el art. 224 LGSS, introduciendo un nuevo apartado 2[94], pero no modificó el art. 41 de la Ley de Clases Pasivas.

El nuevo apartado 5 del art. 41 de la Ley de Clases Pasivas, supone lo siguiente:

[92] Confrontar con art. 224. 2 último párrafo de la LGSS "*A los efectos previstos en este artículo, se presumirá la orfandad absoluta cuando se hubiera producido abandono de la responsabilidad familiar del progenitor supérstite y se hubiera otorgado el acogimiento o tutela de la persona huérfana por violencia contra la mujer a favor de terceros o familiares, así como en otros supuestos determinados reglamentariamente".*

[93] Confrontar con el art. 17.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967, que determina que el incremento lo será con el porcentaje de la pensión de viudedad.

[94] Renumerando los anteriores apartados 2 y 3 como 3 y 4. En nuevo apartado 2 partía de que con carácter general la adopción del huérfano pensionista supone la extinción de la pensión o prestación temporal, si bien en el caso de que la muerte de la causante fuera debido a violencia sobre la mujer (incluido cuando el agresor fuere distinto al progenitor), la pensión o prestación no se extinguirá, quedará en suspenso cuando los rendimientos de la unidad de convivencia en que se integran, divididos por el número de miembros que la componen, incluidas las personas huérfanas adoptadas, superen en cómputo anual el 75 por ciento del Salario Mínimo Interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Pensión o prestación que se recuperará cuando los ingresos de la unidad de convivencia no superen los límites indicados. Y por otro lado se incluye la previsión de que s casos en que se haya mantenido el percibo de la pensión o de la prestación de orfandad, aunque se haya constituido la adopción, la nueva pensión o prestación de orfandad que pudiese generarse como consecuencia del fallecimiento de una de las personas adoptantes, será incompatible con la pensión o prestación de orfandad que se venía percibiendo, debiendo optar por una de ellas.

— La adopción del beneficiario de una pensión de orfandad dará lugar a la extinción de ésta, con efectos a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Esta previsión no estaba prevista con anterioridad.

— En el supuesto de adopción de los hijos e hijas de una causante fallecida como consecuencia de violencia sobre la mujer, el derecho a la pensión de orfandad y el incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta, solo se suspenderá cuando los rendimientos de la unidad de convivencia en que se integran, divididos por el número de miembros que la componen, incluidas las personas huérfanas adoptadas, superen en cómputo anual el 75 por ciento del Salario Mínimo Interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

La suspensión tendrá efectos desde el día siguiente a aquel en que concurra la causa de suspensión.

— El derecho a la pensión se recuperará cuando los ingresos de la unidad de convivencia no superen los límites señalados anteriormente. La recuperación tendrá efectos desde el día siguiente a aquél en que se modifique la cuantía de los ingresos percibidos, siempre que se solicite dentro de los tres meses siguientes a la indicada fecha. En caso contrario, la pensión recuperada tendrá una retroactividad máxima de tres meses, a contar desde la solicitud.

— En los casos en que se haya mantenido el percibo de la pensión de orfandad, aunque se haya constituido la adopción, la nueva pensión de orfandad que pudiese generarse como consecuencia del fallecimiento de una de las personas adoptantes, será incompatible con la pensión de orfandad que se venía percibiendo, debiendo optar por una de ellas.

16. APUNTE FINAL

En términos de conjunto se puede decir que la reforma en materia de pensiones está cumpliendo con las previsiones comprometidas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia, Componente 30 ("Sostenibilidad del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo")[95] y que, asimismo, guarda plena coherencia con las previsiones del Pacto de Toledo de 2020[96]. Por tanto, se inserta en la lógica del garantismo jurídico en las pensiones públicas, que buscar un equilibrio sustancial entre la calidad de las pensiones (suficiencia y adecuación social) y las exigencias de sostenibilidad económico-financiera (racionalización interna del gasto público social finalista y ampliación de los recursos internos y externos al Sistema Público de Pensiones); dejando un espacio vital a la fomentada libertad de complementación voluntaria privada de las pensiones públicas a través del instrumento de los planes y fondos de pensiones (ante todo de la modalidad del sistema de empleo)[97].

[95] Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia, Componente 30 ("Sostenibilidad del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo") https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente30.pdf

[96] La Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, en su sesión del día 27 de octubre de 2020, aprobó el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de dicha Comisión. El texto se recoge en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-175.PDF

[97] Véase, MONEREO PÉREZ, J.L.,Y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación,* Murcia, Laborum, 2ª edición ampliada y actualizada, 2022; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La sostenibilidad del sistema de pensiones. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social,* Barcelona, Atelier, 2022; 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,* Murcia, Laborum, 2022.

Debe valorarse el elevado nivel con consenso alcanzado, en términos de conjunto, en esta materia entre los partidos políticos más relevantes entre sí y con las organizaciones profesionales más representativas. No se olvide que la última revisión del Pacto de Toledo hecha en 2020 contó con la aprobación no sólo de la Comisión no Permanente del Pacto de Toledo, sino también con la aprobación del Parlamento, el cual la asumió como una Declaración institucional de Política del Derecho Social de reforma legislativa del Sistema de Pensiones.

En el aspecto de la técnica legislativa, se echa en falta una legislación más ordenada en su *planificación y plasmación legislativa*, pues lo que se aprecia en el proceso legislativo en curso es, por el contrario, una legislación "aluvional" o en cascada. Es cierto que el imperativo de la "emergencia" en el cumplimiento de objetivos que impone la Unión Europea obliga a legislador con prontitud, pero perjudica a un proceso de reforma garantista y solvente como el que se viene realizando el hecho normativo de que no se legisle con mayor orden a través de una técnica legislativa más sistematizada para asegurar el principio de seguridad social y un conocimiento y una aplicación más efectiva; algo que es necesario para alcanzar los objetivos reformistas.

Laborum

Estudios Doctrinales

nº 34 (1er Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La tramitación y resolución de expedientes sancionadores especiales en el ámbito de las infracciones del Orden Social: en especial, los referidos a la Seguridad Social

The processing and resolution of special sanctioning proceedings in the field of Social Order offences; in particular, those relating to Social Security

Juan Carlos Álvarez Cortés
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-8082-6114

Javier Eduardo Quesada Lumbreras
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-4020-5153

Cita Sugerida: ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y QUESADA LUMBRERAS, J.E.: «La tramitación y resolución de expedientes sancionadores especiales en el ámbito de las infracciones del Orden Social: en especial, los referidos a la Seguridad Social». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 34 (2023): 41-68

Resumen

Se analizan, en el marco del procedimiento sancionador del orden social, las particularidades en la tramitación y resolución de expedientes sancionadores especiales, centrándonos en los referidos a la Seguridad Social. Esto es, los procedimientos especiales en materia de liquidación de deudas a la Seguridad Social, para la imposición de sanciones por infracciones de los solicitantes o beneficiarios de prestaciones del Sistema de Seguridad Social y de trabajadores autónomos solicitantes o beneficiarios de la prestación por cese de actividad y el procedimiento sancionador promovido por actuación administrativa automatizada.

Palabras clave

procedimiento sancionador; tramitación de procedimiento; imposición de sanciones; liquidación de deudas a la Seguridad Social; infracciones en materia prestacional de la Seguridad Social; procedimiento administrativo automatizado

Abstract

Within the framework of the social order sanctioning procedure, the specificities in the processing and resolution of special sanctioning proceedings are analysed, with a focus on those referring to Social Security. These are the special procedures for the settlement of Social Security debts, for the imposition of penalties for infringements by claimants or beneficiaries of Social Security System benefits and self-employed claimants or beneficiaries of unemployment benefits, and the penalty procedure promoted by automated administrative action.

Keywords

sanctioning procedure; processing of proceedings; imposition of penalties; settlement of social security debts; infringements in the field of social security benefits; automated administrative procedure

1. INTRODUCCIÓN[1]

Los incumplimientos de las normas jurídicas llevan una específica reacción de los ordenamientos jurídicos, a través de la potestad sancionadora, que permite sancionarlos "con el objetivo de compelir a su cumplimiento por parte de los sujetos a los que están dirigidas las obligaciones y los mandatos

[1] Trabajo realizado en el seno del proyecto 028FEDERJA2018, Las nuevas tecnologías y su impacto en el ámbito laboral y de la Seguridad Social: el impacto socio económico de la economía digital. La primera parte de este artículo toma su base en nuestro trabajo "La tramitación del expediente sancionador", en *Derecho Administrativo*

Fecha Recepción: 13/2/2023 - Fecha Revisión: 14/2/2023 - Fecha Aceptación: 15/2/2023
Pags. 41-68

previstos en aquélla"[2]. Dicho de otro modo, la potestad sancionadora de la Administración en el ámbito de lo social lleva consigo la función de imponer la ejecución de la normativa en este ámbito para la tutela de los intereses de la sociedad.

El reconocimiento de esta potestad (*ius puniendi*) se encuentra implícito en el art. 25 CE al proyectar el principio de legalidad a las infracciones administrativas, junto con otros principios constitucionales[3]. Y ello porque la potestad sancionadora de la Administración, en cualquier ámbito, solo podrá ejercerse cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de ley, bajo el procedimiento previsto para su ejercicio y, además, en el ámbito de lo social, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social[4].

Son, pues, dos los elementos esenciales que entrecruzan en esta potestad sancionadora en el ámbito de lo social. De un lado, el riguroso acatamiento del principio de legalidad[5], lo que supone que las infracciones y sanciones sean reguladas en una norma con rango de Ley, en nuestro caso, la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, en adelante, LISOS)[6]. Las acciones u omisiones tipificadas de los distintos sujetos responsables que constituyen infracciones administrativas del orden social han de recogerse en una norma con rango de Ley[7]. Calificadas las infracciones, las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor y otras variables, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida[8]. De otro lado, para completar la potestad sancionadora, es necesaria una actividad administrativa de inspección y control de la normativa social, a modo de policía administrativa para hacer cumplir tales normas: la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Institución que desde su creación a principios del siglo pasado ha venido actuando en el ámbito de las relaciones laborales para garantizar el cumplimiento de la normativa social[9].

Para el control de la normativa laboral y de la Seguridad Social, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social impulsa normalmente la instrucción del procedimiento sancionador.

El procedimiento o expediente sancionador en el ámbito social se inicia de oficio en la mayoría de los casos[10] mediante un acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, ITSS) y, tras una tramitación o instrucción en la que se garantiza el derecho a la defensa del presunto responsable de la infracción, se produce una terminación a través de una resolución administrativa. En dicha resolución recaída, emitida por el organismo que ejerce la potestad sancionadora (que

Sancionador Socio-Laboral, Dirs. Monereo, Moreno, Vila y Márquez, Coords. Rivera y Ortega, Ed. Laborum, Murcia, 2023.

[2] AAVV, *Manual de Derecho Administrativo Laboral*, Coord. Monereo Pérez, Tecnos, 2ª Ed, Madrid, 2016, p. 310.

[3] Vid. Cruz Villalón, J.: "Principios constitucionales del ejercicio de la potestad sancionadora en el orden social", *Justicia Laboral* número extraordinario, 2001, pp. 23 y ss.

[4] Vid. Cámara Botía, A.: "La potestad sancionadora de la Administración en el orden social: cuestiones generales", en AAVV, *Infracciones y sanciones en el orden social. Régimen jurídico*, (Dirs. Cavas Martínez, F. y Luján Alcaraz, J.), Murcia, Laborum, 2009, p. 21.

[5] Véase, Del Rey Guanter, S.: "Los principios de legalidad y tipicidad en las infracciones del orden social", *Relaciones Laborales*, T. II, 1991, pp. 495 y ss.

[6] Véase, *in extenso,* Mateos Beato, A. y González De Lena, F.: "El texto refundido de la LISOS. Orígenes, orientaciones y contenido", *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2001.

[7] *In extenso,* véase, Areta Martínez, M. y Sempere Navarro, A.V.: "La codificación de las infracciones y sanciones en el orden social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 78, 2008, pp. 73 y ss.

[8] Podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo, incluidas las infracciones por obstrucción a la labor inspectora. Sobre la graduación de las sanciones, véase, Sánchez-Terán Hernández, J.M.: *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, Lex Nova, Valladolid 2007.

[9] Véase, *in extenso,* González Biedma, E.: *La Inspección de Trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

[10] Para el caso de imposición de sanciones leves y graves a solicitantes y beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social, el inicio del procedimiento compete a las entidades gestoras de la Seguridad Social.

dependerá de las Administración que sea competente en la materia) se deberán explicitar los criterios de graduación de la sanción tenidos en cuenta, con base al elemental principio de proporcionalidad.

En definitiva, el acto sancionatorio de la Administración debe de ir precedido *ad solemnitatem* por un procedimiento *ad hoc*, con los consiguientes efectos anulatorios que su inobservancia llevaría aparejados sobre la eventual imposición de una sanción[11].

2. ANTES DE LA APERTURA DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR: ACTIVIDADES PREVIAS DE COMPROBACIÓN

Antes del inicio del procedimiento sancionador se produce una actividad inspectora previa, esto es, una serie de actuaciones realizadas por la ITSS destinadas a comprobar el cumplimiento de la normativa del orden social. Pero estas investigaciones previas no forman parte del expediente sancionador, no son propiamente expediente administrativo, "sino un antecedente que la Ley faculta a la Administración para llevar a cabo y a la vista de lo procedente (…) el archivo de las actuaciones o la orden de incoación del expediente"[12]. Se trata, pues, de actuaciones que tiene lugar extramuros del procedimiento sancionador propiamente dicho "cuya finalidad no va más allá de una apreciación acerca de si, efectivamente, se han producido o no los hechos de que se tiene noticia y, en su caso, personas que hayan intervenido en aquéllos así como las circunstancias concurrentes en la producción de aquéllos y la intervención de éstas en los mismos, para poder así concluir, si hay motivos razonables para iniciar el procedimiento sancionador"[13].

Son actuaciones de comprobación que no podrán durar más de 9 meses (salvo que la dilación sea imputable al sujeto a inspección o a las personas dependientes del mismo) ampliables a otros 9 meses cuando ocurran una serie de circunstancias (complejidad, obstrucción o cooperación internacional)[14]. Asimismo, no se podrán interrumpir por más de 5 meses, salvo que la interrupción sea causada por el sujeto inspeccionado o personas de él dependientes. Si se incumplen tales plazos, además de no interrumpirse el cómputo de la prescripción, decaerá la posibilidad de extender el acta de infracción o de liquidación como consecuencia de tales actuaciones previas (sin perjuicio de la eventual responsabilidad de los funcionarios actuantes por no desarrollar la actuación en los plazos legalmente establecidos).

La actividad previa de comprobación podrá iniciarse por órdenes o iniciativas internas (administraciones con competencias en materia laboral o de Seguridad Social y los órganos superiores de la ITSS) o externas al propio organismo (otras Administraciones Públicas, organismos de la Seguridad Social, órganos jurisdiccionales o por denuncia de particulares o sindicatos).

Deberán prestar colaboración a la ITSS en las actividades previas de comprobación cualquier organismo público (INSS, TGSS, SPEE, INSST, etc) remitiendo toda la información de que dispongan cuando les sea requerida para el buen fin de la labor inspectora. Además, en la lucha contra el fraude (y contra las infracciones del orden social), también la AEAT cederá sus datos y antecedentes a la

[11] Así, Rodríguez Escanciano, S., "La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral", *Documentación administrativa* nº 282-283, 2008, p. 226.

[12] STS, sala de lo contencioso, de 24 de septiembre de 1976 (RJ 4564).

[13] Así, Montoya Martín, E., "Consideraciones sobre las actuaciones previas y su incidencia en el procedimiento administrativo sancionador y en las garantías del administrado", *Documentación Administrativa* nº 280 -281, 2008, p. 197.

[14] Dicho de forma extensa, podrá ampliarse por otro periodo que no excederá de nueve meses, cuando concurran las siguientes circunstancias:
a) Cuando las actividades de inspección revistan especial dificultad y complejidad. Se entiende que se produce atendiendo al volumen de operaciones del sujeto obligado, por la dispersión geográfica de sus actividades, y en aquellos otros supuestos que indique una norma reglamentaria.
b) Cuando en el transcurso de estas se descubra que el sujeto inspeccionado ha obstruido u ocultado al órgano inspector alguna de sus actividades o de las personas que las desempeñen.
c) Cuando la actuación inspectora requiera de cooperación administrativa internacional.

ITSS. Finalmente, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes estarán obligadas a prestar su auxilio y colaboración a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el normal ejercicio de sus funciones[15].

Finalizadas las actuaciones inspectoras previas, y según sus resultados, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes:

a) Medidas que no llevan consigo la iniciación de un procedimiento sancionador, la mayoría de ellas son actuaciones de advertencia y requerimientos diversos de la ITSS[16]:

b) La iniciación del procedimiento sancionador, expediente de liquidación, devoluciones de beneficios sociales o similar: la extensión de actas de infracción y de liquidación. El procedimiento sancionador se inicia a través de un acto de incoación, que es un acto de trámite, que supone el impulso inicial para el ejercicio legítimo de la potestad sancionadora. Este acto administrativo de trámite de incoación supone una individualización y particularización de la previsión tipificada de la infracción en la ley proyectándola sobre un sujeto al que se imputa como responsable[17].

3. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO "COMÚN" SANCIONADOR EN EL ORDEN SOCIAL

El procedimiento administrativo sancionador es el procedimiento que ha de tramitar la Administración Pública cuando pretende imponer una sanción administrativa, esto es, cuando ejerce la llamada potestad sancionadora. Potestad administrativa, la sancionadora, admitida en el art. 25.1 CE y reconocida con carácter general en la Ley 39/2015 a todas las Administraciones Públicas. Como tal potestad requiere para ejercerse de un procedimiento administrativo, "lo que supone que la Administración está siempre obligada por el ordenamiento jurídico a evacuar un procedimiento cuando pretenda dictar una resolución administrativa sancionadora"[18].

Según la situación de infracción frente a la que nos encontremos podremos encontrar particularidades en la tramitación del procedimiento. El objeto principal de este trabajo es analizar los distintos tipos de procedimientos "específicos" que se regulan en el RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social.

No obstante ello, creemos necesario acercarnos a las reglas generales o comunes de tramitación para poder comprender las especialidades de los procedimientos específicos que más abajo será analizados y referidos a:

— Liquidación de deudas a la Seguridad Social.

— Procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de los solicitantes o beneficiarios de prestaciones del Sistema de Seguridad Social y de trabajadores autónomos solicitantes o beneficiarios de la prestación por cese de actividad.

[15] Vid. Gutiérrez Trashorras, L. "Las obligaciones de auxilio y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 128, 2017, pp. 128 y ss.

[16] Sobre el tema, vid. Fernández Orrico, F.J. "Las actuaciones de advertencia y los requerimientos de las Inspección de Trabajo y Seguridad Social" en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* nº 78, 2008, pp. 135 a 159; también De Val Arnal, J.J.: "Actuaciones de advertencia y recomendación", en AAVV Comentario sistemático al texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social, Dirs. García Blasco, J. y Monereo Pérez, J.L., Comares, Granada, 2005, p. 666

[17] Vid, en sentido parecido, Esteve Pardo, J., *Lecciones de Derecho Administrativo, Marcial* Pons, Madrid, 2016, p. 171.

[18] En este sentido, Gosálbez Pequeño, H. *El procedimiento administrativo sancionador (Teoría y práctica)*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 14.

— Procedimiento sancionador derivado de la actuación previa de funcionarios técnicos habilitados por las Comunidades Autónomas con competencias en ejecución de la legislación laboral, y del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo en las Ciudades de Ceuta y Melilla.

— Del procedimiento sancionador promovido por actuación administrativa automatizada en el ámbito de la Administración General del Estado.

Los principios generales de la tramitación del procedimiento administrativo sancionador en el orden social se recogen en el art. 52 de la LISOS, estableciéndose que el procedimiento sancionador y liquidatorio se ajuste a cuatro pasos o trámites esenciales:

— Iniciación de oficio por acta de la ITSS, salvo en el caso de imposición de sanciones leves y graves a los solicitantes y beneficiarios de prestaciones que se iniciará por la entidad gestora.

— Notificación de acta a los sujetos responsables, lo que dispondrán de un plazo de 15 días para formular las alegaciones que estimen pertinentes ante el órgano que sea competente para dictar la resolución.

— Si se hubiesen formulado alegaciones, previas diligencias necesarias, se dará nueva audiencia al interesado por término de 8 días, siempre que de las diligencias practicadas se desprenda la existencia de hechos distintos a los incorporados en el acta.

— A la vista de lo actuado, por el órgano competente se dictará la resolución correspondiente. El principio de objetividad recogido en el art. 103 CE que debe presidir la actuación de las Administraciones Públicas exige que el órgano instructor quede desvinculado o no dependa jerárquicamente respecto del órgano que tenga atribuida la resolución.

Al ejercer la potestad sancionadora la Administración está actuando con el *ius puniendi* del Estado, lo cual afecta o puede afectar a ciertos derechos fundamentales de las personas, consagrados en el art. 24.2 CE, de ahí la necesidad de que tales derechos constitucionales deban estar garantizados y protegidos en el seno del proceso administrativo sancionador.

El art. 52 de la LISOS dicta las reglas generales que serán desarrolladas posteriormente por el RD 928/1998, en cualquier caso, esta norma deja clara las dos partes que tiene este procedimiento: la instrucción y tramitación que queda en manos de la ITSS y la resolución sancionatoria, cuyo responsable es la autoridad laboral competente. Esto es, los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio y establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que ha de encomendarse a órganos distintos (*ex* art. 63.1 de la Ley 39/2015)[19].

La resolución que imponga una sanción ha de adoptarse necesariamente a través de un procedimiento en el que quede salvaguardado el derecho de defensa, lo que lleva consigo la posibilidad de aportación y proposición de pruebas y la alegación de cuantos argumentos de descargo que pueda aducir la persona presuntamente responsable[20]. Y es que, como indica el Tribunal Constitucional, desde la STC 18/1981, de 8 de junio, en los procedimientos administrativos sancionadores han de aplicarse las garantías procedimentales ínsitas en el art. 24 CE, en sus dos apartados, no mediante una aplicación literal, sino "en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución" , por lo que

[19] Vid. Blasco Pellicer, Á., *El procedimiento administrativo sancionador en el orden social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 121 y ss.

[20] STC 18/1981, de 8 de junio.

la aplicación de las garantías previstas en el art. 24 CE al procedimiento administrativo sancionador viene condicionada a que resulten compatibles con la naturaleza de dicho precepto.

3.1. *Iniciación del procedimiento sancionador a través de la instrucción*

De conformidad con el art. 1.2 de la LISOS las infracciones no podrán ser objeto de sanción sin previa instrucción del oportuno expediente (procedimiento administrativo específico) a propuesta de la ITSS.

Pues bien, tras la actuación inspectora y las debidas comprobaciones, los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social podrán iniciar el procedimiento sancionador mediante la extensión de actas de infracción o efectuar requerimientos y expedientes liquidatorios para el pago de deudas a la Seguridad Social (incluyendo instar del correspondiente organismo la suspensión o cese en la percepción de prestaciones sociales obtenidas irregularmente).

La extensión de actas de infracción, cuando se constaten hechos constitutivos de infracción en el orden social, se producirá tras la actuación previa de inspección. Este acto de incoación que supone la redacción de un acta de infracción por parte de la ITSS es un acto de trámite, pero no debe ocultarse la relevancia de este por su incidencia respecto de los derechos a la defensa de la persona presuntamente responsable de la infracción (o de otros responsables solidarios o subsidiarios), así como del interés público por la debida persecución de las infracciones administrativas.

Por ello, la norma regula de forma minuciosa el acta de infracción en su contenido. Y ello, además de la forma, el acta cumple dos importantes funciones (relacionadas): la primera es que sirve para materializar el derecho a ser informado del contenido de la infracción y la segunda es que ha de portar la motivación del acto administrativo en el ámbito sancionador donde la Administración justifique su decisión, demostrando, acreditando o fundamentando la decisión que se propone[21]. Ambas cuestiones se relacionan con el derecho a la defensa[22], ya que como indica la STJUE Asunto C-500/2009, de 13 de julio, tenga conocimiento íntegro de las razones que han conducido al órgano competente a decidir el inicio de un procedimiento destinado a la determinación de su responsabilidad por la presunta comisión de una infracción administrativa[23].

De otro lado, ha de recordarse que pueden formalizarse y tramitarse de forma conjunta y simultáneamente las actas de propuestas de liquidación por los mismos hechos por los que se ha levantado un acta de infracción por infracciones graves[24]. De ello daremos cuenta más abajo.

Hay situaciones especiales en procedimientos específicos en los que también se recoge el derecho a ser informados de la acusación a los responsables con el objeto de que los mismos puedan defenderse, así:

— En los documentos de inicio de expedientes sancionadores por las entidades gestoras o servicios correspondientes de las Comunidades Autónomas, se comunicarán a los interesados los hechos u omisiones que se les imputen, la infracción presuntamente cometida, su calificación y la sanción propuesta, con expresión del plazo para que puedan formular alegaciones.

---

[21] En sentido parecido, Tirado Barrera, J.A. "Notas sobre el acto de inicio del procedimiento administrativo", REALA nº 16, 2021, p. 176, extraído de https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/10979/12056 .

[22] Vid. Alarcón Sotomayor, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales,* Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 108

[23] En especial, párrafos 37 a 39.

[24] Se han entendido, junto con otras, como por ejemplo las actas de liquidación, como modalidades singulares de las actas de infracción, aunque entiendo más bien que son situaciones especiales que han de ser contempladas en las actas más que modalidades especiales de las mismas, vid. Carratalá Teruel, J.L.: "En torno al nuevo procedimiento sancionador por infracciones en el orden social", *Tribuna Social* nº 66, 1996, pp. 79 y ss.

— Cuando el acta de infracción se practique como consecuencia de informe emitido por los funcionarios técnicos en materia de prevención de riesgos laborales, se incorporará a su texto el relato de hechos del correspondiente informe, así como los demás datos relevantes de éste.

Las actas extendidas por la ITSS tienen naturaleza de documentos públicos y los hechos constatados por los referidos funcionarios de la ITSS que se formalicen en las actas de infracción, observando los requisitos legales de contenido, tendrán presunción de certeza[25], sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados. Afortunadamente, el sistema probatorio como el español está basado en la libre valoración de la prueba, siendo el juzgador quien aprecie en su conjunto la totalidad de los medios probatorios aportados pudiendo valorarlos conjuntamente, pero tendrá que exponer en sus decisiones los motivos por los cuales un determinado medio probatorio generó en él una cierta convicción.

Se ha dicho que, con base al principio de eficacia de la Administración, recogido en el art. 103 CE, se reconoce la legitimidad de la atribución legal de la presunción de certeza o veracidad al contenido del acta, lo que se conecta también con la presunción de validez del acto administrativo[26].

La determinación del valor probatorio de las actas de inspección ha sido considerado como una de las cuestiones más relevantes de su régimen legal, siendo cierto que en el ámbito sancionador social a las actas se les presume veracidad, también lo es que ello admite prueba en contrario, ello ha de ser así porque las actas poseen un especial valor probatorio pero no son infalibles, pues conforme a las reglas de la sana crítica será una prueba más que deberá valorarse en el procedimiento sancionador[27], aunque en realidad la doctrina judicial nos tiene acostumbrados a tomar la "presunción de certeza" de las actas como un dogma casi indiscutible, un mandato legal que supone que el acta como medio probatorio debe ser considerado como acreditativo de los hechos allí descritos.

El art. 151.8 de la LRJS anteriormente indicado apunta a la presunción de certeza entendiéndola como una directriz al juez de cómo debe de valorar un concreto medio probatorio[28]. Dicho establecimiento legal de la presunción de certeza de las actas de inspección determina que el juzgador ha de tener por probados los hechos que constituyen las consecuencias jurídicas de esas normas, sin que sea necesario, en consecuencia, realizar un esfuerzo probatorio adicional y reduciendo con ello la exigencia de la actividad probatoria de la Administración, *contrario sensu*, al administrado, sujeto al que se le imputa los hechos que suponen la comisión de una infracción, le será más complicado el ejercicio de la prueba en contra para destruir dicha presunción de certeza.

3.2. *Tramitación del procedimiento*[29]

A) Notificación

Una vez realizado el pliego de cargos en el acta ha de notificarse a los responsables ya que la información de la acusación forma a través de la notificación forma parte del derecho a la tutela

[25] Sobre el tema, en general, *vid.* Cano Campos, T., "La presunción de veracidad de las actas de inspección", AAVV, *Función inspectora. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo,* Coord. J. J. Díez Sánchez, J.J., INAP, Madrid, 2013, p. 224. Y, de forma específica, García Rubio, M.A.*: La presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

[26] Así, RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 205-206.

[27] Así, Fernández Ramos, S., *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, Granada, 2002, pp. 474-475.

[28] Nuevamente, Cano Campos, T., "La presunción de veracidad de las actas de inspección", op. cit., p. 230.

[29] Ha de recordarse que se establecen normas especiales de la tramitación de procedimiento de infracción respecto de suspensión de actividades o cierre de centro de trabajo en caso por motivos de prevención de riesgos laborales; respecto del procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad empresarial por falta de medidas de

judicial efectiva en su vertiente administrativa. Y ello es importante ya que con ello se fijan los hechos y su calificación sin que, con posterioridad, la ITSS pueda realizar variaciones fácticas y jurídicas respecto del contenido inicial del acta.

Las actas de infracción (y en su caso de forma conjunta con las de liquidación) serán notificadas a las personas que sean presuntamente responsables de la comisión de la infracción en el plazo de 10 días hábiles contados a partir del término de la actuación inspectora, entendiéndose por ésta la de la fecha del acta[30].

En dicha notificación se advertirá que podrán formular escrito de alegaciones en el plazo de 15 días hábiles, contados desde el siguiente a su notificación, para lo que podrán acompañar cualquier tipo de prueba que estimen pertinente ante el órgano instructor del expediente[31].

En caso de formular alegaciones frente al acta, los responsables tendrán derecho a la consulta y vista de los documentos obrantes en el expediente, sin más excepciones que las necesarias para asegurar la confidencialidad del origen de cualquier queja, de conformidad con el artículo 15.c del Convenio número 81 de la OIT. Las alegaciones, como se sabe, suponen el ejercicio real del derecho de defensa frente al principio acusatorio ya que lleva consigo la posibilidad de que el presunto responsable de la infracción pueda rechazar los hechos imputados de los que se le acusa y también, en su caso, la calificación de éstos y la sanción propuesta, que ha conocido a través del acta y que, en dicho momento, rebate aportando las pruebas que estime oportuno al respecto.

En caso de no efectuar alegaciones, el acta de infracción podrá ser considerada propuesta de resolución.

B) Tramitación e instrucción del expediente

Se hace referencia, según la competencia en la materia, a la instrucción en el ámbito de las Comunidades Autónomas o de la Administración General del Estado (será la normativa de una u otra Administración la que determine los órganos competentes para los actos de instrucción y tramitación de los expedientes sancionadores).

Pero, respecto del procedimiento en sí es idéntico en forma y plazos. El órgano instructor del expediente deberá remitir la propuesta de resolución, junto con el expediente administrativo sancionador, al órgano competente para resolver con una antelación mínima de 15 días al del vencimiento del plazo para dictar resolución (que es de 6 meses, ampliables por circunstancias excepcionales, desde la finalización del acta de infracción).

— Si no se formulan alegaciones contra el acta de infracción, continuará la tramitación del procedimiento hasta dictar la propuesta de resolución que corresponda. Además, podrá reducirse la cuantía de la sanción en un 40% si el sujeto responsable manifiesta su voluntad de proceder al pago de la misma con carácter previo a la resolución.

seguridad y salud en el trabajo proponiendo el porcentaje de incremento que estime procedente, lo que es compatible con la responsabilidad administrativa, penal o civil que derive de los hechos constitutivos de la infracción; y, finalmente, respecto de la adopción de medidas cautelares en infracciones cometidas por entidades colaboradoras en la gestión del sistema de Seguridad Social. Sobre éstas, véase, Gámez Orea, M. "Sanciones del orden social y actas de liquidación de cuotas de Seguridad Social: notas sobre el nuevo reglamento de procedimiento", *Temas Laborales* nº 42, 1997 pp. 51 y ss.

[30] En caso de que se refiriera a solicitantes y beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social también se comunicará, de forma simultánea, al órgano o entidad gestora correspondiente, a efectos de la adopción de la suspensión cautelar prevista respecto de las prestaciones.

[31] Vid. Izu Belloso, M.J. "El 'pie de recurso' y la notificación de los actos administrativos", *Revista de Administración Pública* nº 193, 2014, pp. 197 y ss.

— Si se formulan alegaciones contra el acta de infracción, y se realizan en tiempo y forma, el órgano instructor podrá recabar informe ampliatorio, que se emitirá en 15 días, del Inspector o Subinspector que practicó el acta[32]. Dicho informe valorará expresamente las pruebas aportadas, o que se hubiesen practicado, y las alegaciones producidas.

Recibidas las alegaciones, o transcurrido el plazo señalado para efectuar las mismas, el instructor podrá acordar la apertura del período de prueba.

Se producirá un trámite de audiencia ante el órgano instructor, antes de la propuesta de resolución, en un plazo de 8 días, cuando de las diligencias practicadas se desprenda la invocación o concurrencia de hechos distintos a los reseñados en el acta. Tras este trámite de audiencia, en un plazo de 3 días, el sujeto responsable podrá formular nuevas alegaciones y tras ello quedará visto para la propuesta de resolución.

Si se produce un acta de infracción y un acta de liquidación conjunta, practicadas ambas por los mismos hechos, la presentación de alegaciones o de recurso contra una de ellas se entenderá como formulado también contra la otra, salvo que expresamente se manifieste lo contrario.

3.3. *La terminación: la resolución del procedimiento sancionador*

La resolución que imponga una sanción será el resultado final del procedimiento contradictorio y garantista que acabamos de examinar de forma sucinta.

En el plazo de 10 días desde el momento en el que finalice la tramitación del expediente, el órgano competente para resolver, previas las diligencias que estime necesarias, dictará la resolución motivada que proceda, confirmando, modificando (e incluso fijando sanciones accesorias) o dejando sin efecto la propuesta de sanción contenida en el acta. Si se dejase sin efecto, se ordenará el archivo del expediente y, en su caso, el levantamiento de las medidas de carácter provisional que hubiesen podido adoptarse. La motivación en la resolución es fundamental ya que conecta con la garantía del derecho a la defensa establecido en el art. 24.1 CE[33].

También es posible, aunque poco probable, que la resolución acuerde la anulación del acta cuando ésta carezca de los requisitos imprescindibles para alcanzar su fin, o cuando dé lugar a la indefensión de los interesados y no se hubiese subsanado en la tramitación previa a la resolución.

A) Caducidad del expediente y prescripción de las infracciones y de las sanciones

Ha de recordarse que se produce caducidad del expediente sancionador cuando no se haya resuelto el expediente por infracciones del orden social en el plazo de 6 meses, a contar desde la fecha del acta hasta la fecha en que se notifique la resolución. No computando las interrupciones por causas imputables a los interesados o motivadas por las causas legales de suspensión del procedimiento o por otras causas indicadas por la norma. Aunque, como ya advertimos, en circunstancias excepcionales, podrá acordarse la ampliación de dicho plazo máximo[34].

---

[32] Esta potestad se convierte en obligatoriedad de recabar informe cuando en las alegaciones se invoquen hechos o circunstancias distintas a los consignados en el acta, se alegue insuficiencia del relato fáctico de la misma o indefensión por cualquier causa.

[33] Vid. Navarro González, R. *La motivación de los actos administrativos,* Thomson Reuters, Aranzadi, Elcano, 2017, pp. 348 y ss.

[34] Es importantísimo recordar que la caducidad declarada de un expediente administrativo sancionador o liquidatorio no impide la iniciación de otro nuevo con identidad de sujeto, hechos y fundamentos, cuando la infracción denunciada o la deuda imputada no hayan prescrito. Para ello se tendrán que realizar nuevas actuaciones inspectoras y se habrá de practicar nueva acta de infracción o de liquidación.

De otro lado, el órgano que resuelva ha de tener en cuenta no solo la posibilidad de caducidad del expediente, sino también la prescripción de las infracciones y de las sanciones[35].

B) Notificación de la resolución

Las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores por infracciones de orden social serán notificadas a los interesados (también a otras personas o entidades, según el tipo de infracción cometida), advirtiéndoles todas las particularidades de la sanción y de los recursos que correspondan contra ellas, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos[36].

C) Atribución de competencias sancionadoras

A causa de la especial distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia social nos encontramos una doble situación, como ya vimos en la tramitación. Además, la competencia para resolver se determinará de acuerdo con la cuantía de la sanción propuesta en el acta de infracción[37].

4. TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN MATERIA DE INFRACCIÓN[38]

Dejando de una lado las normas específicas respecto de suspensión de actividades o cierre de centro de trabajo, recargo de prestaciones o medidas cautelares de entidades colaboradoras, los capítulos VI a IX del RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social recogen cuatro procedimientos específicos en materia de infracciones y sanciones:

— Liquidación de deudas a la Seguridad Social.

— Procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de los solicitantes o beneficiarios de prestaciones del Sistema de Seguridad Social y de trabajadores autónomos solicitantes o beneficiarios de la prestación por cese de actividad.

— Procedimiento sancionador derivado de la actuación previa de funcionarios técnicos habilitados por las Comunidades Autónomas con competencias en ejecución de la legislación laboral, y del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo en las Ciudades de Ceuta y Melilla.

[35] Vid., Blasco Pellicer, Á., *El procedimiento administrativo sancionador en el orden social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 152 y ss.

[36] Recuérdese que no cabe recurso o acción en vía administrativa cuando el sujeto infractor hubiese hecho efectivo el pago de la sanción con carácter previo a la resolución. Asimismo, se remitirá copia del acto al funcionario que hubiere promovido el expediente. Nuevamente, vid. Izu Belloso, M.J. "El 'pie de recurso' y la notificación de los actos administrativos", *Revista de Administración Pública* nº 193, 2014, pp. 197 y ss.

[37] En los supuestos de acumulación de infracciones será órgano sancionador competente de la totalidad de dichas infracciones el que lo sea para imponer la de mayor cuantía, a tenor de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, salvo que expresamente se disponga lo contrario.

[38] *In extenso, vid.* Cervilla Garzón, M.J. y Jover Ramírez, M.C.: *Manual básico de derecho administrativo sancionador del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2018.

— Del procedimiento sancionador promovido por actuación administrativa automatizada en el ámbito de la Administración General del Estado[39].

De los cuatro existentes tres de ellos tienen relación directa con el sistema de Seguridad Social. De hecho, respecto del procedimiento por actuación administrativa automatizada, aunque aún no se ha determinado su campo o ámbito de actuación la Exposición de Motivos del Real Decreto 688/2021 ya ofreció alguna pista pues indica que el análisis masivo de datos para de detección del fraude permite conocer la existencia de incumplimiento de los sujetos obligados "especialmente en materia de Seguridad Social" que sean competencia de la Administración General del Estado (aunque, por supuesto, la norma no cierra la posibilidad a otras materias).

4.1. *De los expedientes de liquidación por deudas a la Seguridad Social*

En las actuaciones previas de comprobación resulta fundamental la coordinación de las entidades gestoras y de la TGSS como servicio común de la Seguridad Social con la ITSS (no solo respecto de los procedimientos de infracción referidos a la obtención de prestaciones del sistema de Seguridad Social de forma ilegítima, sino también ante los supuestos de infracción por falta de encuadramiento de los trabajadores y sus correspondientes actas de liquidación), coordinación que al menos a día de hoy podría decir que se ha conseguido a través de las distintas normas de carácter legal o reglamentario[40].

Pues bien, respecto de la liquidación de cuotas, la ITSS podrá formular propuestas de liquidación, actas de liquidación y requerimientos en relación con las deudas por cuotas y conceptos de recaudación conjunta a las personas físicas o jurídicas que así resulten responsables de conformidad con la normativa reguladora del sistema de Seguridad Social[41].

En estos supuestos, la ITSS podrá desarrollar actuaciones inspectoras de alcance supraprovincial, relativas a deudas por cuotas, pudiendo iniciar expedientes liquidatorios y sancionadores del mismo alcance, atribuyendo la competencia para efectuar la propuesta de resolución al Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Inspección en cuyo ámbito funcional se hayan efectuado las actuaciones o, en su caso al Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Dirección Especial que, a estos efectos, tendrá la consideración de Inspección Provincial, siéndole de aplicación las atribuciones y cometidos establecidos para dichos órganos periféricos.

Además, las actas de infracción y liquidación que, en su ámbito funcional de actuación, practiquen los Subinspectores Laborales serán visadas por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social del que técnicamente dependan. En cualquier caso, se visarán respecto de las situaciones de falta de encuadramiento, en las diferencias por falta de cotización, en los casos de derivación de la responsabilidad del sujeto obligado al pago o en la aplicación indebida de bonificaciones. También serán visadas las de infracción practicadas por los Subinspectores Laborales cuando correspondan a infracciones graves y muy graves en materias cuya vigilancia les esté atribuida, haciéndose constar tal circunstancia en el acta que se notifique al presunto responsable.

---

[39] Recientemente introducido por el artículo único del art. 16 del RD 688/2021, de 3 de agosto, por el que se modifica 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, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

[40] Sobre este problema desde una perspectiva y con una regulación anterior, véase, Mateos Beato, A. y Martín Jiménez, R. "Los problemas de coordinación procedimental de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con otros organismos del sistema público de Seguridad Social", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* nº 78, 2008, pp.161 y ss.

[41] Sánchez Grande, A. y Mercader Uguina, J.R.: "El nuevo procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social", *Relaciones Laborales*, T. II, 1996, pp. 898 y ss.

4.1.1. Propuestas de liquidación

Procederá propuesta de liquidación cuando la Inspección de Trabajo compruebe la falta total de cotización respecto de trabajadores dados de alta y no se hubieran presentado los documentos de cotización en plazo reglamentario, así como por trabajadores en alta no figurados en tales documentos, aunque éstos se presenten dentro de dicho plazo.

Ha de recordarse que ello es una causa de reclamación de deuda, recogida en el art. 62 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, por lo que gracias a los mecanismos telemáticos establecidos en la actualidad (SILTRA) se produce la reclamación casi de forma automática por parte de la TGSS por lo que es complicado, aunque no imposible como se verá más abajo, que la ITSS actúe en esta situación. En el caso en que efectivamente se produzca la actuación de la ITSS, las propuestas de liquidación de la Inspección se comunicarán a la TGSS para que formalice las correspondientes reclamaciones de deuda.

La propuesta de liquidación realizada por la ITSS determinará, al menos, el sujeto obligado con sus datos de identificación, período de liquidación y circunstancias del descubierto, número de trabajadores afectados y su identificación, y forma en que se efectuó la comprobación inspectora. También contendrá esta propuesta la determinación del importe total de la liquidación (bases de cotización y tipos aplicables) además de los correspondientes recargos, siendo firmada por el Inspector o Subinspector actuante.

Podría darse lugar a la tramitación de dos expedientes de forma simultánea cuando al responsable de los descubiertos al que se realiza propuesta de liquidación se le descubriese por el funcionario actuante otra deuda por cuotas respecto de las que procediera un acta de liquidación (falta de alta de trabajadores, diferencias de cotización de trabajadores dados de alta o derivación de responsabilidad). En estos casos, la TGSS comunicará al Jefe de la Unidad Especializada de la Seguridad Social la formalización de la reclamación de deuda para coordinar la tramitación de ambos expedientes (y, en su caso, los sancionadores que concurriesen por los mismos hechos).

4.1.2. Actas de liquidación de cuotas

A) Causas de extensión de las actas de liquidación

De conformidad con el art. 65 del RD 1415/2004 que establece el Reglamento General de Recaudación en la Seguridad Social, procederá la extensión de actas de liquidación en las deudas por cuotas originadas por:

— Falta de afiliación o de alta de trabajadores en la Seguridad Social.

— Diferencias de cotización por trabajadores dados de alta cuando dichas diferencias no resulten directamente de los documentos de cotización presentados dentro o fuera del plazo reglamentario.

— Por derivación de la responsabilidad del sujeto obligado al pago, cualquiera que sea su causa y en virtud de cualquier norma con rango de ley que no excluya la responsabilidad por deudas de Seguridad Social. En los casos de responsabilidad solidaria legalmente previstos, la Inspección podrá extender acta a todos los sujetos responsables o a alguno de ellos; en este caso, el acta de liquidación comprenderá el principal de la deuda a que se extienda la responsabilidad solidaria y los recargos, intereses y costas devengados hasta la fecha en que se extienda el acta.

— Aplicación indebida de las bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social, previstas reglamentariamente para la financiación de las acciones formativas del subsistema de formación profesional para el empleo.

Son situaciones, como puede observarse, que no pueden ser detectadas directamente de la documentación que posee la TGSS, sino que es necesaria una actividad inspectora de comprobación para poder, tras la actuación, practicar un acta de liquidación.

En los tres primeros supuestos, la ITSS podrá formular requerimientos a los responsables del pago de cuotas adeudadas por cualquier causa, previo reconocimiento de la deuda por aquellos ante el funcionario actuante. En este caso, el ingreso de la deuda por cuotas contenida en el requerimiento deberá efectuarse en el plazo que determine la ITSS, que no podrá ser inferior a un mes ni superior a cuatro meses. De incumplirse el requerimiento se procederá a extender acta de liquidación y de infracción por impago de cuotas.

B) Requisitos de las actas de liquidación

En modo parecido a las actas de infracción, a las actas de liquidación se le exigen una serie de requisitos mínimos[42]:

— Determinación del Régimen de Seguridad Social de aplicación y entidad con la que tuviese concertada la cobertura de las contingencias profesionales.

— Datos que identifiquen al sujeto o sujetos responsables, haciendo constar en su caso la existencia de presunto responsable solidario o subsidiario con sus datos y el motivo de la presunta responsabilidad.

— La descripción precisa de los hechos comprobados por el funcionario actuante como motivadores de la liquidación y los elementos de convicción utilizados para su esclarecimiento de que ha dispuesto en la labor inspectora, con referencia y las disposiciones infringidas con expresión del precepto o preceptos vulnerados. Los hechos así consignados gozan de presunción de certeza, salvo prueba en contrario. Además, ha de indicarse de si por los mismos hechos se practica acta de infracción, cuestión que veremos más adelante.

— Los datos que hayan servido de base para calcular el débito (período de descubierto, relación nominal y grupo de cotización de los trabajadores afectados[43]; bases y tipos de cotización aplicados y cuantos otros datos pueda el funcionario actuante obtener o deducir a los fines indicados)[44]. En los casos de actas de liquidación por derivación

[42] Es necesario cumplir de forma rigurosa los requisitos procedimentales, entre ellos los de forma en las actas, entre otros aspectos, vid. Moreu Carbonell, E.: "Las especialidades del procedimiento sancionador en el orden social y para la liquidación de cuotas de la Seguridad Social. ¿Excesos en la potestad inspectora?", *Actualidad Laboral* nº 19, 1999, p. 370.

[43] Si el grupo profesional o puesto de trabajo del trabajador no fuere conocida, se tomará como tal la que determine el Inspector de Trabajo y Seguridad Social, en función de las actividades del trabajador en la empresa, en aplicación de la normativa laboral que en cada caso corresponda. En los casos de polivalencia funcional o de realización de actividades propias de dos o más puestos de trabajo, se estará a las que resulten preferentes en la forma antes indicada.

[44] En los supuestos en que los datos de los documentos de cotización discreparan de los contenidos en las comunicaciones de inscripción de empresa, afiliación, altas y bajas de trabajadores y variaciones de datos, el acta de liquidación se calculará a partir de los datos de estas comunicaciones, salvo que quedara probado en el expediente la validez de los datos contenidos en los documentos de cotización.

de responsabilidad, salvo en los casos de contratas y subcontratas[45], se indicará los datos referentes al período de deuda al que se refiere dicha situación (número total de trabajadores afectados y el importe mensual de la deuda más los recargos, intereses y costas correspondientes hasta la fecha en la que se extienda el acta). Las actas de liquidación se extenderán de acuerdo con la remuneración total que tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba de ser esta superior debido al trabajo que realice por cuenta ajena y que debe integrar la base de cotización[46].

En los supuestos de actas de liquidación por aplicación indebida de bonificaciones y reducciones en las cuotas y/ o conceptos de recaudación conjunta se consignará el periodo de descubierto, el trabajador afectado y la cuantía de la bonificación o reducción practicada. De forma específica, cuando se trate de bonificaciones para la financiación de acciones formativas del subsistema de formación profesional continua, se hará constar la cuantía de la bonificación practicada y el periodo al que corresponda.

— Fecha del acta y firma del funcionario actuante y, en su caso, firma del inspector que la conforme con su visado[47].

— Pie de recurso, esto es, la indicación expresa de la posibilidad de alegaciones ante el correspondiente Jefe de la Unidad de la Inspección especializada en Seguridad Social, a las que se podrán acompañar las pruebas de que se disponga.

Damos por reproducidos aquí los comentarios que anteriormente realizamos respecto de la motivación de las actas y su valor probatorio.

C) Actas de liquidación concurrentes con actas de infracción por los mismos hechos[48].

Se produce cuando el procedimiento liquidatorio es concurrente con el acta de infracción. Esto es, cuando, por los mismos hechos, se estime que la conducta del sujeto presuntamente responsable se inscribe en el supuesto de hecho sancionable. No obstante, como se ha visto anteriormente, es posible que se levante únicamente el acta de liquidación cuando se estime por el funcionario actuante que la conducta empresarial no es merecedora de sanción "aunque lleve aparejada la liquidación de cuotas debidas por el sujeto responsable durante el período que se estime de prestación de servicios del trabajador"[49].

En tales casos de concurrencia se establece un procedimiento específico[50]:

[45] En los supuestos de responsabilidad solidaria y subsidiaria en la contratación de obras o servicios previstos en el artículo 42 ET, las actas de liquidación contendrán todos estos datos que se indican para los casos de derivación de responsabilidad, y además la identificación de los trabajadores que hayan prestado servicios en la misma, o los criterios y medios utilizados para la imputación de la deuda si la identificación de los trabajadores ocupados no fuera posible.

[46] Cuando la ITSS no tenga posibilidad de conocer el importe de las remuneraciones percibidas por el trabajador, se estimará como base de cotización la media entre la base mínima y máxima correspondiente al último grupo de cotización conocido en que estuviese encuadrado el grupo o categoría profesional de los trabajadores a que se refiera el acta de liquidación, salvo en aquellos casos en que resulten de aplicación bases únicas.

[47] Esto es, las extendidas por los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social.

[48] Vid., Vázquez González, I.: "El procedimiento para la liquidación de cuotas a la Seguridad Social", en AAVV, *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi, Elcano, 1999, pp. 383 y ss.

[49] Nuevamente, Mateos Beato, A. y Martín Jiménez, R. "Los problemas de coordinación procedimental de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con otros organismos del sistema público de Seguridad Social", op. cit. pp.165.

[50] Salvo en el caso en el que se haya dado cuenta por la ITSS al Ministerio Fiscal de la posible concurrencia de indicios racionales de comisión de un delito referido a las deudas por cuotas a la Seguridad Social y conceptos asimilados o por disfrute indebido de prestaciones sociales o subvenciones públicas, en el que no cabrá la unificación de estos procedimientos de actas conjuntas de infracción y liquidación.

— Ambas actas habrán de cumplir los requisitos formales exigidos para cada una de ellas, que más arriba han sido detallados, aunque respecto de los hechos y otras circunstancias fácticas, las actas de infracción podrán remitirse al contenido del acta de liquidación, haciéndolo constar expresamente.

— La norma establece una limitación de motivos o causas de infracción en las actas de infracción ya que sólo cabrá la acumulación de infracciones cuando éstas se refieran a hechos con efecto liquidatorio en la correspondiente acta de liquidación.

— El procedimiento aplicable a ambas será conjunto, tomando como base el establecido para las actas de liquidación. La propuesta de resolución, por el Jefe de la Unidad Especializada, será única para ambas actas, fijándose de forma motivada los hechos probados, su calificación jurídica y la cuantía de la sanción propuesta. Ambas actas se practicarán con la misma fecha y se notificarán simultáneamente.

— Contra las mismas cabe recurso de alzada.

Como respecto de otras sanciones por infracción, en el caso de que el sujeto infractor de su conformidad con la liquidación practicada ingresando el importe de la deuda en el plazo establecido, las sanciones por infracción por los mismos hechos se reducirán automáticamente al 50 por 100 de su cuantía. Aunque, dicha posibilidad de reducción automática solo será aplicable en el caso de que la cuantía de la liquidación supere a la de la sanción propuesta inicialmente.

Finalmente, las resoluciones que recaigan en tales expedientes conjuntos se comunicarán al Jefe de Unidad Especializada de la Seguridad Social de la Inspección Provincial que haya emitido la propuesta de resolución, y se notificarán en forma a los interesados. En este caso, a la TGSS no se le considera como parte interesada, ni siquiera tiene previsto un trámite de audiencia o información durante la tramitación del procedimiento, eso sí, como se dirá posteriormente, una vez finalizada la tramitación se le comunicará el acta a la TGSS. Ello es algo contradictorio ya que el reglamento general de recaudación de la Seguridad Social reconoce a la TGSS la competencia exclusiva en gestión recaudatoria, por lo que su no participación durante la tramitación del acta de liquidación pugna "frontalmente con la literalidad y espíritu del precepto que, sin duda, pretende blindar las competencias de la TGSS en materia de gestión recaudatoria (y las actas de liquidación constituyen pieza esencial de ella) y, al mismo tiempo, evidencia que la ausencia de mecanismos de coordinación procedimental… puede producir efectos indeseados desde la perspectiva de la congruencia de las resoluciones a los efectos de la seguridad jurídica y la tutela jurisdiccional proclamadas constitucionalmente (arts. 9.3 y 24)"[51].

D) Notificación y resolución de las actas de liquidación

La ITSS, una vez finalizada la tramitación, notificará las actas de liquidación de cuotas al sujeto responsable, así como, en su caso, a los responsables subsidiarios o solidarios[52]. De conformidad con el pie de recurso establecido necesariamente en las mismas, tales responsables podrán formular alegaciones en el término de 15 días a contar desde la fecha de la notificación.

Pero no solo a los responsables, el acta de liquidación también será notificada a los trabajadores interesados o a los representantes unitarios si afectase a un colectivo de trabajadores. Y ello es importante ya que con ello se permite que los trabajadores disconformes con los períodos y bases de

[51] Cfr. Mateos Beato, A. y Martín Jiménez, R. "Los problemas de coordinación procedimental de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con otros organismos del sistema público de Seguridad Social", op. cit., pp.165 y 166.

[52] En el supuesto de responsabilidad solidaria las actas se tramitarán en el mismo expediente administrativo liquidatorio.

cotización recogidas en el acta o con la procedencia de la liquidación puedan formular alegaciones en las mismas condiciones que el presunto responsable[53].

Finalmente, el acta se comunicará de inmediato a la TGSS.

Los responsables podrán ingresar el importe de la deuda establecida en el acta de liquidación antes del vencimiento del plazo señalado para formular alegaciones, comunicando la justificación a la ITSS.

En caso de que se formulen alegaciones, podrá solicitarse informe al funcionario que formuló el acta y se dará vista y audiencia al alegante por plazo de 10 días para que exponga y pruebe lo que estime conveniente.

Si transcurrido el plazo para formular alegaciones no se hayan producido éstas, el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social efectuará propuesta de resolución. Ello supondrá o bien, lo que es más común, la elevación a definitiva de la liquidación practicada o bien la modificación o anulación del acta practicada. En cualquiera de los casos, la propuesta de resolución fijará de forma motivada los hechos probados y su calificación jurídica.

Esta propuesta de resolución deberá remitirse al órgano competente de la Dirección General o Provincial de la TGSS que dictará resolución, en un plazo máximo de 6 meses desde la fecha del acta, elevando a definitiva la liquidación que proceda o bien, lo que es menos común, modificando o anulando el acta practicada[54], la cual será notificada a los interesados.

En los supuestos de derivación de responsabilidad, el procedimiento recaudatorio podrá dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios recogidos en la resolución administrativa que se dicte o contra los subsidiarios, si concurriesen los supuestos legales para su exigencia.

Contra las resoluciones que establezcan la liquidación de deudas con la Seguridad Social basadas en el acta de liquidación cabe recurso de alzada ante el superior jerárquico del órgano que dictó el acto. Pero en cualquier caso los importes señalados en las resoluciones, sean o no objeto de recurso de alzada, deberán hacerse efectivos en la TGSS, hasta el último día del mes siguiente al de su notificación, iniciándose, en otro caso, el procedimiento de apremio (salvo que se garantice con aval bancario suficiente o se consigne el importe en la propia TGSS)[55].

Tales resoluciones agotan la vía administrativa y son susceptibles de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

4.1.3. Requerimiento de pago de cuotas

Si la ITSS en el ejercicio de sus funciones comprobase la existencia de deudas por cuotas a la Seguridad Social o conceptos de recaudación conjunta, podrá requerir a quien estime sujeto

[53] El hecho de que no se haya notificado el acta de liquidación a los trabajadores afectados no afecta al "derecho a la defensa" de la empresa cuando ésta es la que recurre (STS, sala de lo contencioso, de 24 de febrero de 1997, RJ 1997/1117).

[54] Ha de tenerse en cuenta que en los casos en los que la TGSS anule o modifique las actas de liquidación, los funcionarios actuantes de la ITSS que iniciaron dichos expedientes liquidatorios, cuando estimen razonada y fundadamente que dicha resolución es manifiestamente ilegal y lesiva a los intereses generales, podrán promover ante el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social que tramitó dichos expedientes la formulación de propuesta de revisión de dicha resolución, ante el órgano de la Tesorería General de la Seguridad Social que la hubiese dictado.

En tales casos, el órgano de la TGSS competente, previo dictamen favorable del Consejo de Estado, podrá declarar de oficio la nulidad de tal resolución, o promover la revisión ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa en supuestos de anulabilidad, de acuerdo con el procedimiento regulado en el título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

[55] Si se hubiese interpuesto recurso de alzada contra el acto administrativo liquidatorio, y se hubiese garantizado su importe con aval suficiente o consignado el mismo, se suspenderá el procedimiento recaudatorio hasta los quince días siguientes a aquel en que se notifique la resolución recaída sobre el recurso de alzada.

responsable el pago de dichas deudas y el ingreso efectivo de las mismas sin tener que iniciar el expediente sancionador y liquidatorio en el caso de que dicho ingreso se produzca.

En este requerimiento, que podrá formularse mediante diligencia o mediante notificación de escrito ordinario, se determinarán o referirán los elementos sustanciales de la deuda para su regularización, el plazo o plazos para su ingreso efectivo en la Seguridad Social, y la obligación de justificación documental ante la Inspección de cada uno de los ingresos efectuados en los plazos establecidos al efecto en el requerimiento.

En caso de incumplimiento del requerimiento se produciría la práctica de las actas de liquidación e infracción o, en su caso, la comunicación al Ministerio Fiscal si se apreciase la concurrencia de indicios racionales de posible comisión de delito[56].

4.2. *Procedimiento para imposición de sanciones por infracciones de solicitantes o beneficiarios de prestaciones del sistema de Seguridad Social*

En este caso, como se dijo anteriormente, la competencia para sancionar las infracciones de los solicitantes o beneficiarios de las prestaciones del sistema de Seguridad Social son las propias entidades gestoras, siendo el órgano competente la persona que ejerza la dirección provincial de las mismas.

Dentro de este procedimiento se encuentran tres tipos: para la imposición de sanciones leves y graves, para la imposición de sanciones muy graves y suspensiones cautelares y, finalmente, para la imposición de sanciones a los trabajadores autónomos beneficiarios de prestaciones por cese de actividad.

4.2.1. Procedimiento para la imposición de sanciones leves y graves a solicitantes o beneficiarios

Según el art. 52 de la LISOS el procedimiento sancionador se iniciará, siempre de oficio, por acta de la ITSS, no obstante, el procedimiento de imposición de sanciones, leves y graves, a los solicitantes y beneficiarios de prestaciones a que se refiere la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, se iniciará por la entidad gestora.

Se iniciará este procedimiento por comunicación de la ITSS a la entidad gestora competente o bien como resultado de los antecedentes o datos obrantes en la propia entidad.

Es un procedimiento que no se inicia por un acta de infracción como tal, sino por un escrito de iniciación en el que se exponen los hechos constatados y como fueron comprobados los mismos, la infracción presuntamente cometida con expresión del precepto vulnerado, si ha habido reincidencia[57] y, finalmente, la propuesta de sanción[58].

Este procedimiento sancionador puede llevar consigo la suspensión cautelar del disfrute de la prestación, que en el supuesto de prestaciones o subsidios por desempleo supondrá la interrupción del abono de la prestación económica y de la cotización a la Seguridad Social.

---

[56] Tal comunicación no suspenderá la tramitación y finalización de los expedientes liquidatorios ni a las eventuales actuaciones administrativas posteriores para su exacción.

[57] Existirá reincidencia cuando el sujeto responsable cometa una infracción del mismo tipo y calificación que otra ya sancionada en firme en el plazo de los 365 días anteriores al de comisión de la que se examine. En caso de reincidencia se agrava la calificación de la sanción que se proponga.

[58] Vid. Fernández Bermúdez, J. y Román Vaca, E. "El procedimiento sancionador en materia de Seguridad Social por infracciones leves y graves de trabajadores, beneficiarios y solicitantes de prestaciones", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* nº 4, 1996, pp. 1233 y ss.

Para evitar la indefensión, el escrito de iniciación del procedimiento sancionador y, en su caso, la determinación de la suspensión cautelar de la prestación que venía percibiéndose, se notificará por la entidad gestora al sujeto responsable.

Desde dicha notificación se abre un plazo de alegaciones de 15 días hábiles al presunto infractor para que, por escrito, manifieste lo que a su derecho convenga y aporte las pruebas que considere necesarias, pudiendo, en este plazo, solicitar el examen de la documentación que fundamente la iniciación del procedimiento sancionador.

Tras este plazo, se hayan realizado o no alegaciones, el órgano competente dictará la resolución correspondiente, que pondrá fin a la vía administrativa, y que deberá notificarse al sujeto responsable. Dicha resolución es inmediatamente ejecutiva y recurrible ante los órganos jurisdiccionales del orden social.

Si no se impusiese sanción, se reanudará de oficio la percepción de las prestaciones suspendidas cautelarmente, incluso con atrasos, siempre que el beneficiario reúna los requisitos para ello, o desde o hasta el momento en que estos concurran.

En caso de que se imponga sanción, ésta sustituirá a la suspensión cautelar si ésta se hubiese adoptado. Además, si se impusiera sanción de suspensión de la prestación o subsidio por desempleo supondrá la reducción del período de cotización a la Seguridad Social por tiempo igual al de la suspensión acordada.

4.2.2. Procedimiento para la imposición de sanciones muy graves y de suspensión cautelar

En estos supuestos el procedimiento se inicia con un acta de infracción de la ITSS que, al ser muy grave, llevará consigo la propuesta de extinción de las prestaciones del sistema de Seguridad Social.

Una copia de esta acta se remitirá a la entidad gestora competente para que proceda, en su caso, a la suspensión cautelar de las prestaciones o subsidios, cosa que se notificará al interesado y que se mantendrá hasta la resolución definitiva del procedimiento sancionador.

Al tratarse las entidades gestoras de la Seguridad Social (INSS, ISM y SEPE) organismos autónomos administrativos de la AGE, el procedimiento a seguir para la imposición de sanciones por infracciones muy graves de los solicitantes o beneficiarios de las prestaciones será el mismo que el establecido de forma general para la tramitación y resolución de aquellos expedientes sancionadores en materia de competencia de la Administración General del Estado y que más arriba explicamos.

Resuelto el expediente sancionador con la imposición de la sanción por falta muy grave, y habiendo agotado la vía administrativa, la entidad gestora reclamará los importes indebidamente percibidos conforme a la normativa de aplicación.

4.2.3. Procedimiento para la imposición de sanciones referidas a la prestación por cese de actividad

De forma paralela a la protección por desempleo para los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores autónomos solicitantes o beneficiarios de prestaciones por cese de actividad que cometan una infracción en su obtención o mantenimiento podrán ser sancionados.

En tal caso el procedimiento de imposición de sanciones en tales situaciones se iniciará por acta de infracción de la ITSS (no por escrito de iniciación).

A pesar de ser prestaciones gestionadas en su inmensa mayoría por las Mutuas Colaboradoras de las Seguridad Social (para los trabajadores del mar, en cambio, por el Instituto Social de la Marina), el procedimiento sancionador en este caso también va a seguir las reglas generales de tramitación (e

incluso contenido de las actas) establecido para el ámbito de la AGE, con las particularidades que a continuación se indicarán.

Pues bien, instruido el expediente, el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social lo elevará con la propuesta de resolución al órgano competente para dictar la resolución. En el caso de que la gestión de la prestación corresponda a una Mutua Colaboradora, se le comunicará la propuesta de resolución, para su conocimiento.

Cuando se trate de infracciones muy graves, el Jefe de la Unidad Especializada remitirá, en su caso, propuesta de suspensión cautelar del disfrute de la prestación, sobre la que deberá pronunciarse el órgano competente para resolver. Si el órgano competente acordara la suspensión se interrumpirá el abono de la prestación económica y de la cotización a la Seguridad Social[59].

Las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores se comunicarán a los sujetos responsables, en su caso, a la Mutua Colaboradora y a la ITSS[60] y serán susceptibles de recurso ante el Ministro responsable o competente por razón de la materia.

4.3. *Procedimiento sancionador derivado de la actuación previa de funcionarios técnicos habilitados en materia de seguridad y salud laboral*

Como es conocido, la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales exige la adopción de las medidas necesarias para garantizar la colaboración pericial y el asesoramiento técnico necesarios a la ITSS por parte de la AGE y de las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos de competencia.

Para la contribución al desarrollo de las actividades y actuaciones preventivas de las empresas entre otros cometidos se asignarán funcionarios técnicos habilitados para que ejerzan labores técnicas en materia de prevención de riesgos laborales y que, además "podrán desempeñar funciones de asesoramiento, información y comprobatorias de las condiciones de seguridad y salud en las empresas y centros de trabajo" que, de forma paralela y complementaria a la ITSS, podrán realizar requerimientos para la subsanación de las deficiencias observadas en materia de prevención de riesgos laborales.

Si a resultas de las actuaciones de comprobación de las condiciones materiales o técnicas de seguridad y salud laboral, y tras el requerimiento de subsanación no cumplido efectivamente por la empresa, el funcionario técnico habilitado de la Comunidad Autónoma remitirá informe a la ITSS[61], en el que se recogerán los hechos comprobados (y que gozan de la misma presunción de certeza que las actas de la inspección), a efectos de que se levante la correspondiente acta de infracción, si así procediera.

Esto es, lo que se requiere es un previo requerimiento de subsanación de las deficiencias observadas y si en posterior visita se deduce el incumplimiento del requerimiento realizado, se pone en marcha el procedimiento de comunicación a la ITSS a través de un informe en el que se recogerán los hechos comprobados a los efectos de que se levante la correspondiente acta de infracción.

El acta de infracción que se genere como consecuencia del informe emitido por el técnico habilitado hará mención expresa de dicha circunstancia, indicándose que se actúa por expediente administrativo. Por supuesto, el acta de infracción ha de contener todos los requisitos exigidos a la

[59] En el supuesto en que la gestión de la prestación por cese de actividad corresponda a una Mutua Colaboradora, el órgano competente para resolver remitirá copia del acuerdo de suspensión cautelar al órgano gestor para que proceda a hacer efectiva la misma, suspensión que se mantendrá hasta la resolución definitiva del procedimiento sancionador.

[60] Dichas resoluciones serán también comunicadas al Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social en la que se hubiera iniciado el procedimiento sancionador correspondiente.

[61] O, en su caso, los técnicos del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, cuando se trate de lugares o centros en las Ciudades de Ceuta y Melilla.

misma y que anteriormente se comentaron y, especialmente, se harán constar los elementos suficientes de comprobación y de convicción para efectuar la propuesta sancionadora.

Las particularidades en estas actas de infracción de modo principal se refieren a la circunstancia de la colaboración del técnico habilitado[62]:

— la necesidad de expresar en el acta la identificación del técnico habilitado actuante que emitió el informe (con expresión de su habilitación)

— el relato de los hechos será el del correspondiente informe sobre éstos, conforme a la comprobación realizada por el citado técnico habilitado, y se consignarán igualmente los demás datos contenidos en el informe que tengan relevancia para la tipificación y calificación de la infracción, y de graduación de la propuesta de sanción que el inspector considere procedentes;

— los medios utilizados por el funcionario técnico habilitado en su comprobación;

— la fecha y el contenido del requerimiento de subsanación de la infracción observada, emitido por el técnico habilitado actuante, así como la fecha en que comprobó e hizo constar documentalmente su incumplimiento.

Es curioso que, respecto de estas actas de infracción, el art. 41 del RD 928/1998, recuerda expresamente (reiterando en cierto modo el art. 9.3 LPRL) que si se encuentran formalizadas con arreglo a los requisitos y particularidades anteriormente señalados, tendrán presunción de certeza respecto de los hechos reflejados en ellas que se correspondan con los que hayan sido constatados y reflejados en su informe por los funcionarios técnicos habilitados de las Administraciones públicas, salvo prueba en contrario.

Finalmente, la tramitación de los expedientes sancionadores iniciados por actas de infracción derivadas de la actuación previa de técnicos habilitados en materia de prevención de riesgos laborales es la misma que las de carácter general en el ámbito de las Comunidades Autónomas (ya que se trata de una competencia de tales entidades), con la única particularidad de que si se formulasen alegaciones que afecten al relato fáctico de aquélla, el órgano competente para resolver podrá recabar informe ampliatorio del técnico habilitado que realizó las actuaciones comprobatorias, que lo emitirá en quince días.

4.4. *Procedimiento sancionador promovido por actuación administrativa automatizada en el ámbito de la AGE*[63]

Los avances de las nuevas tecnologías, especialmente a través del "big data", el análisis estructurado de los mismos a través de las técnicas de "data mining", y la inteligencia artificial que puede desarrollar sistemas de búsqueda intensiva de información, permite un tratamiento masivo de los datos, que, junto con la aplicación de algoritmos, podría ofrecer soluciones, adoptando decisiones, y ofreciendo respuestas o resoluciones automatizadas. En este orden de cosas, las Administraciones públicas están sirviéndose de los procesos de digitalización para tramitar ciertos procedimientos o

[62] Otra particularidad, aunque menos relevante, es que dichas actas no exigirán el reflejo del código de cuenta de cotización o del número de identificación de autónomos.

[63] Este procedimiento es el más reciente, pues ha sido incluido por el RD 688/2021, de 3 de agosto, por el que se modifica 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, aprobado por el RD 928/1998, de 14 de mayo. Seguimos en este apartado, Álvarez Cortés, J.C. "E-Administración en la Seguridad Social", AAVV, Efectos laborales, sindicales y de Seguridad Social de la digitalización, (Dir. López Cumbre), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 279 y ss.

actos administrativos. No es algo nuevo, el cruce de datos para la obtención de información lleva produciéndose desde hace muchos años en nuestras Administraciones Públicas, especialmente a nivel de Administración General del Estado, lo nuevo quizás sean las nuevas herramientas y aplicaciones informáticas y electrónicas que permiten manejar mayor volumen de datos y sistematizarlos para llegar a conclusiones que podrían tener efecto en determinados ciudadanos o grupos de ciudadanos.

Las nuevas tecnologías han permitido, en distinto grado, automatizar un elevado número de procesos y procedimientos y ha simplificado considerablemente el trabajo interno desarrollado por muchos departamentos. Este tipo de actuaciones no tiene por qué referirse de forma exclusiva a un procedimiento administrativo, al menos en el sentido estricto del término, sino a cualquier tipo de actividad, incluso informativa, por ejemplo, los llamados servicios de respuesta inmediata, como la obtención en línea de un certificado (una vida laboral, un certificado de pensionista o uno de retenciones, etc.), son actuaciones administrativas automatizadas que no se encuentran encuadradas en un procedimiento administrativo en sentido propio.

La introducción de nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, la inteligencia artificial y el desarrollo de competencias digitales y algoritmos en la gestión de datos permite agilizar las tareas de la función de control e inspección de la ITSS[64].

Según el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, ITSS) de 2019, el último publicado en su web, la ratio de este personal en España tiene un registro superior al recomendado por la Organización Internacional del Trabajo, que establece que en los países desarrollados debería de haber al menos un Inspector de Trabajo por cada 10.000 trabajadores, y nuestra media nacional se sitúa en uno por cada 19.000[65]. Evidentemente, la incorporación de nuevas tecnologías, desde hace tiempo, ha venido muy bien para mejorar la eficiencia en las actuaciones especialmente en los actos formales, de trámite, o situaciones que no requieran la intervención personal del inspector.

El art. 53.1 a) del Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social ha recibido una pequeña adición por la DF 4ª del RD-ley 2/2021, de 26 de enero, que ha provocado muchas reflexiones en la doctrina. Así, en el texto vigente, las actas de infracción ya no solo incluirán los hechos constatados por el Inspector o Subinspector laboral actuantes, sino que podrán ser extendidas en el marco de actuaciones administrativas automatizadas, en las que se haga constar "los hechos constitutivos de la infracción cometida".

Consecuencia de ello ha sido la adopción del Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto, que modifica el reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas, que entrará en vigor a primeros de enero de 2022, que incluye un capítulo IX, arts. 43 a 48, denominado "del procedimiento sancionador promovido por actuación administrativa automatizada en el ámbito de la Administración General del Estado", en el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

Lo primero que hace el art. 43 del RD 928/1998, en su redacción dada en 2021[66], es definir lo que entiende por actividad automatizada, esto es, "cualquier actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la que la intervención del personal con funciones inspectoras se produzca de forma indirecta".

---

[64] En este sentido, Elena García, J.A. "La inspección de trabajo y las tecnologías de la información y de la comunicación: retos y oportunidades", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 128, 2017, pp. 278 y ss.

[65] https://www.mites.gob.es/itss/web/Que_hacemos/Estadisticas/index.html

[66] Vid. Cabero Morán, E. "Reconocimiento de responsabilidad y actuación administrativa automatizada en el procedimiento sancionador social (el Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto)", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* nº 82, 2021.

Para que pueda llevarse a cabo es necesario que se establezca y autorice previamente por resolución del Director del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que será publicada en sede electrónica. En dicha resolución se indicará:

— la determinación de los supuestos en los que se hará uso de dicha actuación,

— el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad del sistema de información,

— el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación.

Pues bien, en el ámbito de la AGE, la ITSS, mediante actuaciones administrativas automatizadas, podrá generar actas de infracción de conformidad con los datos, antecedentes e informes que obren en dicho sistema, así como en las bases de datos de las entidades que le prestan su auxilio y colaboración. De otro lado, también se podrán generar de forma automatizada las propuestas de resolución que procedan cuando no se hayan presentado alegaciones contra las actas.

En las actuaciones administrativas automatizadas, la actividad previa de comprobación se iniciará por orden del Director del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Esta orden se emitirá para la realización de cada conjunto de actuaciones de la misma naturaleza y en ella se indicarán los criterios a seguir en su preparación y ejecución, así como el órgano encargado de su realización.

Las actas de infracción en actuaciones administrativas automatizadas habrán de contener los requisitos generales establecidos, a excepción de los que se refieren directamente a la intervención de un funcionario actuante (y su identificación y firma) y a la comprobación de los hechos y criterios de graduación (ya que la misma no ha sido realizada por un funcionario actuante).

Ello no significa que el acta no deba reflejar los hechos comprobados resultado de la actuación administrativa automatizada, pues todas las actas de infracción exigen la comprobación de hechos, con expresión de aquellos que sean relevantes a efectos de la tipificación de la infracción, los medios utilizados para la comprobación de los hechos que fundamentan el acta. La diferencia es que en las actas que provengan de procedimientos no automatizados ello provendrá de la actividad humana, a través de una persona física que es el funcionario actuante, mientras que en las actas de actuaciones administrativas automatizadas ello lo hace una máquina, por lo que habrá de indicarse de forma expresa que se trata de una actuación de este tipo que ha sido iniciada mediante expediente administrativo. Asimismo, las actas deberán ir firmadas con el Sello Electrónico Cualificado de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Una vez realizadas, las actas de infracción deberán ser notificadas al presunto sujeto responsable en el plazo de 10 días hábiles desde la fecha del acta. A partir de este momento, como ha de indicar el pie de recurso, se abre un plazo de 15 días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación, para formular alegaciones acompañando las pruebas que estimen pertinentes ante el órgano instructor del expediente.

También puede ocurrir que, tras la notificación, el sujeto responsable procediese al pago de la sanción propuesta en el acta en el plazo señalado para formular alegaciones, por lo que operaría el mecanismo de reducción del importe de la sanción en un 40 por ciento[67]. Y ello daría por concluido el procedimiento ya que el pago lleva implícito el reconocimiento de la responsabilidad y la renuncia al ejercicio de cualquier acción, alegación o recurso en vía administrativa.

[67] A estos efectos y junto con el acta de infracción, se facilitará al presunto responsable la correspondiente carta de pago en la que se aplicará la citada reducción.

En el caso de no efectuar alegaciones ni proceder al pago "anticipado", el acta de infracción será considerada propuesta de resolución, lo que finaliza la ordenación del expediente y supone la remisión al órgano competente para resolver.

En cambio, si se formulase alegaciones en las que se expongan hechos o circunstancias distintos a las consignadas en el acta, se alegase sobre la insuficiencia del relato fáctico de dicha acta o sobre la indefensión por cualquier causa, deberá asignarse el expediente a un actuante con funciones inspectoras, para que informe sobre las mismas[68]. Emitido el correspondiente informe ampliatorio, se continuará el procedimiento hasta su resolución.

Aún no se ha clarificado en qué o cuáles van a ser las nuevas actuaciones o procesos automatizadas en las actas de infracción pero queda claro que los mismos deben de ponderar entre las obligaciones que constitucionalmente se atribuyen en el artículo 103 CE a las Administraciones Públicas[69] (servir con objetividad los intereses generales y actuación de acuerdo con el principio de eficacia y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho) y otros derechos consagrados en la Constitución (intimidad, interdicción de la arbitrariedad en la actuación de la Administración, garantías en el ejercicio de la potestad sancionadora, etc.)[70]. Aumentar la eficiencia administrativa no puede serlo a costa de un detrimento de las garantías de los administrados, de ahí la necesidad de hallar un punto de equilibrio que ofrezca seguridad jurídica en el uso de las distintas aplicaciones y uso de los algoritmos e inteligencia artificial en los procedimientos administrativos[71]. La norma para conjugar las garantías jurídicas de los ciudadanos con los procedimientos automatizados, en el marco jurídico del art. 41 de la LRJSP, lo único que exige es una Resolución de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, para mi insuficiente ya que creo que tales procedimientos deberían de recogerse de forma expresa en una norma con rango legal y ello porque de todos los trámites susceptibles de digitalización "los relacionados con las imposición de sanciones son los más delicados, en la medida que afectan a la facultad de *imperium* más contundentes de las ejercitadas por la Administración y a las que tradicionalmente el ordenamiento jurídico ha puesto mayores condicionantes y garantías jurídicas"[72].

A pesar de no haberse aclarado cuáles van a ser las actuaciones automatizadas de actas de infracción la Exposición de Motivos del Real Decreto 688/2021 ya ofrece alguna pista pues indica que el análisis masivo de datos para de detección del fraude permite conocer la existencia de incumplimiento de los sujetos obligados "especialmente en materia de Seguridad Social" que sean competencia de la Administración General del Estado (aunque, por supuesto, la norma no cierra la posibilidad a otras materias). El problema, nuevamente, será determinar en qué ocasiones la

[68] En caso de que dicha asignación recaiga en Subinspector o Subinspectora Laboral, el informe deberá contar con el visado del Inspector o de la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social del o de la que técnicamente dependan, cuando correspondan a actas por infracciones graves y muy graves.

[69] Aunque el Sindicato de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social se queja de esta regulación ya que entienden que "un robot no puede sustituir a los funcionarios de la inspección de trabajo" y que la automatización de las sanciones rompe con los principios de legalidad, seguridad jurídica, eficiencia, neutralidad e imparcialidad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. https://www.asnala.com/media/docs/corona/573-SITSS-AUTOMATIZACION-SANCIONES.pdf, consultado en octubre de 2021. Pero lo cierto es que procedimientos similares se han impuesto en otros organismos con potestad sancionadora y han sido avalados por los tribunales.

[70] No tanto el art. 18.4 CE referido a la protección de datos de carácter personal ya que el desarrollo comunitario y legal permiten excepciones al tratamiento de datos de carácter personal cuando afecten a objetivos importantes del interés público general o intereses económicos o financiero e incluso de la Seguridad Social (art. 23 Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de datos. Además, de que las cuestiones referidas a la automatización de procedimientos sancionadores los infractores son personas jurídicas a los que no se aplica esta legislación concreta.

[71] En sentido parecido, Cerrillo Martínez, A., "El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho Administrativo. ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?", *Revista General de Derecho Administrativo* nº 50, 2019, p. 8.

[72] Así lo indica, Cruz Villalón, J. en "Algoritmo, digitalización y sanciones laborales 'automatizadas'", https://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/03/algoritmo-digitaliacion-y-sanciones.html, consultado en octubre de 2021.

constatación de tales incumplimientos no requiera en el procedimiento sancionador la intervención directa de un funcionario de la ITSS.

En cualquier caso, el establecimiento de un sistema automatizado que permite la ausencia o falta de intervención de un funcionario de la ITSS en las actuaciones comprobatorias no ha llevado la modificación necesaria de la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del Sistema de ITSS que no contempla la existencia de procedimientos automáticos sancionadores, de hecho, y como ejemplo, la comprobación de datos o antecedentes que obren en las Administraciones Públicas (a la que se refiere el art. 21.2 de la Ley 23/2015) ha de hacerse, por el tenor de la norma (art. 3.1), por una persona funcionaria integrante de la ITSS. No parece que cupiera una comprobación, en este caso, "automática", lo que hubiera exigido la modificación de la Ley 23/2015 y con una norma con rango de ley (por tratarse de la regulación de la potestad sancionadora pública) modificar esta norma "para incluir como forma de inicio de las actividades inspectoras, el uso de algoritmos determinados por la Dirección General de la ITSS"[73].

El que el art. 43 del Real Decreto 928/1998, introducido por el Real Decreto 688/2021, indique que será, a través de Resolución del Director del Organismo Estatal ITSS, el vehículo normativo de determinación de los supuestos en los que se pueda utilizar la extensión de actas de infracción de manera automatizada (independientemente de que se indica los órganos competentes para el diseño de la programación y su control y el órgano responsable a efectos de impugnación) sigue ofreciendo dudas de si ello podría entenderse acorde con el principio de legalidad que se exige en este ámbito (especialmente, porque una norma de rango legal tendría que haber sido la que hubiese delimitado el ámbito objetivo o material donde podrían adoptarse tales procedimientos automatizados -y también la regulación de los mismos, siendo insuficiente, a mi juicio, el Real Decreto 688/2021-). De hecho, se ha dicho que la introducción de estos procedimientos automatizados conlleva dudas en que respecto de que pueda suponer algún tipo de "reducción de las garantías jurídicas de los administrados"[74].

Mientras no se entienda *ultra vires* tal precepto por un Tribunal, tendría que explicarse en la Resolución de forma suficiente las razones que justifican y avalan la necesidad o posibilidad es establecer la automatización del proceso sancionador en una determinada materia. Y es que la aplicación del algoritmo en procedimientos sancionadores, reforzados con elementos de inteligencia artificial puede hacer que los creadores de los mismos pierdan el control de los mismos, especialmente los llamados algoritmos de "caja negra" donde el usuario no puede ver la forma interna de funcionamiento del algoritmo, pero tampoco el autor cuando la inteligencia artificial termina por corregirse a sí misma, además de que los algoritmos que analizan cantidades ingentes de datos son, de un lado, propensos a omitir irregularidades y, de otro, a cobijar "sesgos ocultos"[75].

En cualquier caso, estos procedimientos, como ocurre también respecto de otros ya adoptados en el ámbito de la AEAT, y de conformidad con la regla general establecida en el art. 85 de la LPAC[76], llevan aparejados *ex* arts. 46.2 y 47 Real Decreto 928/1997, incluidos por el Real Decreto 688/2021, la reducción del importe de la sanción en un 40% cuando el responsable pagase la sanción propuesta en el plazo de alegaciones, lo que dará por concluido el procedimiento (llevando implícito el

[73] En este sentido, Gómez Arbós, J., "Dudas interpretativas sobre los procedimientos automáticos sancionadores", *Jurisdicción Social, Revista de la Comisión lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 225, 2021, p. 30

[74] Goerlich Peset, J.M., "Decisiones administrativas automatizadas en materia social: algoritmos en la gestión de la Seguridad Social y en el procedimiento sancionador", *Labos. Revista de Trabajo y Protección Social* nº 2, 2021, p. 27.

[75] Vid. Beltrán De Heredia Ruiz, I., Big data, algoritmos y actas de infracción automatizadas: ¿un nuevo paradigma en la imputación de responsabilidad en el procedimiento sancionador del orden social? 29 abril, 2021, en https://ignasibeltran.com/2021/04/29/big-data-algoritmos-y-actas-de-infraccion-automatizadas-un-nuevo-paradigma-en-la-imputacion-de-responsabilidad-en-el-procedimiento-sancionador-del-orden-social/

[76] Esta norma es lo que da amparo a la regulación establecida en el Real Decreto 688/2021, ya que la STC 76/1990, de 26 de abril, exigía que la norma para establecer la renuncia a interponer un recurso administrativo habría de tener rango de ley.

reconocimiento de responsabilidad y la renuncia al ejercicio de cualquier acción, alegación o recurso en vía administrativa[77]).

A simple vista, donde mayor juego daría el procedimiento automatizado con la utilización de la minería de datos sería en las fases previas de la investigación, ya que la sistematización y ordenación de datos, con el cruce de los correspondientes entre diversas Administraciones Publicas (ha de recordarse que la Administración actuante podrá consultar o recabar cualquier dato no cabiendo oposición por el interesado en el marco de ejercicio de potestades sancionadoras o de inspección) sería tremendamente útil para detectar el grado de cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social por parte de las empresas y trabajadores. En la fase de propuesta de sanción, que es en la que ha operado el funcionario de la ITSS hasta ahora, podría operar este tratamiento o procedimiento automatizado en las actuaciones que no conlleven consigo una decisión que provenga de una valoración jurídica que requiera un razonamiento humano (por ejemplo, en la infracciones sobre incumplimiento de datos documentales o formales o de plazos o respecto de cierto tipo de infracciones respecto de las que no cabría discrecionalidad alguna por parte de la ITSS). Finalmente, el procedimiento automatizado no puede sustituir los trámites de alegaciones ni tampoco podría sustituir la decisión del organismo encargado de dictar la resolución sancionadora, ni tampoco respecto de la contestación de los recursos administrativos interpuestos frente a la sanción impuesta[78].

Evidentemente, estas actas no gozarían de la presunción de veracidad (ya que esta se fundamenta en apreciaciones subjetivas de un funcionario actuante, que no tiene el algoritmo) y, repetimos, nunca podrían extenderse respecto de materias que deban de sustentarse en juicios de valor y apreciaciones subjetivas que hayan de emitirse por el funcionario actuante, lo cual es muy habitual en la actuación de la inspección que ha de determinar la responsabilidad del infractor en base a la exigencia de culpa o dolo, aunque sea levísima, para poder sancionar y ello es importante porque afecta a un elemental derecho en el ámbito sancionador: la presunción de inocencia[79].

En definitiva, que parece que en principio cabría asignar a estos procedimientos automatizados a incumplimientos de carácter leve que se deduzcan de la información que puedan tener las entidades gestoras o el servicio común de la Seguridad Social y otras, de graduación superior, como por ejemplo la falta de ingresos de las cotizaciones en plazo, cuya detección es automática por el "sistema de liquidación directa" (aunque seguimos pensando que la selección de los procedimientos sancionadores automáticos tendría que adoptarse en una norma con rango de ley).

Quizás, se haya dado demasiada importancia a los posibles efectos de la automatización en los procesos sancionadores producida por el Real Decreto ley 2/2021, de 26 de enero, a pesar de que dicha forma de actuar ya se encuentra en vigor en otros procedimientos sancionadores de otras ramas del ordenamiento, estamos de acuerdo con el prof. CRUZ VILLALÓN, en el sentido de que es plenamente defendible la viabilidad y conveniencia de la utilización de estos sistemas automatizados a ciertos, no a todos, procedimientos sancionadores con las debidas garantías de resto a los derecho e intereses legítimos en juego[80] y, especialmente, el cumplimiento del principio de legalidad.

---

[77] Aunque dicha renuncia no lo es para las acciones judiciales ya que podría justificarse el porqué de haber actuado usando el mecanismo de reducción del importe por pago de la sanción. Vid SSTS de la sala de lo contencioso de 27 de enero de 2021 y de 18 de febrero de 2021

[78] *In extenso*, véase, nuevamente Cruz Villalón, J.: "Algoritmo, digitalización y sanciones laborales 'automatizadas'" https://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/03/algoritmo-digitaliacion-y-sanciones.html

[79] Vid., nuevamente, Gómez Arbós, J. "Dudas interpretativas sobre los procedimientos automáticos sancionadores", op. cit. pp. 31 a 33.

[80] Nuevamente, en "Algoritmo, digitalización y sanciones laborales 'automatizadas'" https://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/03/algoritmo-digitaliacion-y-sanciones.html

5. BIBLIOGRAFÍA

AAVV, *Manual de Derecho Administrativo Laboral*, Coord. Monereo Pérez, Tecnos, 2ª Ed, Madrid, 2016.

Álvarez Cortés, J.C. "La tramitación del expediente sancionador", en AAVV, *Derecho Administrativo Sancionador Socio-Laboral*, Dirs. Monereo, Moreno, Vila y Márquez, Coords. Rivera y Ortega, Ed. Laborum, Murcia, 2023.

Álvarez Cortés, J.C. "E-Administración en la Seguridad Social", AAVV, Efectos laborales, sindicales y de Seguridad Social de la digitalización, (Dir. López Cumbre), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

Alarcón Sotomayor, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales,* Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

Areta Martínez, M. y Sempere Navarro, A.V.: "La codificación de las infracciones y sanciones en el orden social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 78, 2008.

Beltrán De Heredia Ruiz, I., Big data, algoritmos y actas de infracción automatizadas: ¿un nuevo paradigma en la imputación de responsabilidad en el procedimiento sancionador del orden social? 29 abril, 2021, en https://ignasibeltran.com/2021/04/29/big-data-algoritmos-y-actas-de-infraccion-automatizadas-un-nuevo-paradigma-en-la-imputacion-de-responsabilidad-en-el-procedimiento-sancionador-del-orden-social/

Blasco Pellicer, Á., *El procedimiento administrativo sancionador en el orden social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

Cabero Morán, E. "Reconocimiento de responsabilidad y actuación administrativa automatizada en el procedimiento sancionador social (el Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto)", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* nº 82, 2021.

Cámara Botía, A.: "La potestad sancionadora de la Administración en el orden social: cuestiones generales", en AAVV, *Infracciones y sanciones en el orden social. Régimen jurídico*, (Dirs. Cavas Martínez, F. y Luján Alcaraz, J.), Murcia, Laborum, 2009.

Cano Campos, T., "La presunción de veracidad de las actas de inspección", AAVV, *Función inspectora. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo,* Coord. J. J. Díez Sánchez, J.J., INAP, Madrid, 2013.

Carratalá Teruel, J.L.: "En torno al nuevo procedimiento sancionador por infracciones en el orden social", *Tribuna Social* nº 66, 1996.

Cerrillo Martínez, A., "El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho Administrativo. ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?", *Revista General de Derecho Administrativo* nº 50, 2019.

Cervilla Garzón, M.J. y Jover Ramírez, M.C.: *Manual básico de derecho administrativo sancionador del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2018.

Cruz Villalón, J. en "Algoritmo, digitalización y sanciones laborales 'automatizadas'", https://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/03/algoritmo-digitaliacion-y-sanciones.html,

Cruz Villalón, J.: "Principios constitucionales del ejercicio de la potestad sancionadora en el orden social", *Justicia Laboral* número extraordinario, 2001.

Del Rey Guanter, S.: "Los principios de legalidad y tipicidad en las infracciones del orden social", *Relaciones Laborales*, T. II, 1991.

Elena García, J.A. "La inspección de trabajo y las tecnologías de la información y de la comunicación: retos y oportunidades", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 128, 2017.

Esteve Pardo, J., *Lecciones de Derecho Administrativo, Marcial* Pons, Madrid, 2016.

Fernández Bermúdez, J. y Román Vaca, E. "El procedimiento sancionador en materia de Seguridad Social por infracciones leves y graves de trabajadores, beneficiarios y solicitantes de prestaciones", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* nº 4, 1996.

Fernández Orrico, F.J. "Las actuaciones de advertencia y los requerimientos de las Inspección de Trabajo y Seguridad Social" en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* nº 78, 2008.

Fernández Ramos, S., *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, Granada, 2002.

Gámez Orea, M. "Sanciones del orden social y actas de liquidación de cuotas de Seguridad Social: notas sobre el nuevo reglamento de procedimiento", *Temas Laborales* nº 42, 1997.

García Rubio, M.A.*: La presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

Gómez Arbós, J., "Dudas interpretativas sobre los procedimientos automáticos sancionadores", *Jurisdicción Social, Revista de la Comisión lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 225, 2021.

Goerlich Peset, J.M., "Decisiones administrativas automatizadas en materia social: algoritmos en la gestión de la Seguridad Social y en el procedimiento sancionador", *Labos. Revista de Trabajo y Protección Social* nº 2, 2021.

González Biedma, E.: *La Inspección de Trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

Gosálbez Pequeño, H. *El procedimiento administrativo sancionador (Teoría y práctica)*, Dykinson, Madrid, 2013.

Gutiérrez Trashorras, L. "Las obligaciones de auxilio y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 128, 2017.

Izu Belloso, M.J. "El 'pie de recurso' y la notificación de los actos administrativos", *Revista de Administración Pública* nº 193, 2014.

Mateos Beato, A. y Martín Jiménez, R. "Los problemas de coordinación procedimental de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con otros organismos del sistema público de Seguridad Social", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* nº 78, 2008.

Mateos Beato, A. y González De Lena, F.: "El texto refundido de la LISOS. Orígenes, orientaciones y contenido", *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2001.

Montoya Martín, E., "Consideraciones sobre las actuaciones previas y su incidencia en el procedimiento administrativo sancionador y en las garantías del administrado", *Documentación Administrativa* nº 280 -281, 2008.

Moreu Carbonell, E.: "Las especialidades del procedimiento sancionador en el orden social y para la liquidación de cuotas de la Seguridad Social. ¿Excesos en la potestad inspectora?", *Actualidad Laboral* nº 19, 1999, p. 370.

Navarro González, R. *La motivación de los actos administrativos,* Thomson Reuters, Aranzadi, Elcano, 2017.

Rivero Ortega, R., *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 2000.

Rodríguez Escanciano, S., "La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral", *Documentación administrativa* nº 282-283, 2008.

Sánchez Grande, A. y Mercader Uguina, J.R.: "El nuevo procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social", *Relaciones Laborales*, T. II, 1996.

Tirado Barrera, J.A. "Notas sobre el acto de inicio del procedimiento administrativo", REALA nº 16, 2021, p. 176, extraído de https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/10979/12056 .

Vázquez González, I.: "El procedimiento para la liquidación de cuotas a la Seguridad Social", en AAVV, *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi, Elcano, 1999.

nº 34 (1er Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Prevención de riesgos laborales con perspectiva de género: novedades en el trabajo doméstico

Prevention of occupational hazards with a gender perspective: developments in domestic work

Laura Casanova Martín *Doctoranda del Área del Trabajo y de la Seguridad social*
Universidad de La Laguna
https://orcid.org/0000-0002-0632-1687

Cita Sugerida: CASANOVA MARTÍN, L.: «Prevención de riesgos laborales con perspectiva de género: novedades en el trabajo doméstico». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 34 (2023): 69-85

Resumen

El trabajo doméstico está altamente feminizado, precarizado e invisibilizado, por lo que los riesgos laborales psicosociales son especialmente relevantes. Además, la actividad se desarrolla a puerta cerrada en el hogar familiar, dificultando las labores de inspección laboral y generando una situación de aislamiento. Por todo ello, destacan las modificaciones en materia preventiva introducidas por el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre. Y es que, hasta la entrada en vigor de esta norma, las trabajadoras domésticas estaban excluidas del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Aun quedando pendiente su desarrollo reglamentario (DA 18ª LPRL), su incorporación supone un gran paso hacia la protección integral de la seguridad y salud laboral, la igualdad de género y la lucha contra la discriminación, previéndose también la introducción de la perspectiva de género en el listado de enfermedades profesionales (DA 4ª RD-Ley 16/2022).

Palabras clave

prevención de riesgos; trabajo doméstico; mujeres; riesgos laborales psicosociales

Abstract

Domestic work is highly feminized, precarious and invisible, so psychosocial occupational risks are especially relevant. In addition, the activity is carried out behind closed doors in the family home, making it difficult for labour inspections and creating a situation of isolation. Therefore, the amendments in preventive matters introduced by Royal Decree-Law 16/2022 of 6 September are worth highlighting. Until the entry into force of this regulation, domestic workers were excluded from the subjective scope of application of Law 31/1995 of 8 November 1995 on the Prevention of Occupational Risks. Although its regulatory development is still pending (DA 18 LPRL), its incorporation represents a major step towards the comprehensive protection of occupational health and safety, gender equality and the fight against discrimination, and the introduction of the gender perspective in the list of occupational illnesses is also foreseen (DA 4 RD-Law 16/2022).

Keywords

prevention of risks; domestic work; women; psychosocial occupational risks

1. INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES

La globalización, las nuevas tecnologías y los cambios demográficos han ampliado el horizonte de la seguridad y la salud laboral, dejando obsoleto el modelo tradicional de prevención de riesgos laborales exclusivamente centrado en los factores de riesgo físicos o biológicos. El tratamiento de los "nuevos" riesgos psicosociales, dado su gran impacto en la salud mental de las personas trabajadoras, se ha constituido como uno de los mayores retos actuales en materia preventiva. Si bien deben entenderse incluidos en el marco normativo de prevención de riesgos laborales, tanto los tribunales como los agentes sociales han tenido dificultades en las labores de identificación y evaluación de los factores de riesgo psicosociales. En febrero de este año, el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) publicó finalmente unas Directivas básicas para la gestión de los riesgos

Fecha Recepción: 13/12/2022 - Fecha Revisión: No precisa - Fecha Aceptación: 10/1/2023
Pags. 69-85

psicosociales[1], en las que se definen los factores psicosociales, los factores de riesgo psicosociales y, finalmente, los propios riesgos psicosociales.

Los factores psicosociales están vinculados con las condiciones de trabajo, es decir, la organización del trabajo, el contenido y la ejecución de las tareas; y con las condiciones organizativas, esto es, las relaciones interpersonales y los contextos en los que se desarrolla el trabajo. Cuando estos factores se implementan de manera inadecuada o deficiente, surgen los factores de riesgos psicosociales (estresores), que aumentan la probabilidad de que se generen consecuencias negativas para la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Estas consecuencias negativas son los riesgos psicosociales propiamente dichos, que pueden aparecer como situaciones de estrés laboral o de violencia y acoso en cualquiera de sus manifestaciones (acoso moral, acoso sexual o por razón de género, acoso discriminatorio o de violencia ocupacional externa). El INSST entiende por estrés laboral, la tensión continuada causada por un desequilibrio percibido entre las exigencias laborales y la capacidad para hacerles frente con los recursos disponibles, tanto de los trabajadores y trabajadoras como de la organización. En cuanto a la violencia y el acoso, el INSST incluye el acoso laboral como un tipo de violencia específico. El Acuerdo marco sobre europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo (2007) define ambos conceptos, entendiendo por violencia la agresión de uno o más trabajadores o directivos en situaciones vinculadas por el trabajo; y por acoso, el maltrato a uno o más trabajadores o directivos varias veces y deliberadamente, las amenazas o las humillaciones en situaciones vinculadas al trabajo.

Las consecuencias de una situación prolongada de estrés laboral y/o exposición a la violencia son daños a la seguridad y a la salud de las personas trabajadoras, que pueden materializarse a varios niveles: físico y fisiológico (hipertensión, trastornos respiratorios, gastrointestinales...), cognitivo (dificultad de concentración, déficit de atención...), emocional (irritabilidad, desconfianza, ansiedad...), conductual (conductas de sueño inadecuado, adicciones o abuso de sustancias tóxicas y/o adictivas) y social (aislamiento, conflictos interpersonales...).

No obstante, también pueden producirse otro tipo de consecuencias negativas como el aumento de los accidentes de trabajo (pérdida de concentración, prisas, tensión continuada...) y de los accidentes de trabajo *in itínere*; la aparición o el agravamiento de los síntomas de trastornos musculoesqueléticos; el aumento de bajas por contingencias comunes, entre otras. Por lo tanto, el objetivo de las actuaciones preventivas debe ser la identificación de los factores de riesgo, para prevenir el estrés o la violencia actuando sobre sus precursores y/o desencadenantes a través de la metodología que el INSST propone.

Ahora bien, el INSST puntualiza, acertadamente, que normalmente los efectos negativos en la salud suelen deberse a exposiciones multicausales, en las que intervienen varios factores de riesgo psicosocial, por lo que es imprescindible tener una valoración global. Sin embargo, en ningún momento se hace referencia a la necesidad de adoptar una perspectiva de género interseccional, sino que se presentan todos estos factores de riesgo como aparentemente neutros, sin mencionar las circunstancias personales y sociales que pueden influir en que determinados factores psicosociales puedan tener un peso mayor que otros sobre las personas trabajadoras, como el género o la etnia.

Esto último es fundamental en el sector del empleo doméstico, donde los riesgos psicosociales tienen una especial incidencia. Como se verá, las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, suponen un gran avance para la protección social de las trabajadoras domésticas y la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales en este sector. Pero también suponen un paso al frente hacia la incorporación de un enfoque de género transversal en

[1] Disponible https://www.insst.es/el-instituto-al-dia/directrices-basicas-para-la-gestion-de-los-riesgos-psicosociales-ano-2022#A0.

la normativa preventiva en general, en línea con la Estrategia española sobre seguridad y salud en el trabajo 2015-2020, prorrogado por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 23 de febrero de 2021[2].

2. UN REPASO AL MARCO JURÍDICO APLICABLE A LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

El derecho a la salud está universalmente reconocido como derecho fundamental en los tratados de Derechos Humanos[3], no así el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, al menos de manera expresa. Se ha tenido que vivir una pandemia a escala global para volver a poner sobre la mesa su importancia. En este sentido, recientemente la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha incluido en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable[4], elevando a su vez a la categoría de convenios fundamentales el Convenio núm. 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores (1981) y el Convenio núm. 187, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo (2006). Si bien hay que recordar que los efectos vinculantes de esta declaración son limitados, especialmente cuando no se hubieran ratificado los referidos convenios, la inclusión del derecho a la salud y seguridad laboral entre los derechos fundamentales del trabajo es un paso inmenso hacia la adopción de un enfoque de protección integral de la salud laboral en relación con la consecución de un modelo de trabajo decente y sostenible.

Es también fundamental traer a colación el Convenio núm. 190 (C190), sobre la violencia y el acoso en el trabajo (2019), que entrará en vigor en nuestro país en 2023 y que reconoce el derecho de toda persona a un trabajo libre de violencia y acoso (art. 4 C190), dado el efecto que tienen en la salud psicológica, física y sexual de las personas, a su dignidad y a su entorno familiar y social (Preámbulo C190). Se trata del primer instrumento jurídico internacional que aborda de manera global e integral la violencia y el acoso en el trabajo, destacando su especial incidencia, como materia indispensable e inseparable, en la prevención de riesgos laborales y en la protección de la seguridad y salud en el trabajo[5]. Su contenido se abordará de manera específica más adelante, junto con las disposiciones sobre prevención de riesgos laborales recogidas en el Convenio núm. 189, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos (2011), dado el impacto que tienen en este sector.

En el ámbito de la Unión Europea (UE), el derecho a un lugar de trabajo saludable y seguro está recogido en el principio nº 10 del pilar europeo de derechos sociales. Se refleja en el Marco Estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo (2021-2027) como un elemento imprescindible para alcanzar la máxima de un trabajo decente[6]. Se hace también una mención puntual a los riesgos psicosociales, aunque insuficiente, y, en concreto, a la violencia, el acoso y la discriminación en el lugar de trabajo por razón de sexo, edad, discapacidad, religión o convicciones, raza u origen étnico u orientación sexual. En relación con esto último, se establece que pueden dar lugar a situaciones de

[2] Disponible https://www.insst.es/documents/94886/211340/ESTRATEGIA+SST+15_20.pdf/6ad555c4-d5d8-4ab5-8c27-f576e1cd6230?t=1528113524934.

[3] En la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 12), en la Carta Sociales Europea (artículo 11) y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 31 y 35).

[4] Resolución, de 6 de junio de 2022, sobre la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable en el marco de la OIT, relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo (OIT), 110ª reunión, 2022 (ILC.110/ Resolución I). Disponible https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_848653.pdf.

[5] Fernández Artiach, P. y García Testal, E., "La prevención de riesgos en el trabajo doméstico y de cuidados en España: la necesidad de ratificar los Convenios 189 y 190 de la OIT", *Lex Social* 11, núm. 2 (2021): 628-661, p. 647.

[6] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación" [Com(2021) 323 final, de 28 de junio de 2021]. Disponible https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0323&qid=1626089672913#PP1Contents.

explotación laboral y que afectan a la salud y a la seguridad de los trabajadores, pudiendo acarrear consecuencias negativas para los propios trabajadores, sus familiares, sus compañeros de trabajo y la sociedad en general. Pues bien, no se hace mayor hincapié en la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales, a pesar de que en la Estrategia Europea para la Igualdad de Género (2020-2025) ya se había destacado que los riesgos a los que se enfrentan mujeres y hombres son específicos de cada sexo y que la perspectiva de género se adoptaría de manera transversal en todas las políticas de la UE[7]. También cabe destacar la mención que se hace a la interseccionalidad del género con otros motivos de discriminación, resaltando la heterogeneidad existente entre las mujeres y la discriminación múltiple a la que se ven sometidas como consecuencia de la intersección de varias características y circunstancias personales.

En el ámbito nacional, el derecho a la salud se encuentra recogido en el artículo 43 de la Constitución Española (CE) y, específicamente, el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, en el artículo 40 CE. A pesar de no encontrarse en el catálogo de derechos fundamentales, están estrechamente vinculados con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la dignidad, a la intimidad (art. 18 CE) y a la igualdad de trato y no discriminación (art. 14 CE). Y es que, tratándose de principios rectores de la política económica y social, están sujetos a desarrollo legislativo de conformidad con el artículo 53.3 CE. Así, se regulan a través de la Ley 31/1995, de 8 de septiembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. La LPRL se aprobó en trasposición de la Directiva Marco 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. Si bien en esta última no se hace referencia alguna al género, hay que tener en cuenta que su objetivo era establecer un marco legal básico, pudiendo los Estados ampliar los niveles de protección de la seguridad y la salud en el trabajo.

En este sentido, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), incorporó a la LPRL varias previsiones específicas orientadas a atender las situaciones particulares de riesgo que pueden vivir las mujeres en el trabajo, fundamentalmente relacionadas con circunstancias físicas o biológicas, como son el embarazo (art. 26.2) y la lactancia (art. 26.4). Además, en su regulación de los planes de igualdad en las empresas, incorporó la obligación de incluir medidas para la prevención del acoso sexual y por razón de sexo (art. 46). En este sentido, también se obliga a las empresas a tomar medidas específicas de prevención de la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, especialmente el acoso sexual y por razón de género, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, acciones formativas y actos de sensibilización de las personas trabajadoras (art. 48). Finalmente, destaca la obligación impuesta a las Administraciones públicas, de promover la efectividad del principio de igualdad, teniendo en consideración las variables específicas relacionadas con el sexo, tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos, como en el estudio e investigación en materia de prevención de riesgos laborales (art. 5.4 LPRL).

Cabe hacer mención a la recientemente aprobada Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (LITND). Si bien no hace referencia directa a la LPRL, sí incluye varios preceptos relacionados con la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena (art. 9) y con la negociación colectiva (art. 10). Como no podía ser de otra manera, esta norma introduce el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación como principio transversal e informador del ordenamiento jurídico (art. 4.3), junto con la perspectiva de género (art. 4.4).

[7] 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 para la Igualdad de Género 2020-2025" [COM(2020) 152 final, de 5 de marzo de 2020]. Disponible https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0152.

En cuanto al tema que aquí se trata, conviene destacar la definición de discriminación interseccional que recoge la LITND, hasta ahora inexistente en ningún texto de rango legal, diferenciándola de la discriminación múltiple. Se produce discriminación interseccional cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas (por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social), generando una forma específica de discriminación (art. 6.3, apartado b); mientras que ha de hablarse de discriminación múltiple cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas previstas (art. 6.3, apartado a). Independientemente de las dificultades que habrá para distinguir una de otra (que necesariamente habrán de resolverse en los tribunales), es muy significativo que nuestro ordenamiento jurídico recoja al fin con amplitud todas las posibles causas de discriminación; así como una definición legal de estos dos tipos particulares de discriminación, ya que tienen mayor incidencia en colectivos especialmente vulnerables, como son las empleadas del hogar migrantes.

En cuanto a la violencia y el acoso en el trabajo como riesgo específico, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS) recoge un precepto específico sobre prevención y sensibilización en el ámbito laboral (art. 12). De manera análoga al art. 48 LOIMH, introduce expresamente la obligación de las empresas de promover unas condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual e integridad moral en el trabajo, haciendo énfasis en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Las empresas deberán arbitrar procedimientos específicos para la prevención y para dar cauce a las denuncias que puedan formularse. Importante es también el ámbito subjetivo, ya que la LOGILS abarca en este precepto a la totalidad de la plantilla, independientemente del tipo de vinculación laboral, incluyendo a las personas becarias y al voluntariado. Es especialmente relevante en relación con el tema que nos ocupa, que "las empresas deberán incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo informar e informar de ello a sus trabajadoras" (art. 12.2 LOGILS).

Pese a los grandes avances en términos de igualdad y no discriminación, de lo expuesto anteriormente se desprende una extendida timidez y ligera reticencia en dejar atrás los enfoques tradicionales basados en tratamientos aparentemente neutros y androcéntricos de los riesgos laborales para introducir un enfoque social integral y una perspectiva de género transversal, que preste a los riesgos psicosociales la atención que requieren[8]. Ahora bien, ya no se trata únicamente de una necesidad práctica, sino de un mandato legal.

La perspectiva de género es fundamental porque en la evaluación, detección y prevención de los riesgos laborales es necesario ir más allá de las diferencias biológicas o físicas existentes entre hombres y mujeres. No es suficiente con atender únicamente a las situaciones de riesgo durante el embarazo, la lactancia y la maternidad. Sin restarles importancia a estas protecciones específicas, indispensable para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, son también muy trascendentes las diferencias basadas en las circunstancias socioeconómicas, esto es, en las circunstancias personales, familiares y sociales y en cómo se perciben por mujeres y por hombres. Y esto es así, en gran medida, por la socialización diferencial basada en los roles y estereotipos de género, que sitúan a las mujeres en un lugar muy concreto (como responsables de las funciones de reproducción social y de cuidados) y a los hombres, en otro (como cabezas de familia que priorizan su papel en el trabajo productivo).

Si bien es cierto que las personas trabajadoras se ven expuestas a estresores laborales comunes, no tienen por qué tener las mismas consecuencias en la salud para hombres y para mujeres. Y es que,

[8] Grau Pineda, C., "Sobre la imperiosa necesidad de incorporar el sesgo de género en la gestión de los riesgos psicosociales", *CEF*, núm. 408 (marzo 2017): 23-58, p. 48 y ss.

aunque los estresores puedan ser los mismos, afectan y se perciben de manera diferente en función del género[9]. Por tanto, para poder detectar adecuadamente los factores de riesgo psicosociales y evitar situaciones de desventaja de las mujeres trabajadoras, es imprescindible aplicar transversalmente una perspectiva de género[10].

3. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y EMPLEO DOMÉSTICO

3.1. Riesgos laborales en el empleo doméstico: especial incidencia de los riesgos psicosociales

Es de sobra conocido que el sector del empleo doméstico se caracteriza por estar altamente feminizado e invisibilizado. En la actualidad, según datos de la Tesorería General de la Seguridad Social, cerca del 96% de los empleados del hogar son mujeres, de las cuales más de un 40% son migrantes y, cruzando datos con las últimas cifras de la Encuesta de Población Activa (2022), se estima que en torno al 30% de las relaciones laborales se desarrollan de manera informal, especialmente aquéllas en las que la trabajadora es migrante y se encuentra en situación irregular. Hay que tener en cuenta que el trabajo doméstico ha estado tradicionalmente devaluado y que se le ha atribuido en exclusiva a las mujeres, lo cual implica una mayor exposición a la violencia y el acoso en el trabajo por razón de género.

Pero, además, se trata de un sector de actividad con unas condiciones laborales generalizadas muy precarias. Esto, sumado a su especial vulnerabilidad derivada del perfil de las trabajadoras y el lugar donde se desarrolla la actividad, explica la incidencia que tienen los riesgos psicosociales y el elevado y persistente nivel de estrés laboral que sufre este colectivo de trabajadoras[11]. Aunque no existen muchos estudios cuantitativos específicos sobre riesgos laborales en el empleo doméstico, sí debe hacerse referencia al Estudio para la detección de riesgos psicosociales en el trabajo de hogar, elaborado por Comisiones Obreras (CCOO) en 2019[12]. Este informe llama la atención sobre el elevado índice de deterioro de la salud mental y física de las empleadas del hogar, pudiendo agruparse los principales estresores psicosociales en torno a la precariedad en el empleo, las condiciones de trabajo y el género (estrechamente vinculado con la violencia y el acoso en el trabajo por razón de género)[13].

Conviene detenerse en este punto para identificar específicamente cuáles son los factores de riesgo psicosocial que operan con mayor frecuencia en este ámbito laboral. En primer lugar, en relación con la precariedad, destaca la temporalidad, la excesiva rotación y el elevado índice de parcialidad existente, lo cual desemboca en estrés laboral. También se dan situaciones de pluriempleo, que provocan una situación de sobrecarga de trabajo y de reiteración de tareas y generan una mayor presión psicológica por las dificultades de compatibilización. La inestabilidad e inseguridad laboral agrava las consecuencias sobre la salud mental de las trabajadoras, pero a su vez potencia que no acudan al médico, ni soliciten bajas por enfermedad común o accidentes de trabajo. Por último, en las trabajadoras migrantes se aprecia un extendido desconocimiento sobre sus derechos y un miedo persistente a la deportación, caldo de cultivo para situaciones de abuso y explotación laboral.

En segundo lugar, en relación con las condiciones de trabajo, se aprecia incertidumbre sobre el cumplimiento efectivo de las condiciones pactadas, dada la frecuencia con la que se producen cambios unilaterales y no deseados en el salario, los horarios, los descansos... Es también muy común

[9] Grau Pineda, C., "El sesgo de género de los riesgos psicosociales: análisis y propuestas de regulación jurídica", en *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, dirigido por Margarita I. Ramos Quintana, 255-278. Pamplona: Aranzadi, 2017, p. 260.

[10] Blázquez Agudo, E. M., "La necesaria asunción de la prevención de riesgos laborales desde una perspectiva de género", *Femeris* 5, núm 1: 5-9, p. 5.

[11] Siguiendo el esquema planteado en CORREA CARRASCO, M., "Los riesgos psicosociales en el trabajo doméstico y de cuidados", *Lex Social* 11, núm. 1 (2021): 431-448, p. 434 y ss.

[12] Disponible https://habitat.ccoo.es/2d29c5d658bfaa7d80b588382c8f0f4d000072.pdf.

[13] Correa Carrasco, M., "Los riesgos psicosociales….", p.435.

el alargamiento de la jornada laboral sin compensación alguna. Esta inseguridad sobre las condiciones de trabajo genera estrés y dificultades para conciliar la vida laboral, familiar y personal. A su vez, no se suelen delimitar claramente las tareas a realizar, lo cual dificulta la planificación del trabajo y contribuye a la acumulación de tareas pendientes, a la dificultad de disfrutar los descansos y a que se acentúe la sensación de falta de tiempo. Se trata en su mayoría de tareas monótonas y reiterativas, que no están socialmente reconocidas, por lo que las trabajadoras viven un continuo desgaste emocional (*burn out*) e instatisfacción personal y profesional que se ven acentuados por el carácter solitario y el aislamiento que caracteriza el desarrollo de este trabajo en el hogar familiar.

En tercer y último lugar, en relación con el género, es muy importante el fenómeno de la "doble presencia", que se da cuando las mujeres trabajadoras desarrollan una segunda jornada al llegar a casa, al ser las responsables del trabajo de hogar y de cuidados como resultado de la división sexual del trabajo[14]. En este sector, dada la naturaleza de las actividades laborales a desarrollar, tiene un gran peso sobre las trabajadoras y supone un mayor desgaste. Sin embargo, de entre las conclusiones del citado informe llama la atención el hecho de que la "doble presencia" esté muy naturalizada entre las propias trabajadoras. Es fundamental tener en cuenta que el género es un factor transversal, que influye en muchos ámbitos, no sólo el laboral. Los sesgos de género y las desigualdades aún presentes en nuestra sociedad suponen una justificación y un refuerzo de las estructuras sociales sobre las que se sustentan, de manera que estos factores de riesgo psicosociales específicos por razón de género no son percibidos como tal ni por los empleadores, ni por las trabajadoras, dificultando la labor de prevención y evaluación. Lo anterior se acentúa especialmente en aquellas profesiones feminizadas, entre las que se encuentra el trabajo doméstico, junto con los servicios de limpieza, de ayuda a domicilio, de hostelería, entre otros. De ahí la importancia de incorporar la perspectiva de género de mano de las instituciones y Administraciones Públicas que definen las directrices para la identificación y evaluación de riesgos y la normativa preventiva a aplicar.

Mención aparte merecen las situaciones de violencia y trato injusto y discriminatorio a las que se ven sometidas las empleadas del hogar. Intervienen otros factores, además del género, tales como la etnia o la nacionalidad, lo cual refuerza el carácter vulnerable de este colectivo. En aquellos supuestos en los que las empleadas de hogar están encargadas del cuidado de personas mayores, se aprecia una mayor presencia de estas situaciones de violencia con el consecuente aumento de desgaste emocional o "*burn out"*. Pero, además, el hecho de que el trabajo se lleva a cabo a puerta cerrada en el hogar familiar, agrava la sensación de aislamiento, la situación de vulnerabilidad y los posibles abusos de poder, a la vez que dificulta la denuncia y el control por parte de la autoridad laboral.

A pesar de haberse optado por resaltar la incidencia de los riesgos psicosociales, ello no quita que existan riesgos físicos, químicos, ergonómicos y biológicos particulares inherentes al trabajo doméstico[15]. Sin ánimo de exhaustividad, entre los físicos químicos destacan las caídas al mismo y distinto nivel y los cortes por objetos y herramientas. Entre los riesgos ergonómicos se encuentran los trastornos musculoesqueléticos y la fatiga física asociada al manejo de cargas, movimientos repetitivos y malas posturas; así como las caídas de objetos manipulados, incendios, choques o pequeñas explosiones. Los riesgos químicos son recurrentes, del mismo modo que lo son en otros sectores como los de limpieza y hostelería. Se derivan del uso habitual de productos químicos de limpieza que pueden ser tóxicos. Finalmente, los riesgos biológicos se vinculan con la posibilidad de contraer enfermedades infecciosas y de manipular alimentos en mal estado.

[14] Grau Pineda, C., "El sesgo de género de los riesgos psicosociales…", p. 266.

[15] *Vid.* Fernández Artiach, P. y García Testal, E., "La prevención de riesgos en el trabajo doméstico y de cuidados en España: la necesidad de ratificar los Convenios 189 y 190 de la OIT", *Lex Social* 11, núm. 2 (2021): 628-661, p. 637 y ss.; y Ayala Del Pino, C., "La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar tras la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre", *Lex Social* 12, núm. 2 (2022): 1-33, p. 25 y ss.

El documento "Buenas prácticas preventivas en el servicio doméstico, dirigidas a la persona titular del hogar y del servicio doméstico", elaboradas y publicadas por el INSST en agosto de 2021[16], sirve de ejemplo de la postura adoptada tradicionalmente por las instituciones en el ámbito preventivo, centrándose casi exclusivamente en los riesgos físicos y prescindiendo de una perspectiva de género interseccional. No obstante, lo anterior, ha de reconocerse y valorarse la propuesta de concreción de la obligación genérica del empleador (art. 3.4 LPRL) que regía hasta la entrada en vigor del RD-Ley 16/2022, así como la exhaustividad en las medidas preventivas propuestas, tanto para las personas empleadoras, como para las propias trabajadoras domésticas. Se trata de un recurso divulgativo y no vinculante, destinado no sólo a proponer medidas, sino a sensibilizar sobre la existencia de estos riesgos y a cómo reaccionar en caso de llegar a materializarse daños en la salud de las personas trabajadoras.

La mayor parte del documento se destina a los riesgos físicos, químicos, ergonómicos y biológicos previamente citados: caídas, cortes, golpes o choques, quemaduras, incendios, contactos eléctricos, exposición a agentes químicos, exposición a contaminantes biológicos y sobreesfuerzos. Pero también se hace mención a los riesgos psicosociales: desgaste emocional y estrés, maltrato, acoso y violencia. En relación con el desgaste emocional y el estrés laboral, el INSST identifica prácticamente todos los factores de riesgo psicosociales relacionados con las condiciones de trabajo a los que se ha hecho referencia previamente (sobrecarga de trabajo, tareas repetitivas, prolongación de la jornada, falta de autonomía para decidir qué hacer…). Las buenas prácticas propuestas son informar claramente de las condiciones pactadas en el contrato y respetarlas, favoreciendo la conciliación, así como exponer las tareas y los resultados que se esperan. El mero hecho de tener que enunciar estas prácticas es indicativo del generalizado incumplimiento de las condiciones pactadas en este sector, como ya se ha expuesto con anterioridad. En cuanto a la empleada de hogar, se propone que se comunique con el empleador, que planifique las tareas y que escuche música mientras desarrolla las tareas. No se tiene en cuenta la relación de poder que opera en muchas ocasiones entre la persona empleadora y la trabajadora, ni la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra esta última, más aún si se trata de una trabajadora migrante en régimen de interna y en situación irregular.

En relación con el maltrato, el acoso y la violencia, también se recogen los factores de riesgo que se han ido viendo a lo largo de este trabajo: trato injusto y discriminatorio, especialmente por razón de sexo y/o país de origen; exposición a violencia verbal y física; miedo al despido o a la amenaza de despido… En cuanto a las buenas prácticas para el empleador o empleadora, se recoge que debe tener un trato adecuado y respeto a la privacidad e intimidad de la trabajadora y que no debe consentir actos de violencia por parte de ningún miembro de la familia. A la empleada de hogar se le recomienda que comunique al titular del hogar familiar cualquier agresión o acto de violencia que pueda recibir por parte de otros miembros de la familia, lo cual resulta muy problemático por los motivos que se han ido repitiendo.

En suma, parece que el problema en la práctica radica en la impunidad ante el incumplimiento de las condiciones pactadas y de unas prácticas preventivas muy básicas. Los últimos cambios normativos pueden suponer un gran avance en términos de protección social de las trabajadoras de hogar en casos de accidentes laborales o enfermedades profesionales, pero queda sin responder la cuestión del control por parte de la autoridad laboral del cumplimiento de las obligaciones preventivas y la aplicación de un régimen sancionador, como se verá a continuación.

3.2. Marco jurídico aplicable y últimas modificaciones

En nuestro ordenamiento jurídico, el empleo doméstico, en tanto que relación laboral especial (art. 2.1.b ET), se regula por el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula

[16] Disponible https://www.insst.es/documentacion/catalogo-de-publicaciones/buenas-practicas-preventivas-en-el-servicio-domestico.

la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Son dos los elementos que tradicionalmente han caracterizado a esta relación laboral especial: el lugar de trabajo (hogar familiar) y la especial relación de confianza que existe entre las partes (al ser la persona empleadora el o la cabeza de familia y no una empresa al uso). En cuanto a las tareas desempeñadas, se incluyen en el trabajo doméstico "los servicios o actividades prestados para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos" (art. 1.4 RD 160/2011).

Hasta hace escasos meses, a pesar de que este colectivo de trabajadoras tenía reconocido el derecho a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales (arts. 7.1 RD 1620/2011 y 4 ET), no le era de aplicación la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL). Únicamente regía la obligación genérica del titular del hogar familiar de cuidar de que el trabajo de sus empleados se realizará en las "debidas condiciones de seguridad e higiene" (art. 3.4 LPRL), "para lo cual adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico" (art. 7.2 RD 1620/2011). El incumplimiento grave de este deber constituía justa causa de dimisión de la persona trabajadora (art. 7.2 RD 1620/2011), aunque sin preverse un régimen sancionador específico y resultar extremadamente complicado acreditar dicho incumplimiento[17]. Por tanto, quedaban sin responder aspectos importantes tales como el alcance del deber general de protección del/la empleador/a, el procedimiento para la evaluación de riesgos en el hogar, el nivel de diligencia preventiva exigido o el nivel de corresponsabilidad de la trabajadora doméstica, entre otros[18].

Independientemente de las cuestiones prácticas que esta obligación preventiva específica suscitaba, la exclusión de este colectivo de trabajadoras de la LPRL no quedaba debidamente justificada. Se alegaba, por un lado, la colisión de derechos existente: el derecho a la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE) de los empleadores, frente al derecho a la seguridad y a la salud laboral (art. 40.2 CE) de las trabajadoras. Sin embargo, esta colisión de derechos no puede entenderse en términos absolutos, ya que es posible limitar el derecho a la seguridad y a la salud laboral cuando sea imprescindible para preservar otros derechos, pero no está justificada su completa negación por el mero hecho de que la autoridad laboral no pueda entrar libremente al lugar de trabajo para comprobar que se está cumpliendo con la normativa preventiva. Además, en el Servicio de Ayuda a Domicilio, regulado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, sí era de aplicación la LPRL y, aunque haya de distinguir ambas relaciones laborales, el lugar de desarrollo de la actividad y, en muchas ocasiones, las tareas desempeñadas son las mismas.

Por otro lado, se trataba de fundamentar la exclusión por las particularidades de la persona empleadora, que no es una empresa al uso, sino el o la titular del hogar familiar, y no actúa con ánimo de lucro. Sin embargo, esta argumentación resultaba contradictoria, ya que a la vez se le atribuía la obligación específica, aunque indeterminada, de garantizar de manera eficaz un lugar de trabajo seguro y saludable a las empleadas del hogar a su servicio (art. 3.4 LPRL, art. 7.2 RD 1620/2011). Más ajustado habría sido desarrollar reglamentariamente la normativa preventiva, ajustando las medidas previstas en la LPRL a las particularidades del trabajo doméstico. Y es en esta línea en la que parece que finalmente avanza el legislador.

[17] Sanz Sáez, C, "La exclusión de la prevención de riesgos laborales de la relación laboral especial del trabajo doméstico: análisis crítico de las posibles razones", *Lan Harremanak*, núm. 44 (2020): 79-102, p. 90.

[18] Quintero Lima, M. G., "Salud laboral de las empleadas de hogar: una aproximación de urgencia", en *Informe sobre la Salud Laboral desde la Perspectiva de Género*, dirigido por Eva María Blázquez Agudo, 96-104. Madrid: Instituto Estudios de Género (UC3M), p. 102.

El Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar introdujo importantes cambios en la LPRL. Por un lado, suprimió la exclusión de este colectivo del ámbito subjetivo de aplicación de la LPRL, recogida en su artículo 3.4. Por otro, introdujo una Disposición adicional decimoctava específica, en la que se le reconoce el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, en los términos y con las garantías que se prevean reglamentariamente a fin de asegurar su salud y seguridad. Por lo tanto, el legislador no se queda en el mero reconocimiento de este derecho, sino que va más allá y establece la necesidad de desarrollarlo reglamentariamente para que sea efectivo, teniendo en cuenta las particularidades del trabajo doméstico. Esta es la solución que venía siendo demandada por la doctrina.

Asimismo, en la Disposición adicional cuarta del RDL 16/2022 se establece que, en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, se creará una Comisión para la integración de la perspectiva de género en el listado de enfermedades profesional (Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre), formada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, el Ministerio de Igualdad y el Ministerio de Sanidad, así como por los sindicatos y las asociaciones empresariales más representativas

Esta reforma está orientada a una adecuación normativa de cara a la ratificación del Convenio núm. 189, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos (C189) y la Recomendación núm. 201 (R201) que lo complementa. Ya iniciados los trámites para su ratificación, conviene destacar los aspectos más relevantes en relación con la salud y seguridad en el trabajo. El artículo 13 C189 reconoce el derecho de las trabajadoras domésticas a un "entorno de trabajo seguro y saludable", debiendo los Estados adoptar las medidas eficaces para garantizar la salud y seguridad en el trabajo, "teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstica". En el citado artículo también se hace referencia al diálogo social tripartito como medio para establecer el contenido de dichas medidas y su progresiva aplicación.

En la R201 se desarrollan estas medidas de manera ejemplificativa, haciendo referencia explícita a las tareas de identificación, evaluación y prevención de riesgos laborales para proteger "en la medida en que sea razonablemente factible" a las trabajadoras domésticas de los peligros en el trabajo (párr. 19.a). Para ello será necesario recopilar y publicar datos estadísticos específicos sobre accidentes y enfermedades profesionales relativos al trabajo doméstico (párr. 19.c). También se enfatiza la necesidad de establecer y/o fortalecer un sistema de inspección laboral suficiente y apropiado (párr. 19.b). Por último, se propone llevar a cabo campañas de formación y sensibilización sobre prevención de riesgos laborales en el empleo doméstico (art. 19.e), así como prestar asesoramiento específico en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 19.d). Otras propuestas interesantes son las relacionadas con la vigilancia de la salud y los controles médicos de las trabajadoras domésticas (párr. 4), centrándose especialmente en sensibilizar e informar tanto a los miembros de los hogares como a las trabajadoras domésticas sobre los principales problemas de salud y enfermedades profesionales en este ámbito y sobre todo lo relacionado con los reconocimientos médicos periódicos.

Prácticamente todas estas medidas estaban ya incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en la LPRL, pero no resultaban de aplicación a este grupo de trabajadoras hasta la entrada en vigor del RD-L 16/2022. La única medida que sí se les aplicaba era la de recopilar estadísticas específicas sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Al extenderse a este colectivo la protección por contingencias profesionales a través de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, desde 2012 se le incluye en las estadísticas sobre accidentes de trabajo y en el informe anual sobre enfermedades profesionales del Observatorio de

las Contingencias Profesionales de la Seguridad Social (índice enfermedades profesionales de las actividades de los hogares como empleadores de personal domésticos)[19].

Tras la supresión del art. 3.4 LPRL, el resto de medidas previstas en la LPRL serían aplicables al empleo doméstico. Concretamente, la obligación de la persona empleadora de llevar a cabo una adecuada evaluación de los riesgos laborales y una planificación de la actividad preventiva, implantando y aplicando un plan de prevención de riesgos laborales (art. 16 LPRL). Estaría obligada a informar a sus empleadas de los riesgos existentes en el domicilio y en relación con sus funciones (art. 18 LPRL), así como a darles una formación suficiente y adecuada en materia preventiva (art. 19 LPRL). También le sería de aplicación la obligación de vigilancia periódica de la salud (art. 22 LPRL). Otro hito fundamental es la aplicación de las medidas de protección de la maternidad (art. 26 LPRL), algo a tener muy en cuenta al tratarse de un empleo feminizado. Ahora bien, todo lo anterior se plantea a priori y en abstracto, sin perjuicio de las especificidades de aplicación que esperemos se recojan en su desarrollo reglamentario.

En cuanto a las propias trabajadoras, les serían de aplicación las obligaciones generales recogidas en el art. 29 LPRL, lo cual contribuye a la determinación del alcance de la corresponsabilidad en la prevención de riesgos laborales, siempre teniendo en cuenta las particularidades del trabajo doméstico. En términos generales, se trata de que las empleadas de hogar velen también por su propia seguridad y salud en el trabajo, según sus posibilidades, la formación que se les haya impartido y cumpliendo con las medidas de prevención establecidas, así como con las instrucciones de la persona empleadora.

Las funciones de inspección y control del cumplimiento de las normas de prevención en el empleo doméstico quedarían atribuidas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, entre otras funciones (art. 9 LPRL). Quizás esta cuestión no es del todo novedosa, pero sí lo es el que resulte de aplicación el régimen sancionador general regulado por el 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 (LISOS). Como ya se ha mencionado anteriormente, la obligación genérica del art. 7.2 TD 1620/2011 por sí misma planteaba muchas dudas, entre las que se encontraba la inexistencia de un régimen sancionador específico, al no ser de aplicación la LPRL. Esta laguna normativa se ve ahora suplida por la LISOS, debiendo siempre tener presentes las particularidades del trabajo doméstico, que en este caso influyen de manera determinante en las labores de inspección y control.

4. LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO NÚM. 190 OIT: LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL TRABAJO COMO RIESGO PSICOSOCIAL ESPECÍFICO

Mención aparte merece la reciente ratificación del Convenio núm. 190 de la OIT, sobre violencia y acoso en el trabajo (C190), ya que, como ya se ha mencionado, se trata del primer instrumento internacional que aborda la violencia y el acoso en el trabajo de manera integral, vinculándolos indispensablemente con la protección de la salud y seguridad en el trabajo[20]. En el ámbito de la violencia y el acoso en el trabajo, concurren dos dimensiones simultáneas, igualmente valiosas: la antidiscriminatoria y la preventiva. La primera ha predominado de manera generalizada, relegando el ámbito de la seguridad y salud laboral a un segundo plano. Ello quiere decir que la violencia y el acoso en el trabajo ha tendido a abordarse prioritariamente en términos de protección y reparación de las víctimas y de castigo a los responsables, una vez producidos los daños en su salud, descuidando la vertiente preventiva que los califica como riesgos psicosociales específicos[21]. Me centraré aquí en

[19] Fernández Artiach, P. y García Testal, E., "La prevención de riesgos en el trabajo doméstico y de cuidados en España: la necesidad de ratificar los Convenios 189 y 190 de la OIT". Lex Social 11, núm. 2 (2021): 628-661, p. 644 y ss.

[20] Fernández Artiach, P. y García Testal, E., "La prevención de riesgos …", p. 647

[21] Olarte Encabo, S., "Prevención del riesgo laboral de acoso sexual y acoso sexista". En Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales (Objetivos de Desarrollo Sostenible 3, 5, 8, 10), 63-94. Madrid: UC3M, 2020, pp. 69 y ss.

esta vertiente preventiva reforzada y en las restantes novedades más destacadas de este Convenio, con especial atención a la incidencia que tendrán en el sector del empleo doméstico tras su entrada en vigor el 25 de mayo de 2023.

El C190 define la violencia y acoso en el trabajo como "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" (art. 1.1.a). Llama la atención la amplitud de esta definición, en la que incluye la violencia y acoso por razón de género, entendida como la que va dirigida "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" (art. 1.1.b C190). De conformidad con el segundo apartado del citado artículo, los Estados podrán legislar esta definición como concepto único o como conceptos separados. Este es el caso de nuestro país, donde los esfuerzos legislativos y jurisprudenciales se han centrado en delimitar el concepto de acoso laboral en sus distintas modalidades, pero como un tipo específico de violencia laboral: acoso sexual, acoso por razón de género y acoso moral.

Sin embargo, hasta hace muy poco, sólo existían definiciones legales generales del acoso sexual y del acoso por razón de género en el derecho antidiscriminatorio español, debiendo la jurisprudencia concretar los requisitos que debían concurrir en casos de acoso moral. La LOIHM define el acoso sexual como "cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo" (art. 7). Por su parte, el acoso por razón de sexo es el que se realiza en función del sexo de una persona, "con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo" (*ibídem*).

Con la entrada en vigor de la LITND, se introduce en nuestro ordenamiento una definición legal de acoso más amplia: el acoso discriminatorio. Se entiende por tal cualquier comportamiento realizado por razón de alguna de las causas de discriminación previstas (nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social) con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo (art. 6.4 LITND). Y aunque no se especifique en el citado precepto que se trate de acoso en el trabajo, debemos recordar que esta norma es aplicable al ámbito del empleo (art. 3.1 LITND).

Con independencia del elevado número de causas discriminatorias, es la última expresión la que más destaca: "o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". No sólo no se trata de un listado *númerus clausus*, sino que desborda la lógica predominante de gestión de conflictos interpersonales y pone sobre la mesa la relevancia de las circunstancias sociales "macro" y colectivas, circunstancias que también tienen que tenerse en cuenta a la hora de identificar, evaluar y prevenir los riesgos laborales (psicosociales).

La definición que recoge el C190 es una definición amplia y expansiva, se trata de comportamientos o prácticas inaceptables que atentan contra la dignidad de las personas, pero no tienen por qué llegar a materializarse (amenazas). Tampoco se exige que sea un comportamiento repetido y sostenido en el tiempo, sino que es suficiente con que se produzca una sola vez. Y, finalmente, no se requiere una intencionalidad específica, ni que se cause efectivamente un daño grave, sino que puede tratarse de conductas "susceptibles de causar" este daño. Así, el C190 aporta

un concepto común de violencia y acoso en el trabajo, centrándose exclusivamente en el carácter inaceptable y en su aptitud dañosa[22].

El acoso sexual y por razón de género se entienden incluidos en esta definición común, aunque resaltando la especial incidencia que tiene el género. Sin embargo, es interesante que no se haga una referencia expresa a la necesidad de incorporar una perspectiva de género transversal, sino que, en línea con la vocación de amplitud del Convenio, se habla de un "enfoque inclusivo e integrado" que tenga en cuenta el género, pero también "las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre ellos los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género" (Preámbulo C190). Este enfoque inclusivo e integrado se constituye como principio fundamental en la prevención de la violencia y el acoso en el trabajo (art. 4 C190), debiendo aplicarse en la legislación relativa al trabajo y el empleo, la seguridad y salud en el trabajo, la igualdad y la no discriminación y en el derecho penal (párr. 2 R206).

Por lo tanto, no sólo se trata de la primera norma internacional que aborda la violencia y el acoso laboral de manera integral como riesgo psicosocial específico, sino que pone sobre la mesa la importancia de tener en cuenta la especial incidencia que tienen en las mujeres trabajadoras las formas múltiples de discriminación, adoptando para ello una perspectiva de género interseccional. El foco se sitúa en garantizar el derecho de las personas trabajadoras a un lugar de trabajo libre de violencia y acoso (art. 4 C190) y en cómo prevenir que se vea vulnerado, por lo que la dimensión preventiva y organizacional tiene un lugar protagonista frente a la antidiscriminatoria y a la punitiva.

En este sentido, el C190 establece que los Estados Miembros deberán adoptar una legislación que exija a las empresas tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso, en la medida en que sea razonable y factible (art. 9 C190). Entre las que se mencionan, destaca el tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo. También identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de las personas trabajadoras y sus representantes, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos, así como sensibilizar y formar a las personas trabajadoras sobre los mismos y sobre las medidas de prevención establecidas (*ibídem*).

En nuestro ordenamiento jurídico estas obligaciones se han desarrollado predominantemente en el derecho antidiscriminatorio y sancionador, materializándose en la adopción de Protocolos de actuación ante el acoso sexual y por razón de género en el trabajo, de conformidad con el mandato recogido en el art. 48 LOIEHM y en el art. 12.2 LGILS. La negociación colectiva es fundamental, tanto en relación con estos protocolos de actuación como con los Planes de Igualdad, que deberán incluir en sus diagnósticos la situación de prevención del acoso sexual y por razón de género en el trabajo (art. 46.2 LOIEHM).

En el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, se desarrolla esta previsión, señalando que en el diagnóstico se debe realizar una descripción de los procedimientos y/o medidas de sensibilización, prevención, detección y actuación contra el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, así como de la accesibilidad de los mismo (Anexo. Disposiciones aplicables para la elaboración del diagnóstico). Los protocolos de actuación tienen que formar parte de la negociación del plan de igualdad, debiendo incluir en todo caso: una declaración de principios, definiciones e identificación de las conductas que pudieran ser constitutivas de acoso; un procedimiento de actuación frente al acoso para dar cauce a las quejas o denuncias que pudieran producirse, y medidas cautelares y/o correctivas aplicables; y una identificación de las medidas reactivas frente al acoso y en su caso, el régimen disciplinario.

[22] Sanguineti Raymond, W., "El Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso y los desafíos de su aplicación por los Estados". *Trabajo y derecho*, núm. 95 (noviembre 2022): 1-6, p. 2.

Como se puede apreciar, la vertiente preventiva en estos preceptos es insuficiente, y muchos protocolos han tendido a centrarse en definir estos procedimientos de actuación disciplinarios, más que en prevenir la violencia y el acoso como un riesgo laboral específico[23]. Sin embargo, es cierto que hay algunos que sitúan la prevención de la violencia y el acoso en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo y que, además, priorizan este derecho a lo largo del procedimiento disciplinario.

Pues bien, el C190 viene a recordar la necesidad de recuperar el enfoque preventivo y organizacional, haciendo énfasis en la fase de evaluación de riesgos laborales y el impacto de aquellos factores (incluidos los psicosociales) que aumentan las probabilidades de violencia y acoso, especialmente:

a) los derivados de las condiciones y modalidades de trabajo, la organización del trabajo y de la gestión de los RRHH;

b) los que impliquen a terceros como clientes, proveedores, usuarios, pacientes y el público; y

c) los que se deriven de la discriminación, el abuso de las relaciones de poder y las normas de género, culturales y sociales que fomentan la violencia y el acoso (Párr. 8 R206).

En el sector del empleo doméstico, lo anterior tiene una especial relevancia, fundamentalmente cuando se trata de tareas de cuidados a personas mayores y/o dependientes. Sin embargo, la negociación colectiva se encuentra imposibilitada, dada la condición particular del empleador, como persona física titular del hogar familiar, y la ausencia de interlocutores sociales representativos. No se trata de empresas al uso, por lo que las organizaciones empresariales no se han visto legitimadas para negociar. Como consecuencia, no existen convenios colectivos sectoriales, ni procede negociar Planes de Igualdad, al no desarrollarse la relación laboral en el seno de una empresa. Éste es uno de los grandes problemas actuales en el trabajo doméstico, ya que dificulta el disfrute efectivo, la garantía y el desarrollo de los derechos laborales más básicos.

Este tipo de situaciones de especial vulnerabilidad son detectadas por el C190 cuando en su artículo 6 señala que los Estados tendrán que adoptar medidas específicas para las mujeres trabajadoras, así como para personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. En la R06 se desarrolla este punto, incluyendo expresamente el trabajo doméstico entre los sectores o las ocupaciones más expuestos a la violencia y el acoso (párr. 9). Pero, además, se hace un apunte adicional a favor de la protección de las personas trabajadoras migrantes, y particularmente de las trabajadoras migrantes, con independencia de su estatus migratorio (párr. 10), incluyendo a las personas en situación irregular. En este aspecto, el C190 destaca también por su amplitud, ya que recoge una cláusula general en lugar de un listado cerrado de colectivos vulnerables, permitiendo que los Estados la desarrollen e incluso vayan más allá, adoptando una lógica preventiva y de promoción de convivencia intercultural[24].

Por tanto, siguiendo en esta misma línea, quizás lo más significativo del C190 en relación con el empleo doméstico sea el ámbito de aplicación, tanto subjetivo como objetivo. En cuanto al ámbito subjetivo, el C190 es de aplicación a las personas trabajadoras, cualquiera que sea su situación contractual, a las personas en formación, a los trabajadores despedidos, al voluntariado, a las personas en busca de empleo y a los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades

[23] Olarte Encabo, S., "Prevención del riesgo laboral …", p. 74.

[24] Molina Navarrete, C., "Impacto en España del Convenio 190 OIT para la tutela efectiva frente a la violencia en el trabajo: obligados cambios legales y culturales". En *Violencia y acoso en el trabajo: significado y alcance del Convenio Nº 190 OIT en el marco del trabajo decente (ODS 3, 5, 8 de la Agenda 2030*), dirigido por Manuel Correa Carrasco y María Gema Quintero Lima, 91-116. Madrid: Dykinson, 2021.

de un empleador (art. 2 C190)[25]. Pero, además, se aplica a todos los sectores (público o privado) de la economía (formal o informal) (*ibídem*). Resulta fundamental la inclusión de la economía informal, dada la elevada presencia que tiene el trabajo doméstico en la misma.

En relación con el ámbito objetivo, el C190 se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo de manera amplia, es decir, también a aquellas situaciones que se puedan producir en relación con el trabajo o como resultado del mismo: en el lugar de trabajo, en los lugares donde se pague al trabajador o donde descanse/ coma, en los desplazamientos o viajes relacionados con el trabajo, en el marco de las comunicaciones relacionadas con el trabajo (incluidas las que realicen por medio de las TICs), en el alojamiento proporcionado por el empleador y en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo (art. 3 C190). Cabe destacar aquí la inclusión de los espacios privados, como es el hogar familiar en el que se desarrolla la relación laboral especial del trabajo doméstico.

En suma, quedarán protegidas frente a situaciones de violencia y acoso que se produzcan en relación con el trabajo, en sentido amplio todas las personas trabajadoras, con especial atención a aquellos grupos especialmente vulnerables. Un ejemplo de colectivo especialmente expuesto, aplicando una perspectiva de género interseccional, es el de las mujeres trabajadoras de hogar extranjeras, en situación irregular y que trabajan en régimen de interna (alojamiento proporcionado por el empleador). El trabajo doméstico es un sector de actividad que por sus características históricas y demográficas ha tenido siempre un elevado índice de violencia y acoso por razón de género hacia las trabajadoras. De la mano del RD-L 16/2022, se ha introducido expresamente esta circunstancia en la LPRL, a la vez que se ha vinculado ineludiblemente la violencia y el acoso con la prevención de riesgos laborales. Así, en la DA 18ª LPRL, se enfatiza el peso que tiene la prevención de la violencia contra las mujeres en el disfrute pleno del derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

5. CONCLUSIONES: NUEVOS Y VIEJOS INTERROGANTES EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA PREVENTIVA EN EL EMPLEO DOMÉSTICO

No cabe duda de que la incorporación del trabajo doméstico al ámbito de aplicación de la LPRL es un hito histórico a favor de la igualdad y la no discriminación. Sin embargo, es imprescindible su concreción y desarrollo aplicativo, ya que de nada sirve el reconocimiento expreso de un derecho, si luego no se puede garantizar su disfrute efectivo. Por ello, sin dejar de celebrar las últimas modificaciones introducidas, procede concluir este trabajo trayendo a colación las principales dificultades existentes en relación con la aplicación de la normativa preventiva a esta relación laboral especial.

Partiendo de que la persona empleadora no es una empresa al uso, es fundamental determinar la extensión de las obligaciones recogidas en la LPRL porque los costes derivados de las labores de identificación, evaluación y planificación de las tareas de prevención tendrán que ser asumidos por el hogar familiar. De ahí la necesidad de determinar claramente cuáles son las particularidades del trabajo doméstico, y así poder establecer criterios objetivos que permitan identificar con mayor facilidad los riesgos laborales más frecuentes. Ello sin perjuicio de que cada hogar sea diferente y de que tengan que valorarse las características concretas de cada uno y de las personas trabajadoras del hogar (art. 16.2 LPRL y art. 4 RGSP). Otros aspectos relevantes son la obligación general de la empresa de vigilancia de la salud (art. 22 LPRL) y la de formación en materia preventiva de las personas trabajadoras (art. 16 LPRL). Habrá que esperar a su desarrollo reglamentario ya que, a priori, difícilmente resultan exigibles a la persona empleadora. Es fundamental la sensibilización y

[25] El art. 12 LGILS también ha incorporado un elenco amplio de personas trabajadoras a las que le serán de aplicación las medidas de prevención de la violencia y acoso en el trabajo (especialmente el acoso sexual y el acoso por razón de género): toda la plantilla, independientemente de la modalidad del contrato, así como las becarias y el voluntariado.

la formación en materia de prevención de riesgos laborales, tanto de los/las empleadores/as, como de las propias trabajadoras, por lo que el papel de la Fundación Estatal para la Prevención de Riesgos Laborales (FSP) se vuelve imprescindible.

Uno de los mayores interrogantes es cómo solucionar los problemas en torno a la negociación colectiva. En primer lugar, como ya se ha mencionado, siempre ha habido dificultades para identificar a los interlocutores sociales. La persona empleadora no es una empresa, por lo que no actúa con ánimo de lucro. Por parte de las trabajadoras domésticas, existe una gran desafección hacia los sindicatos. Ahora bien, podría plantearse la intervención de las asociaciones empresariales y de los sindicatos más representativos para negociar un convenio colectivo sectorial, hasta ahora inexistente. Es urgente abordar estas dificultades no sólo en relación con la ausencia de convenio colectivo, sino con la feminización del sector y la ausencia también de Planes de Igualdad, protocolos de actuación ante situaciones de acoso y violencia y, en definitiva, la necesidad de incorporar una perspectiva de género interseccional en todo el proceso. Ya se ha destacado el importante papel que juega la negociación colectiva en este sentido, por lo que este sector de actividad no debe quedar en el olvido.

El otro gran interrogante es la discutida colisión de derechos existentes en relación con la actuación de inspección y control de la autoridad laboral (derecho a la seguridad y salud en el trabajo vs. derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad). El artículo 13 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad establece claramente que los inspectores de trabajo están autorizados a entrar libremente y sin previo aviso en todo centro de trabajo sometido a inspección, salvo que coincidiese con el domicilio de una persona física, en cuyo caso necesitarán el consentimiento expreso del titular o autorización judicial. En este caso el titular del hogar familiar coincide con el empleador, por lo que resulta muy problemático y vacía de contenido las funciones de inspección y control. Es precisamente el aislamiento y la impunidad existente en casos de vulneraciones del derecho a la seguridad y salud en el trabajo, lo que acentúa la especial vulnerabilidad de este colectivo de trabajadoras, más cuando intervienen simultáneamente otras circunstancias personales y socioeconómicas. Por todo ello, a la hora de abordar esta problemática, será necesario, de manera complementaria e indisociable, establecer y reforzar canales de denuncia eficaces y seguros.

En línea con lo anterior, y en el ámbito de la protección social, la DA 4ª RD-L 16/2022 es una magnífica noticia, ya que la introducción de la perspectiva de género en el listado de enfermedades profesionales ampliará el ámbito de protección de las personas trabajadoras de sectores especialmente feminizados, como es el trabajo doméstico. Esto es también fundamental en relación con los riesgos psicosociales, pudiendo ser una oportunidad única para incorporar en el citado listado los daños a la salud mental de origen laboral. En cualquier caso, la actuación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y de Enfermedades Profesionales tendrá que actualizarse y, además, será de gran interés para el sector del empleo doméstico la jurisprudencia que se está desarrollando en relación con el reconocimiento de accidentes laborales en el contexto del teletrabajo y el alcance de la presunción de laboralidad cuando el trabajo se desarrolla en el domicilio.

6. BIBLIOGRAFÍA

Ayala Del Pino, C., "La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar tras la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre". *Lex Social* 12, núm. 2 (2022): 1-33. https://doi.org/10.46661/lexsocial.7364

Blázquez Agudo, E., "La necesaria asunción de la prevención de riesgos laborales desde una perspectiva de género". *Femeris* 5, núm. 1 (2020): 5-9. https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5151

Castro Trancón, N., "Intervención normativa ante los riesgos psicosociales laborales con perspectiva de género". *Lan Harremanak,* núm. 44 (2020): 278-308. https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22238

Correa Carrasco, M., "Los riesgos psicosociales en el trabajo doméstico y de cuidados". *Lex Social* 11, núm. 1 (2021): 431-448. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5493

Fernández Artiach, P. y García Testal, E., "La prevención de riesgos en el trabajo doméstico y de cuidados en España: la necesidad de ratificar los Convenios 189 y 190 de la OIT". *Lex Social* 11, núm. 2 (2021): 628-661. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5964

Grau Pineda, C., "Sobre la imperiosa necesidad de incorporar el sesgo de género en la gestión de los riesgos psicosociales". *CEF*, núm. 408 (marzo 2017): 23-58.

Grau Pineda, C., "El sesgo de género de los riesgos psicosociales: análisis y propuestas de regulación jurídica", en *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, dirigido por Margarita I. Ramos Quintana, 255-278. Pamplona: Aranzadi, 2017.

Molina Navarrete, C., "Impacto en España del Convenio 190 OIT para la tutela efectiva frente a la violencia en el trabajo: obligados cambios legales y culturales". En *Violencia y acoso en el trabajo: significado y alcance del Convenio Nº 190 OIT en el marco del trabajo decente (ODS 3, 5, 8 de la Agenda 2030)*, dirigido por Manuel Correa Carrasco y María Gema Quintero Lima, 91-116. Madrid: Dykinson, 2021.

Olarte Encabo, S., "Los principios fundamentales del Convenio 190 OIT: Un análisis desde la perspectiva de género. La novedosa inclusión del trabajo del servicio doméstico". En *Violencia y acoso en el trabajo: significado y alcance del Convenio Nº 190 OIT en el marco del trabajo decente (ODS 3, 5, 8 de la Agenda 2030)*, dirigido por Manuel Correa Carrasco y María Gema Quintero Lima, 61-90. Madrid: Dykinson, 2021.

Olarte Encabo, S., "Prevención del riesgo laboral de acoso sexual y acoso sexista". En *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales (Objetivos de Desarrollo Sostenible 3, 5, 8, 10)*, 63-94. Madrid: UC3M, 2020.

Quintero Lima, M.G., "Salud laboral de las empleadas de hogar: una aproximación de urgencia". En *Informe sobre la Salud Laboral desde la Perspectiva de Género,* dirigido por Eva María Blázquez Agudo, 96-104. Madrid: Instituto Estudios de Género (UC3M), 2017.

Sanguineti Raymond, W., "El Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso y los desafíos de su aplicación por los Estados". *Trabajo y derecho*, núm. 95 (noviembre 2022): 1-6.

Sanz Sáez, C., "La exclusión de la prevención de riesgos laborales de la relación laboral especial del trabajo doméstico: Análisis crítico de las posibles razones". *Lan Harremanak,* núm. 44 (2020): 79-102. https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22126

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

nº 34 (1er Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Fecha del Hecho Causante de la IP en caso de revisión de grado. Repercusiones en orden al complemento por maternidad. La STS 4 de octubre de 2022

Date of the Causal Event of the PD in case of a grade review. Implications for maternity allowance. The STS 4 October 2022

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

Cita Sugerida: MALDONADO MOLINA, J.A.: «Fecha del Hecho Causante de la IP en caso de revisión de grado. Repercusiones en orden al complemento por maternidad. La STS 4 de octubre de 2022». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 34 (2023): 89-98

Resumen

Uno de los supuestos controvertidos de la aplicación del complemento por maternidad ha sido el de las personas que tenían reconocida una Incapacidad Permanente antes de 2016, pero posteriormente se le revisa el Grado. En ese caso, la controversia se centra en si procede el complemento en atención a que los efectos económicos de la revisión se sitúan en la resolución de la revisión; o por el contrario en caso de revisión, el hecho causante se mantiene en la fecha de la resolución inicial. El TS unifica doctrina con la STS de 4 de octubre de 2022, indicando –con acierto- que el complemento solo procede si el hecho causante se produjo antes de 2016, y en caso de revisión dicho hecho causante no coincide con la fecha de efectos económicos de la revisión.

Palabras clave

Hecho causante; incapacidad permanente; revisión; complemento maternidad

Abstract

One of the controversial cases of the application of the maternity allowance has been that of people who were recognised as having a permanent disability before 2016, but who subsequently had their grade of disability revised. In this case, the controversy focuses on whether the supplement is applicable because the economic effects of the review are based on the date of the decision of the review; or on the contrary, in the case of a review, the causal event remains on the date of the initial decision. The TS unified its doctrine with the STS of 4 October 2022, rightly stating that the supplement is only applicable if the causal event occurred before 2016, and in the event of a review this causal event does not coincide with the date of the economic effects of the review.

Keywords

causal event; permanent disability; review; maternity supplement

1. INTRODUCCIÓN. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE HECHO CAUSANTE Y EFECTOS ECONÓMICOS

Es de sobra conocida la relevancia del "hecho causante" en orden al régimen jurídico aplicable a toda prestación, al fijar la fecha en la que el sujeto debe acreditar los requisitos exigidos, pudiendo incidir también en el cálculo de la cuantía (fecha desde la que obtener la base reguladora) e incluso en la legalidad aplicable. Así, respecto de normativa aplicable, cuando se trata de una prestación cuyo nacimiento prescribe, el hecho causante es determinante (también de la propia prescripción, ya que ésta se producirá a los cinco años del hecho causante, *ex* art. 53.1 LGSS). Pero no en caso de prestaciones imprescriptibles (jubilación y muerte y supervivencia), en cuyo caso la legalidad vigente suele derivar del momento de la solicitud, dado que una persona puede solicitar una prestación pasado mucho tiempo del hecho causante, pero no por ello le van a aplicar las reglas vigentes en el momento

Fecha Recepción: 15/1/2023 - Fecha Revisión: 20/2/2023 - Fecha Aceptación: 21/2/2023
Pags. 89-98

del hecho causante, sino la de la solicitud, ya que lo contrario supondría mantener en un limbo una normativa derogada más allá de las reglas transitorias que en su caso se previeran.

Es una figura distinta de la "contingencia", las "situaciones de necesidad" o el "riesgo". El "hecho causante" (en adelante, HC) es el suceso o acontecimiento concreto que da lugar a la contingencia, que a su vez provoca la situación de necesidad. Es ésta, y no el riesgo, el objeto de protección[1]. El riesgo es el estado potencial de sufrir un evento, futuro e incierto, cuya actualización no depende exclusivamente de la voluntad del asegurado[2]. Una vez verificado el riesgo, se generan unas necesidades sociales, que representan una pérdida o una insuficiencia de rentas para el individuo. Ésta será la "contingencia", que se define como la actualización concreta del estado potencial de riesgo social[3], y de la cual deriva la denominada "situación de necesidad"[4]. Y –como decimos- el "hecho causante" es el suceso o acontecimiento "concreto" que da lugar a la contingencia.

Una concreción que temporalmente debe reflejarse en una fecha, que es el *dies a quo* se entiende producida la contingencia, pero no necesariamente el *dies a quo* de los efectos económicos. Por tanto, puede haber una disociación entre hecho causante y fecha de efectos económicos.

Eso ocurre en el caso del subsidio por Incapacidad temporal IT), cuyo hecho causante se concreta en la emisión de la baja médica por los facultativos del sistema público de salud o las mutuas colaboradoras, pero cuyos efectos difieren en función de la contingencia. Y si en los 180 días siguientes tiene lugar una recaída (mismo proceso patológico), no hay un nuevo proceso de IT, sino que se entiende que es el mismo hecho causante, al que se vinculan los requisitos necesarios de acceso a la protección. Por el contrario, en caso de recidiva (transcurridos más de 180 días) o proceso patológico distinto, tiene lugar el inicio de un nuevo proceso, de modo que para acceder a la protección han de concurrir los requisitos legalmente establecidos en el momento de la producción de ese nuevo hecho causante, es decir, en la fecha de la baja médica por recidiva. Por tanto, pueden haber varios "hechos causantes" de diferentes procesos de IT, en los que fecha del HC y fecha de efectos económicos difieren.

En materia de jubilación, el RD 453/2022, de 14 de junio, modificó sustancialmente la determinación del hecho causante, otorgando más peso a la fecha indicada por el asegurado, pero dentro de unos márgenes que se sitúan en los tres meses anteriores o posteriores a la solicitud[5]. Y –como ocurría hasta su aprobación- los efectos económicos no podrán retrotraerse más allá de tres meses previamente a la solicitud. Por tanto, aunque los requisitos se hubieran cumplido con mucha anterioridad (téngase en cuenta que es imprescriptible), el hecho causante no podrá considerarse acaecido más allá de los tres meses previos a la solicitud, mismo marco temporal que antes de la reforma regía para los efectos económicos. A diferencia de la IT y la Incapacidad Permanente (IP), solo puede tener lugar un hecho causante de la jubilación, de forma que si volviera a trabajar, en los

[1] Almansa Pastor, J.Mª.: «Del riesgo social a la protección de la necesidad», *RIbSS*, núm. 6, 1971.

[2] Sobre la noción de "riesgo", *vid.*, entre otros, Durand, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, Trad. y Estudio Preliminar a cargo del Prof. Vida Soria, MTSS, Madrid, 1991, págs. 58-64; Borrajo Dacruz, E., *Estudios Jurídicos de Previsión Social*, Ed. Aguilar, Madrid, 1962, págs. 132-146; Garrigues, J., *Contrato de seguro terrestre*, Autor-Editor, Madrid, 1980, págs. 11-18; Benítez De Lugo Reymundo, L., *Tratado de Seguros*, vol. I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, págs. 280 y 281.

[3] Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S., *Compendio de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, págs. 114 y 115.

[4] Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, págs. 20 y 21.

[5] El hecho causante de la jubilación se entenderá producido en la fecha indicada por la persona interesada al formalizar la solicitud, siempre que en la misma reúna los requisitos establecidos para ello. El artículo 3.1 RD 453/2022 precisa que dicha fecha habrá de estar comprendida dentro de los tres meses anteriores o posteriores al día de presentación de la solicitud, o coincidir con este. Dicha fecha será la que se tenga en cuenta a efectos de considerar la situación de alta, asimilada a la de alta o de no alta ni asimilada, y demás circunstancias de dicha persona, que servirán de base para determinar si tiene derecho a la pensión solicitada, así como, en su caso, el contenido de esta, sin perjuicio de la fecha en que deba surtir efectos económicos en cada caso.

supuestos en que se recalcula la pensión, no tiene lugar un nuevo hecho causante. Y en todo caso, el artículo 3.2 precisa que la determinación de la fecha del hecho causante se hace "sin perjuicio de la fecha en que deba surtir efectos económicos en cada caso", dedicando el artículo 4 a los mismos, que se producirán a partir del día siguiente a la fecha en que se produzca el hecho causante salvo que la solicitud se presente una vez transcurridos los tres meses siguientes a la misma, en cuyo caso dichos efectos se producirán a partir de los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

Pues bien, con la IP también hay una disociación entre hecho causante y efectos económicos, pudiendo igualmente una persona experimentar a lo largo de su vida laboral varios "hechos causantes" de IP, siempre que no sean por la misma patología. El HC de la IP se concreta en el artículo 13.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, Orden dictada como desarrollo RD 1300/1995, de 21 de julio, precepto que diferencia dos situaciones, como es sabido:

a) Si deriva de una previa IT (extinguida por agotamiento del plazo o por alta médica con propuesta de IP), el HC de la IP se entenderá producido en la fecha en que se haya extinguido la IT de la que se derive.

En cuanto a los efectos económicos, en tales casos la calificación de la IP se entenderá producida en la fecha de la resolución de la Dirección provincial del INSS[6], fecha que determina el inicio de los efectos económicos, aunque podrán retrotraerse a la fecha de extinción del subsidio de IT, cuando la cuantía de la pensión de IP sea superior a la del subsidio que se venía percibiendo[7], no existiendo retroacción, en ningún caso, si el trabajador se encontraba en situación de demora de la calificación.

b) Si no está precedida de una IT o ésta no se hubiera extinguido, se considerará producido el HC de la IP en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades.

En tal caso, los efectos económicos se fijan en la misma fecha de emisión del dictamen-propuesta.

Por otro lado, suele suscitarse cierta controversia en el caso de Mejoras voluntarias derivadas del convenio colectivo, considerando el TS como fecha del hecho causante la del dictamen del EVI, y no la fecha en que se determinó el inicio de las diferentes enfermedades que propiciaron diversos procesos de IT[8].

2. EL HECHO CAUSANTE DE LA IP EN CASO DE REVISIÓN DE GRADO

Ahora bien, especialmente complicada es la situación en caso de revisión de grado de IP. La normativa no recoge expresamente un hecho causante distinto para esta situación, porque por definición una revisión no es una nueva IP, sino la misma, de modo que los requisitos generales (alta o asimilada, carencia mínima), no se vuelven a examinar. Es la misma Incapacidad Permanente pero que cambia de grado, limitándose la norma a indicar la fecha en la que se producen los efectos económicos de la revisión.

Así, la Circular 4/2003, de 8 de septiembre, recoge Instrucciones para la aplicación de la normativa vigente en materia de pensiones de jubilación y de prestaciones por incapacidad permanente y por muerte y supervivencia[9], y contempla las particularidades del hecho causante y los efectos económicos del reconocimiento inicial y la revisión de grado. Respecto de esta última, señala que

[6] Art. 6.3 RD 1300/1995.
[7] Art. 6.3,2 RD 1300/1995.
[8] STS de 1-2-2000 (RJ 2000, 1069); 25-6-2001 (RJ 2001, 10018); 15-12-2003; 12-5-2006; 30-4-2007; 24-9-2008; 19-1-2009 (RJ 2009, 658).
[9] BO Ministerio de Sanidad y Seguridad Social 30 septiembre 2003.

«Los efectos económicos de la pensión correspondiente al nuevo grado de incapacidad permanente, que sea reconocido en virtud de la revisión, se producirán desde el día de la propuesta de resolución».

El TS[10] considera que hay que distinguir dos supuestos de revisión del grado de IP:

Por un lado, los casos normales y ordinarios de revisión del grado de IP en los cuales el reconocimiento del grado superior de incapacidad se debe a la agravación de las dolencias iniciales (arts. 36 y 40 de la OM de 15 de abril de 1969), supuestos en los que no es necesario que el interesado cumpla los requisitos de alta y carencia en la fecha de tal revisión. La fecha del hecho causante es la declaración inicial de incapacidad, siendo esa fecha cuando deben reunirse los requisitos de alta y de carencia.

Por otro, los supuestos en los que los padecimientos y secuelas que en un principio determinaron la declaración de la IP primeramente reconocida no se han agravado o no se han agravado con la intensidad suficiente como para justificar la revisión solicitada, pero en cambio han aparecido dolencias o enfermedades nuevas, distintas de aquéllas, que sí producen en el interesado una situación invalidante de grado superior al inicialmente reconocido, que pueden derivar no solo de una dolencia distinta sino también de una contingencia diferente[11], situaciones en las que se resuelve conforme al criterio de «valoración conjunta» de las dolencias o «multicausalidad», conforme a la que la totalidad de los padecimientos han de ser tenidos en consideración para conseguir obtener el calificativo adecuado al estado real del trabajador[12]. O incluso pueden causarse a varias prestaciones por IP de modo simultáneo, tanto en caso de pluriactividad como dentro del mismo régimen, como ha sentado el TJUE en su Sentencia de 30 de junio de 2022, asunto C-625/20[13].

Estos especiales supuestos no fueron realmente los que tuvo en cuenta el legislador al redactar la OM de 15 de abril de 1969, que están enfocados a la revisión por agravamiento. El TS advierte que la respuesta a estas otras situaciones se encuentra en la jurisprudencia[14]. Así, la STS de 12 de junio de 2000 indica que «no es posible establecer una regla única, ni aplicar una solución unitaria válida para todos los supuestos; al contrario, para llegar a una solución correcta en cada caso, es necesario tener en cuentas las circunstancias y particularidades que en él concurren». Para llegar a una solución correcta en cada caso preciso tener en cuenta las particularidades y circunstancias que en el concurren, entre las que podrá resultar relevante el grado inicial de incapacidad reconocido.

Con esa lógica, el TS diferencia los casos en los que la incapacidad inicial reconocida es la IPT de aquellos otros en que es la IPP. En el primer caso (de IPT a IPA o gran invalidez), no debe exigírsele estar en alta y reunir una carencia en el momento de la revisión, aun cuando las dolencias que la hayan causado sean claramente distintas de las iniciales, dado que al ser una pensión que viene ya percibiendo, se evidencia que "su relación con la misma no se ha roto desde entonces, manteniéndose vivo el vínculo o nexo jurídico que a ella le une", circunstancia a la que debe añadirse el dato de que en "esta situación el interesado está imposibilitado de forma total para trabajar, en un área tan

[10] STS de 7-2-2006 (RJ 2006, 2386).

[11] Gorelli Hernández, J.: «Principales problemas interpretativos en torno a la revisión, por agravación o mejoría, de la invalidez permanente», *Actualidad Laboral*, núm. 42, 1995, pág. 732.

[12] Martínez Barroso, Mª.R.: «Revisión del grado de incapacidad permanente en el supuesto de concurrencia de secuelas de etiología diversa. STSJ País Vasco 30 noviembre 1999», *Aranzadi social*, núm. 4, 1999, pág. 2768.

[13] Sobre la misma, *vid.* Monereo Pérez, 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*, núm. 7, 2022 (disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-00000001999); y 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*, núm. 33, 2022, págs. 107 y ss.

[14] SSTS de 12-6-2000 (rec. núm. 898/1999, RJ 2000, 8322); 9-1-2004 (rec. núm. 60/2003); 1-12-2003 (rec. núm. 4268/2002); 23-9-2003 (rec. núm. 1971/2002); 18-2-2002 (rec. núm. 2424/2001); 3-12-2001 (rec. núm. 1061/2001); 12-11-2001 (rec. núm. 37/2001): 2-10-1997 (rec. núm. 4575/96).

importante para él cual es la propia de su profesión habitual". Por el contrario, si deriva de una IPP, sí son exigibles estos requisitos en el momento de la revisión, ya que "una vez que el beneficiario recibió la indemnización a tanto alzado propia de tal incapacidad, queda agotado el vínculo que hasta ese momento tenía con la Seguridad Social, de modo que si dicho individuo no continúa trabajando o no reanuda después su actividad laboral, a partir de dicho pago ya no existe nexo alguno entre el mismo y la Seguridad Social", además de que es compatible con toda profesión u oficio, incluyendo la habitual.

3. FECHA A TOMAR EN CUENTA PARA EL DEVENGO DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD

Como es sabido, el artículo 60 LGSS, en su redacción vigente desde 2016 por la Ley 48/2015, de 29 de octubre (hasta el 3 de febrero de 2021), reconocía un complemento por maternidad (por aportación demográfica) a las mujeres que hubieran tenido dos o más hijos (biológicos o adoptados) antes del HC de la pensión, y fuesen beneficiarias (en cualquier régimen del sistema) de pensiones contributivas de jubilación (salvo jubilación anticipada voluntaria o parcial), viudedad o incapacidad permanente. La Disposición final tercera de la Ley 48/2015 señaló que el complemento procedería para las pensiones "que se causen a partir de 1 de enero de 2016 y cuya titular sea una mujer". Esta misma previsión se recogió en la Disposición final única LGSS 2015.

El artículo 1 del RD-ley Ley 3/2021, de 2 de febrero, dio nueva redacción al artículo 60 LGSS, sustituyendo el complemento de maternidad por un complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, que se reconoce a las pensiones causadas a partir de la entrada en vigor de este RD-ley[15]. En consecuencia, el complemento por maternidad afectaría a las pensiones cuyos hechos causantes se situaran entre el 1 de enero de 2016 y el 4 de febrero de 2021, solicitudes que –a la luz de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18)[16]- se extendía a los hombres[17].

Y en cuanto a sus efectos económicos, el 17 de febrero de 2022 se dictaron dos Sentencias por el Tribunal Supremo (STS 621 y 622, núm. recurso 2872/2021, 3379/2021), en las que aclara que los efectos económicos de dicho reconocimiento deben retrotraerse «al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante -efectos *ex tunc*-, dado que debía ser entendida y aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento» (Fundamento 3)[18]. Y el 30 de mayo de 2022, el TS dicta la primera Sentencia en la que el Fallo sí se pronuncia a favor de la retroactividad a la fecha del hecho causante, reiterando –"por un elemental principio de seguridad jurídica", según indica-, lo ya adelantado en sus dos sentencias de 17 de febrero[19].

La mayor parte de los supuestos que han llegado a los Tribunales corresponden a los de un pensionista varón, cuya pensión tuvo un hecho causante situado entre 2016 y 4 de febrero de 2021, y que solicita el complemento al tener conocimiento de la STJUE de 12 de diciembre de 2019.

---

[15] 4 de febrero de 2021, conforme la Disposición Final del RD-ley, que fija la entrada en vigor al día siguiente a la publicación (que tuvo lugar en el BOE del 3 de febrero).

[16] STJUE de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, Asunto WA contra INSS, ECLI:EU:C:2019:1075, DOUE de 17 de febrero de 2020, que dio respuesta a una cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social número 3 de Gerona.

[17] Maldonado Molina, J.A., «Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 466, 2022, págs. 209 y ss.

[18] *Vid. in extenso* Maldonado Molina, J.A., «Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la fecha de efectos del complemento por maternidad reconocido a los hombres», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 32, 2022, pág. 59.

[19] Maldonado Molina, J.A., «La Jurisprudencia del TJUE sobre el complemento por maternidad y su aplicación por la Jurisprudencia española», en Vicente Palacio (Dir.), *Aplicación por los tribunales españoles de la Jurisprudencia española*, Ed. Atelier, 2023, pág. 328.

No obstante, también los hay de personas que ya eran pensionistas antes de 2016. Entre ellos, se encuentran las personas a las que antes de 2016 se le reconoce un grado, y tras la entrada en vigor del complemento por maternidad se revisa el grado. Su problemática no es exclusiva de los hombres[20].

La cuestión a determinar es si se considera el nuevo grado una pensión nueva, procediendo el complemento, o no. Pues bien, algunos Tribunales de Justicia se apoyaban en que el TS tiene una doctrina consolidada resumida en su Sentencia de 25 de octubre de 2016 (rec. 2300/2015), en la que se indica que:

> […] tal cuestión […] hemos de entenderla resuelta desde antiguo por la jurisprudencia de esta sala cuando estableció que la fecha inicial del devengo de la pensión reconocida a consecuencia de la revisión del grado de incapacidad es el día siguiente a la fecha en que se dicta la resolución administrativa definitiva, esto es, aquella resolución que pone fin al procedimiento de revisión.

Por tanto, en el supuesto de revisión por agravación, la nueva fecha de efectos sería la resultante del ulterior reconocimiento, de modo que, si es posterior al 1 de enero de 2016, determinaría la procedencia del complemento por maternidad[21].

Sin embargo, tampoco había un criterio uniforme en los TSJ, pudiendo encontrarnos sentencias que entienden que solo hay una prestación, que se cambia en importes o responsabilidades, pero es una sola y no dos, y distintas, insistiendo en la idea de unidad en la pensión a lo largo de su argumentación[22]. Si el hecho causante de la IP fue anterior a 2016 no procedería el complemento, por más que la revisión (y sus efectos) fuesen posteriores a esa fecha.

Por otro lado, en caso de que se declare la gran invalidez, el complemento de maternidad debe calcularse sobre la totalidad de la pensión de gran invalidez reconocida (sin restar el importe correspondiente al cuidador)[23].

4. LA STS DE 4 DE OCTUBRE DE 2022

En la línea de rechazar el complemento si es una revisión de Grado, por entender que la fecha del HC es lo que determina la procedencia o no del complemento por maternidad, el TS[24] ha recordado que hay que diferenciar el HC de los efectos de una revisión.

4.1. Supuesto de hecho

Se trata de una mujer, que en marzo de 2015, con 61 años, fue declara en situación de IPT para la profesión habitual de maquinista peletería oficial 2ª. En 2018 insta la revisión por agravamiento de las mismas lesiones[25], declarándosele inicialmente la IPA (Resolución de 19 de febrero de 2018), resolución que fue recurrida al considerar que procedía la Gran Invalidez y reclamando el complemento de maternidad por haber tenido tres hijos, desestimándose el recurso en vía administrativa. Iniciada la vía judicial, el 15 de noviembre de 2018, el Juzgado de lo Social número Cuatro de Madrid desestimó la demanda.

[20] Así, reconociendo el complemento a una mujer que causó la IP absoluta en 2002, y la gran invalidez en 2019, STSJ de Madrid 179/2021, de 15 de marzo.

[21] STSJ de Asturias 1296/2021, de 8 de junio.

[22] SSTSJ de Madrid de 11 de mayo de 2020 y 9 de noviembre de 2019 (recs. 1060/2019 y 515/2019); del País Vasco 624/2021, de 13 de abril.

[23] STSJ de Asturias 1721/2021, de 27 de julio.

[24] STS 794/2022 de 4 octubre (JUR\2022\322797).

[25] La resolución que declaró la IPT lo hizo en base a "lupus eritematoso sistémico. Actualmente asintomático. Maculopatía bilateral 2009, campo visual 10° centrales AO. AV 75 letras OD, 32 letras OI" (f. 31, 62). La resolución que declara la IPA se apoya en las siguientes dolencias: "lupus eritematoso sistémico clínicamente asintomático. Maculopatía severa bilateral secundaria a toxicidad por Resochin" (f. 79 y 80).

La Sala de lo Social del TSJ de Madrid estimó parcialmente el recurso de suplicación interpuesto (Sentencia de 8 de noviembre de 2019), declarando el Grado de Gran Invalidez debido a la agravación de su estado residual, derivada de enfermedad común, con efectos económicos de 20 de febrero de 2018, pero sin reconocer el complemento por maternidad.

La solicitante interpone recurso en casación para la unificación de doctrina, fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 9 de octubre de 2018[26], argumentando que la pensión de gran invalidez tiene un carácter autónomo e independiente de la pensión de incapacidad permanente total, por lo que debe reconocérsele el derecho a percibir el complemento de maternidad.

4.2. La doctrina recogida en la STS de 4 de octubre de 2022

Ante la contradicción existente entre las SSTSJ de Madrid y Extremadura ante supuestos sustancialmente iguales, el TS casa doctrina considerando que no procede el complemento, en la línea sostenida por el TSJ de Madrid.

Así, considera que la revisión de grado de IP (y en consecuencia el de Gran invalidez), no determina que nos encontremos ante una nueva prestación, sino que es la misma IP pero con distinto grado, de modo que el HC (que es lo que determina la aplicación del complemento) es el que se tomó inicialmente. Para ello, se apoya en los siguientes argumentos:

a) El reconocimiento de un grado distinto de la pensión de IP no constituye una prestación independiente, algo que se deduce de la LRJS, que en su art. 191.3.c) señala que procede la suplicación «En los procesos que versen sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social, así como sobre el grado de incapacidad permanente aplicable». Es decir, la LRJS contrapone "prestaciones" a "grado", luego son instituciones diferentes. Por tanto, "Por tanto, el reconocimiento de la pensión de gran invalidez es un grado distinto dentro de la pensión de incapacidad permanente que se reconoció al actor en el año 2015".

b) Por lo anterior, el que la Gran Invalidez sea un grado autónomo no es un argumento de peso a la hora de devengar el complemento por maternidad, que solo atiende a la fecha del HC, que en caso de revisión por agravamiento es la fecha de la resolución inicial. Por ello, frente a las alegaciones de la demandante, la Sentencia se apoya igualmente en la doctrina del TS[27] que considera que la Gran Invalidez es un grado autónomo[28], pero aclarando que "la citada doctrina se limita a precisar cuál es la fecha de inicio del abono de la nueva

[26] Los hechos que se sustanciaron en la STSJ de Extremadura versaban sobre una mujer a la que en 2015 se le había declarado una IP (en este caso IPA, no IPT), solicitando en 2017 la revisión por agravación, que rechazado en vía administrativa, fue reconocida en mayo de 2918 por el Juzgado de lo Social pero sin condenar al INSS al abono del complemento por maternidad. El complemento fue reconocido por la Sala al considerar que la gran invalidez es un grado autónomo de incapacidad permanente distinto de la absoluta, por lo que la fecha de efectos es aquella en que se pronunció la resolución del INSS que puso fin al expediente administrativo. Esa fecha de efectos es la que toma como referencia para la concesión del complemento, que al ser posterior a 2016 (24 de octubre de 2017), estimó que procede el reconocimiento del complemento por maternidad.

[27] Literalmente, señala que "Reiterada doctrina jurisprudencial sostiene que la gran invalidez es un grado autónomo de la incapacidad permanente (sentencias del TS de 15 de enero de 2014, recurso 1585/2013; 22 de octubre de 2015, recurso 1529/2014; 25 de octubre de 2016 , recurso 2300/2015, entre otras)".

[28] Desde la aprobación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, que eliminó el requisito de tener previamente declarada una Incapacidad Permanente Absoluta (IPA), se considera que la Gran Invalidez era un grado autónomo, distinto de la IPA. Cfr. Aznar López, M.; Azúa Berra, P.; Nuño Ráez, E., *Integración Social de los minusválidos. Comentario a la Ley 13/1982, de 7 de abril*, INSERSO, Madrid, 1982, págs. 233 y 244; y García Ninet, J.I., «Algunas consideraciones en torno a la Gran Invalidez», *Tribuna Social*, núm. 114, 2000, pág. 5

pensión de incapacidad permanente revisada, cuya cuantía necesariamente es distinta de la anterior, lo que no resulta determinante de su naturaleza". En consecuencia, si a la actora se le reconoció una revisión por agravación del grado de incapacidad permanente total derivado de enfermedad común que se le había reconocido en fecha 16 de marzo de 2015, debemos concluir que el hecho causante de la pensión de incapacidad permanente es anterior al 1 de enero de 2016, por lo que no cabe acceder al reconocimiento del complemento por maternidad propugnado".

4.3. El Voto Particular

Esta Sentencia cuenta con un interesante Voto Particular de Virolés Piñol, en el que parte de que la gran invalidez es un grado autónomo (al igual que el Fallo y la doctrina consolidada del TS), pero discrepando en que considera que esa circunstancia también debe tener como consecuencia el que el hecho causante sea autónomo, y no el mismo que ahora se revisa.

Concretamente, precisa que "La prestación de Incapacidad permanente Absoluta, al igual que la Gran Invalidez, tienen autonomía propia, cada una de ellas con un hecho causante determinado y concreto y asimismo con una fecha de efectos económicos concretos. Así, partiendo en todo momento del hecho causante de la prestación a considerar, al reconocerse a la demandante la IPA estaba vigente la Ley 48/2015, por lo que nada impide su derecho a lucrar el complemento solicitado. El reconocimiento de prestación distinta anterior a la vigencia de la norma, no impide que de futuro se pueda acceder al derecho si se cumplen, como es el caso, los requisitos exigidos".

4.4. Valoración jurídica de la Sentencia

Ciertamente, en nuestro Ordenamiento se echa en falta una clarificación de la figura de la revisión de grado de IP. La regulación contenida en arts. 36 y 40 de la OM de 15 de abril de 1969 contempla la revisión pensando en una agravación de las mismas patologías o dolencias, lo cual exige de una labor jurisprudencial de interpretación para supuestos en los que la revisión procede por una contingencia diferente, situaciones en las que la norma debiera recoger una fecha específica para su hecho causante.

Ahora bien, hay supuestos como el visto en la STS de 4 de octubre de 2022, en los que la revisión de grado responde a una agravación de la misma patología. Y en nuestro Ordenamiento no existen cuatro prestaciones por un IP, sino una sola, que se causa en un momento determinado, y que determina un grado que puede evolucionar (por mejoría o agravamiento). Por ello, al igual que ocurre con la IT, hay que deslindar los efectos económicos (que se sitúan en la resolución del nuevo grado), del hecho causante, que es el de la resolución inicial de baja.

Por todo ello, consideramos positivamente el Fallo contenido en la STS de 4 de octubre de 2022, que no solo se limita a argumentar la diferenciación entre fecha del HC y fecha de los efectos económicos, sino que introduce un argumento novedoso: y es que la LRJS diferencia como instituciones distintas las prestaciones y los grados de IP, a la hora de la admisión del recurso de suplicación, cuestión que ciertamente se desprende de la lectura del art. 191.3.c) LRJS.

5. CRITERIOS ADMINISTRATIVOS TRAS LA SENTENCIA

Como ocurre cuando se dicta una Sentencia del Tribunal Supremo o del STUE especialmente relevante en materia de Seguridad Social (cosa que ha sucedido con el complemento por maternidad desde que se dictó la STJUE de 12 de diciembre de 2019 y posteriormente con las SSTS de 17 de

febrero de 2022 y 30 de mayo de 2022)[29], tras la STS de 4 de octubre de 2022 se fijaron nuevos criterios administrativos.

Así, la Instrucción conjunta de Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica y la Subdirección General de Gestión de Prestaciones de 7 de noviembre de 2022 indica que:

> «en aplicación de la STS número 794/2022, de 4 de octubre, la fecha que habrá de considerarse en supuestos de revisión por agravamiento o mejoría del grado de incapacidad permanente inicialmente reconocido, será la del reconocimiento inicial, tanto a efectos de determinar la procedencia o no de reconocer el CM, según dicho reconocimiento inicial se produjese antes o después de 1 de enero de 2016, como para establecer los efectos del CM en caso de ser reconocido, que se producirán igualmente desde la fecha del reconocimiento de la incapacidad permanente en el grado inicialmente reconocido».

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S., *Compendio de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991

Almansa Pastor, J.Mª.: «Del riesgo social a la protección de la necesidad», *RIbSS*, núm. 6, 1971.

Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Ed. Civitas, Madrid, 1998

Aznar López, M.; Azúa Berra, P.; Nuño Ráez, E., *Integración Social de los minusválidos. Comentario a la Ley 13/1982, de 7 de abril*, INSERSO, Madrid, 1982

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*, núm. 33, 2022

Benítez De Lugo Reymundo, L., *Tratado de Seguros*, vol. I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955.

Borrajo Dacruz, E., *Estudios Jurídicos de Previsión Social*, Ed. Aguilar, Madrid, 1962

Durand, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, Trad. y Estudio Preliminar a cargo del Prof. Vida Soria, MTSS, Madrid, 1991

García Ninet, J.I., «Algunas consideraciones en torno a la Gran Invalidez», *Tribuna Social*, núm. 114, 2000

Garrigues, J., *Contrato de seguro terrestre*, Autor-Editor, Madrid, 1980

Gorelli Hernández, J.: «Principales problemas interpretativos en torno a la revisión, por agravación o mejoría, de la invalidez permanente», *Actualidad Laboral*, núm. 42, 1995

Maldonado Molina, J.A., «Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 466, 2022

Maldonado Molina, J.A., «Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la fecha de efectos del complemento por maternidad reconocido a los hombres», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 32, 2022

[29] Una relación de los mismos, en Maldonado Molina, J.A., «La Jurisprudencia del TJUE sobre el complemento por maternidad y su aplicación por la Jurisprudencia española», *op. cit.*, págs. 332 a 334.

Maldonado Molina, J.A., «La Jurisprudencia del TJUE sobre el complemento por maternidad y su aplicación por la Jurisprudencia española», en Vicente Palacio (Dir.), *Aplicación por los tribunales españoles de la Jurisprudencia española*, Ed. Atelier, 2023.

Martínez Barroso, Mª.R.: «Revisión del grado de incapacidad permanente en el supuesto de concurrencia de secuelas de etiología diversa. STSJ País Vasco 30 noviembre 1999», *Aranzadi social*, núm. 4, 1999, pág. 2768.

Monereo Pérez, 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*, núm. 7, 2022 (disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-00000001999)

nº 34 (1er Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Jubilación activa en el trabajo autónomo y percibo del 100% de la pensión

Active retirement from self-employment and receipt of 100% of the pension

Mª Belén Fernández Collados

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Directora de la Cátedra de Relaciones Laborales, Diálogo Social y Bienestar Laboral
Universidad de Murcia
https://orcid.org/0000-0002-8294-1554

Cita Sugerida: FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: «Jubilación activa en el trabajo autónomo y percibo del 100% de la pensión». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 34 (2023): 99-112

Resumen

En la última década, la compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo ha sufrido una gran transformación. El supuesto más reciente, el de la jubilación activa plena, es decir, el de la jubilación activa en el trabajo autónomo con el percibo del 100% de la pensión de jubilación, queda condicionado al requisito de alta en el RETA y a la contratación de al menos una persona por cuenta ajena. La constatación de tales requisitos ha planteado serias dudas interpretativas cuando la persona que se jubila no es una empleadora persona física, sino una persona societaria. La Sala del Tribunal Supremo es unánime al manifestarse en unificación de doctrina contra la aplicación de la jubilación activa plena cuando la persona beneficiaria es una persona autónoma administradora o consejera de una sociedad mercantil, pero no ha revestido tal unanimidad el pronunciamiento cuando la persona es dada de alta en el RETA y se efectúa la contratación por cuenta ajena en el marco jurídico de una comunidad de bienes.

Palabras clave

jubilación; autónomo; envejecimiento activo; comunidad de bienes; autónomo societario

Abstract

In the last decade, the compatibility between retirement pension and work has undergone a major transformation. The most recent case, that of full active retirement, i.e. active retirement in self-employment with the receipt of 100% of the retirement pension, is conditional on the requirement of registration in the RETA and the employment of at least one person as an employee. The establishment of such requirements has raised serious interpretative issues when the person retiring is not an individual, but a corporate entity. The Chamber of the Supreme Court is unanimous in its unification of doctrine against the application of full active retirement when the beneficiary is a self-employed person who is an administrator or director of a commercial company, but there is no such unanimity when the person is registered with the RETA and is hired as an employee in the legal framework of a community joint ownership.

Keywords

retirement; self-employed; active aging; common joint ownership; corporate partnership

1. COMPATIBILIDAD ENTRE TRABAJO Y PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1.1. La regla general de la incompatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación y sus excepciones

A raíz del concepto de envejecimiento activo, impulsado por las políticas provenientes de la Unión Europea en aras de una mayor sostenibilidad financiera del sistema, se flexibiliza la histórica incompatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación. Una nueva situación cuanto menos paradójica,

Fecha Recepción: 23/11/2022 - Fecha Revisión: 27/11/2022 - Fecha Aceptación: 28/11/2023
Pags. 99-112

dado que el cese de actividad ha sido siempre el elemento clave en torno al que gravita cualquier definición de jubilación, pese a ser un concepto carente de un sentido unívoco.

El cese de actividad, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, conlleva el fin de la retribución salarial o de los ingresos y emolumentos empresariales, que suple la prestación de Seguridad Social, concebida para compensar el estado de necesidad que genera la inactividad. De ahí la tradicional regla general de incompatibilidad entre el percibo de la pensión de jubilación y el desempeño de una actividad profesional por cuenta ajena o por cuenta propia.

Un breve repaso de la normativa reguladora de la pensión de jubilación evidencia como el principio de incompatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación ha sido una constante normativa en nuestro ordenamiento jurídico de Seguridad Social, hasta la promulgación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social[1].

No obstante, esta regla general ha contado con determinadas excepciones tanto en el sector público como en el sector privado. En el sector público, el de los profesores eméritos y el personal licenciado sanitario (art. 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidad del personal al servicio de las administraciones públicas)[2]. Y en el sector privado, las situaciones de jubilación parcial y flexible (Ley 35/2002, de 12 de julio, para el establecimiento de una jubilación gradual y flexible)[3], el ejercicio de determinadas actividades colegiadas no integradas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos[4], o el desempeño de las funciones inherentes al mantenimiento de la titularidad del negocio, siempre que no implique una dedicación de carácter profesional (art. 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, redactado según Orden Ministerial de 31 de julio de 1976)[5].

1.2. Cambio de tendencia a raíz de la Ley 27/2011

Sin perjuicio de las directrices internacionales, en España, el punto de inflexión lo marca la Recomendación aprobada el 25 de enero de 2011 por la Comisión de seguimiento del Pacto de Toledo, cuya Recomendación 12, sobre la edad de jubilación, prescribe literalmente la necesidad de "introducir esquemas de mayor permeabilidad y convivencia entre la vida activa y pasiva, que permitan e incrementen la coexistencia de salario y pensión" y "en la misma línea de otros países de nuestro ámbito", apostar por "una mayor compatibilidad entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral".

Poco después, se publica la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, que supuso "el primer paso clave en el fomento

[1] *Vid.* Romero Ródenas, M.J.: "Luces y sombras de la pensión de jubilación activa y su compatibilidad con el trabajo: ¿jubilación y compatibilidad con el trabajo por cuenta propia de autónomo societario? A propósito de la STSJ de Galicia de 28 de mayo de 2019", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum,* Nº. 22, 2020, pp. 151 y ss.

[2] *Vid.* Goerlich Peset, J.M.: "Compatibilidad de las pensiones de jubilación con la retribución de los profesores eméritos" en VV.AA.: *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, López Cumbre, L. (Dir.), 2007, pp. 433-452.

[3] *Vid.* Ortiz González-Conde, F.M.: "La jubilación parcial, flexible y activa como fórmulas para el envejecimiento activo", *Revista Derecho Social y Empresa*, Nº. 10, 2019.

[4] La compatibilidad entre pensión de jubilación en el Régimen General y el desempeño de una actividad colegiada sin causar alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, al haber optado por una mutualidad de previsión social, conforme a la Disposición Adicional 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ha sufrido distintas "idas y venidas" normativas que son analizadas por López Aniorte, M. C.: "Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº.164, 2014.

[5] *Vid.* Fernández Orrico, F.J.: "Pensión de jubilación pura*",* en VV.AA.: *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo*, Sánchez Trigueros, C. (DIr.), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 346 y ss.

e impulso decidido hacia la prolongación de la vida activa"[6]. La Ley 27/2011 establece un nuevo supuesto de compatibilidad del percibo de la pensión de la jubilación y la realización de trabajos por cuenta propia: la compatibilidad de la pensión de jubilación con la realización de trabajos por cuenta propia generador de ingresos marginales, en concreto, cuando los "ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual" (art. 165 TRLGSS/1994, actual art. 213.4 TRLGSS/2015[7]).

1.3. Pensión de jubilación, envejecimiento activo y excepciones a la regla general de incompatibilidad entre trabajo y pensión

Sin perjuicio de las preexistentes excepciones a la regla general de la incompatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación, el concepto de envejecimiento activo es incorporado al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, con la introducción en el TRLGSS/1994 de la versión originaria del actual art. 214 TRLGSS/2015.

Este precepto, sin inferir en los históricos supuestos de compatibilidad ya mencionados[8], ni en otros futuros, como el de los profesionales dedicados a la creación artística[9], permite la compatibilización del trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista, siempre que se haya cumplido la edad ordinaria de jubilación y se haya cotizado por un largo periodo, concretamente, cuando el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada alcance el 100%.

Así pues, la foto fija de la excepción a la regla general de incompatibilidad del percibo de la pensión de jubilación con el trabajo quedaría conformada por la conocida como pensión de jubilación activa del art. 214 TRLGSS y los supuestos previstos legal o reglamentariamente a los que aluden los arts. 213 y 214 TRGLSS, a saber:

— Los profesores eméritos y el personal licenciado sanitario.

— Jubilación parcial y flexible.

— Profesionales colegiados vinculados a una mutualidad de previsión social.

— Titular de un negocio en el desempeño de las funciones inherentes al mantenimiento de la misma que no impliquen una dedicación de carácter profesional.

— Administrador de una sociedad capitalista.

---

[6] Triguero Martínez, L.A.: "La edad avanzada en relación al empleo, la jubilación y la seguridad social: envejecimiento activo, política de reinserción y derecho antidiscriminatorio", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 4, 2015.

[7] Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, cuya disposición derogatoria única, deroga el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. En adelante, se empleará TRLGSS/94 para referirse al texto derogado y o bien, TRLGSS/2015 para diferenciarlo cuando se están comparando o TRLGSS para aludir al vigente.

[8] Cabeza Pereiro, J.: "Jubilación y envejecimiento activo", *Temas Laborales*, Nº. 163, 2022, pp. 168 y ss., ha sido especialmente crítico con el hecho de que el legislador no haya aprovechado la ocasión para "armonizar y racionalizar" los supuestos, evitando "agravios comparativos y arrastres históricos" que estima "totalmente injustificados en la actualidad".

[9] La Disposición final segunda del RD-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía, insta al Gobierno a publicar una norma reglamentaria que regule la compatibilidad de la pensión de jubilación con las actividades de aquellos profesionales dedicados a la creación artística que perciban por esa actividad derechos de propiedad intelectual: el RD 302/2019, de 26 de abril.

— Actividades marginales.

— Profesionales dedicados a la creación artística que perciban por esa actividad derechos de propiedad intelectual.

— Pensionistas procedentes de los sistemas especiales agrarios de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia.

1.4. La jubilación activa

Sin entrar en la evolución desde el régimen inicialmente previsto en el Real Decreto-Ley 5/2013, hasta las últimas novedades 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[10], cabe realizar un breve esbozo del vigente sistema de jubilación activa.

Bajo la rúbrica "pensión de jubilación y envejecimiento activo", el art. 214 TRLGSS hace referencia al disfrute de la pensión de jubilación contributiva compatible con la realización de una prestación de servicios en el sector privado[11], a tiempo completo o parcial, por cuenta ajena o por cuenta propia, distinta a las excepciones a la incompatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo dispuestas legal o reglamentariamente.

La jubilación activa requiere la conjunción de dos requisitos:

— Haber cumplido la edad ordinaria de jubilación, lo que significa que la jubilación activa no es aplicable a las jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación previstas en casos de discapacidad o por la realización de trabajos penosos o peligrosos. Además, desde el 1 de enero de 2022 se requiere que el acceso a la pensión de jubilación tenga lugar al menos un año después de haber cumplido la edad ordinaria de jubilación[12].

— Haber cotizado en medida suficiente para acceder a la pensión íntegra en el momento inicial de reconocerse la pensión[13]. Ello significa que no podrá acogerse a la jubilación activa una persona que se jubila a partir de la edad ordinaria de jubilación, sin poder acceder a la pensión íntegra pero que, posteriormente, se reincorpora al mercado de trabajo, total o parcialmente, y con las nuevas cotizaciones realizadas tras la jubilación alcanza el 100% de la pensión[14].

Resulta evidente, pues, que la jubilación activa queda restringida a quienes habiendo sobrepasado la edad ordinaria de jubilación cuenten, en definitiva, con una larga carrera contributiva[15], favoreciendo con ello la prolongación de la vida activa, el aprovechamiento de los conocimientos y

[10] A este respecto, es de obligada remisión Cabeza Pereiro, J., *op. cit.* pp. 167 y ss.

[11] El art. 214.6 del TRLGSS excluye de su ámbito de aplicación "los supuestos de desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público, delimitado en el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que será incompatible con la percepción de la pensión de jubilación".

[12] Exigencia impuesta 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.

[13] En este sentido, la Sala del TSJ del País Vasco, en sentencia de 24 noviembre 2015, rec. 2160/2015, ha manifestado que el objeto de la jubilación activa no es "permitir alargar la vida laboral para lograr una pensión en cuantía superior a la aplicable al momento de la jubilación ordinaria por edad".

[14] Rodríguez Iniesta, G., "Jubilación activa", en VV.AA.: *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo*, Sánchez Trigueros, C. (Dir.), Aranzadi, 2016, p. 404.

[15] Recuérdese que este requisito está incrementando paulatinamente desde el 1 de enero de 2013, de modo que, desde los 35 años exigibles en 2013, en 2027 se requerirán al menos 37 años.

experiencia del capital humano, pero también la sostenibilidad del sistema, ya que aunque se permite compatibilizar el percibo de la prestación por jubilación con los rendimientos del trabajo autónomo o dependiente, las nuevas cotizaciones no incrementarán la prestación por jubilación y, además, generarán una cuota de solidaridad.

El beneficiario de la jubilación activa tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos y con independencia de la jornada laboral o de la actividad desarrollada por el pensionista, percibirá una pensión equivalente al 50% "del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos". Si bien, cuando la actividad se realice por cuenta propia y se acredite tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100%. Además, la pensión se revalorizará en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social, pero en cuanto se mantenga el trabajo compatible, el importe de la pensión, junto a las revalorizaciones acumuladas, se reducirá en un 50%, salvo que se trate de un trabajador por cuenta propia con derecho al percibo del 100% (art. 214.2 TRLGSS).

El pensionista no tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con el trabajo. Y una vez finalizada la relación laboral por cuenta ajena o producido el cese en la actividad por cuenta propia, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación.

Durante la prestación de servicios se mantendrá la cotización con arreglo a unas condiciones especiales. Si la prestación lo es por cuenta ajena, conforme al art. 153 TRLGSS, trabajador y empresario cotizarán al Régimen General únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales y, además, contribuirán con una cotización especial de solidaridad del 9% sobre su base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones, asumida por el empresario en un 7% y por el trabajador en un 2%. Si la prestación lo es por cuenta propia, conforme al art. 310 TRLGSS, desde el 1 de enero de 2023, el trabajador autónomo cotizará al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales y, además, contribuirá, también, con una cotización especial de solidaridad del 9% sobre su base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones.

2. JUBILACIÓN ACTIVA DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AUTÓNOMAS Y COMPATIBILIDAD CON EL 100% DE LA PENSIÓN

La Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, incorpora la posibilidad de compatibilizar la actividad desarrollada por cuenta propia, con la de percibir el 100% de la pensión, siempre que se acredite tener contratado, al menos, un trabajador por cuenta ajena. De hecho, añade una Disposición final sexta bis al TRLGSS, que, bajo la rúbrica "Ampliación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena", insta la aplicación de esta compatibilidad del 100% "al resto de la actividad por cuenta propia" (a quienes no tengan asalariados a su cargo) y al trabajo por cuenta ajena, "dentro del ámbito del diálogo social, y de los acuerdos en el seno del Pacto de Toledo". Ampliación que, hasta la fecha, no ha sido contemplada ni en el informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2020, ni en el Acuerdo Social de 2021 o la propia Ley 21/2021.

Llama sustancialmente la atención que la norma se refiera, sin más, a la acreditación de tener contratado al menos un trabajador por cuenta ajena, sin establecer ningún otro tipo de garantías sobre la duración mínima del contrato o de la jornada, máxime teniendo en cuenta los beneficios que puede reportarle al jubilado la compatibilidad[16].

[16] Cabeza Pereiro, J., *op. cit.* pp. 174.

Pese a la falta de concreción cualitativa o cuantitativa, una interpretación teleológica conduce a una necesaria vinculación entre el trabajo desarrollado por cuenta propia y la condición de empleador. En su día, la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS, en adelante), emitió un criterio de gestión fijando los requisitos del contrato de trabajo por cuenta ajena que permiten la jubilación activa con la percepción del 100% de la cuantía de la pensión[17]. El tenor literal de dicho criterio señalaba que "se entenderá cumplido este requisito si el trabajador autónomo acredita la formalización, como empleador, de un contrato de trabajo que dé lugar a la inclusión del trabajador por cuenta ajena en el Sistema Especial de Empleados del Hogar", lo que condujo a la errada interpretación de una innecesaria vinculación entre el trabajo autónomo compatible con la pensión y la condición de empleador. En consecuencia, el mismo órgano procedió a modificar ese criterio[18], exigiéndose que el contrato por cuenta ajena quede enmarcado en la actividad por la que se dio de alta en el RETA el trabajador que pretende compatibilizar el 100% de la cuantía de la pensión[19].

Sin obviar que estos criterios de gestión carecen de valor vinculante, siendo su carácter orientativo o ilustrativo, debe advertirse que es también criterio del INSS que no podrá beneficiarse de esta compatibilidad el familiar colaborador incluido en el campo de aplicación del RETA, al entender que es el trabajador autónomo titular quien actúa como empleador de los trabajadores por cuenta ajena a su servicio.

Pero si hay un tema que ha sido discutido judicialmente desde que la Ley 6/2017 incorporara la posibilidad de compatibilizar la actividad desarrollada por cuenta propia, con la de percibir el 100% de la pensión, ha sido el de si esta modalidad queda circunscrita al trabajador autónomo persona física o es aplicable a todo tipo de autónomo. También se ha pronunciado a este respecto la entidad gestora, estableciendo como criterio que "esta medida no será de aplicación a los pensionistas de jubilación incluidos en el RETA de conformidad con lo previsto en el artículo 305.2 b), c), d), e) y l) del TRLGSS, ya que en estos supuestos la inclusión en este régimen especial viene determinada por su condición de consejero, administrador, socio o comunero de una entidad con personalidad jurídica propia distinta a la del trabajador autónomo, entidad que en virtud de su personalidad jurídica propia actúa como empresario ante la Tesorería General de la Seguridad Social".

Es decir, según este criterio del INSS, no es aplicable la compatibilidad del 100% de la cuantía de la pensión a los trabajadores autónomos societarios, a:

— "Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella".

— "Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias a los que se refiere el artículo 1.2.a) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo".

— "Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común, a los que se refiere el artículo 1.2.b) de la Ley 20/2007, de 11 de julio".

[17] Criterio de gestión de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, de 21 de noviembre de 2017.

[18] Criterio de Gestión 18/2018, de 26 de julio de 2018.

[19] SSTSJ (Sala de lo Social) de Cataluña, de 23 noviembre 2020 (rec. 3019/2020) y de Santander, de 29 de mayo de 2020 (rec. 255/2020).

— "Los socios trabajadores de las sociedades laborales cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado con los que convivan alcance, al menos, el 50 por ciento, salvo que acrediten que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares".

— "Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado dedicados a la venta ambulante que perciban ingresos directamente de los compradores".

La doctrina judicial se ha pronunciado en numerosos casos sobre este tema. La primera sentencia que abordó esta cuestión fue la Sentencia núm. 358/2018, de 17 de julio de 2018, del Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo. Un trabajador autónomo encuadrado en el RETA en calidad de socio mayoritario y administrador único de una Sociedad Limitada en la que prestaban sus servicios tres trabajadores por cuenta ajena, acudió al Juzgado al haberle sido denegada por el INSS su pretensión de acceder a la jubilación activa plena cobrando el 100%, en el entendimiento de que es la entidad mercantil y no el trabajador autónomo el empleador de los tres trabajadores asalariados. Esta primera sentencia reconoció el derecho a lucrar la pensión de jubilación activa en cuantía equivalente al 100% de la base reguladora mensual acreditada[20], pero no ha sido el criterio adoptado por la mayor parte de la doctrina de suplicación.

Aunque la doctrina de suplicación no ha sido unánime[21], mayoritariamente ha entendido que el autónomo persona jurídica puede acceder a la jubilación activa percibiendo el 50% de la cuantía de la pensión, pero no puede acrecer el beneficio hasta el 100% por no cumplir con el requisito de tener contratado al menos un trabajador por cuenta ajena, dado que los autónomos societarios no son quienes contratan, sino la sociedad o persona jurídica[22].

La Sala Cuarta del TS ha unificado y casado la doctrina judicial acogiendo, "sin sorpresas"[23], el criterio mayoritariamente adoptado en la doctrina de suplicación. Así, el TS ha resuelto en seis sentencias de 23 de julio de 2021[24] que, la compatibilidad plena de la pensión de jubilación en la cuantía del 100% con la actividad por cuenta propia, no es aplicable al autónomo societario, del que no puede predicarse la conjunción de los requisitos legalmente exigidos, toda vez que sólo el trabajador autónomo persona física puede tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta

[20] Caballero Pérez, M. J.: "La jubilación activa plena y su aplicación a los autónomos societarios: una cuestión controvertida tras la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo. Sentencia núm. 358/2018 del JS nº 3 de Oviedo, de 17 de julio", *Temas Laborales*, Nº 146, 2019, pp. 239-252.

[21] En contra, SSTSJ de Galicia de 28 de mayo de 2019 (rec. 398/2019). Y también, entre otras, las SSTSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2018 (rec. 2256/2018) y de la Rioja 18 de junio de 2020 (rec. 49/2020) y 10 de octubre de 2019 (rec. 109/2019).

[22] La STSJ de Aragón, de 22 de septiembre de 2020 (rec. 399/2020) comentada en Romero Ródenas, M.J.: "Pensión de jubilación activa en socio y administrador único de sociedad mercantil: incompatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y percepción del 100 por 100 de la pensión de jubilación", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, Nº. 10, 2020. Y, entre otras, las SSTSJ de Asturias, de 26 de diciembre de 2018 (rec. 2239/2018) y de 29 de enero de 2019 (rec. 2731/2018); Castilla-La Mancha de 21 de abril de 2022 (rec. 828/2021); de Castilla y León de 23 de enero de 2019 (rec. 1821/2018), de 6 de noviembre de 2018 (rec. 1179/2018) y de 8 de marzo de 2019 (rec. 1999/2018); de Cataluña de 10 de febrero de 2022 (rec. 5535/2021); de Galicia de 14 de febrero de 2019 (rec. 4802/2018); y de Madrid de 11 de julio de 2019 (rec. 46/2019).

[23] Ballester Pastor, I.: "El autónomo societario encuadrado en el RETA que compatibilice trabajo y pensión de jubilación no puede ser beneficiario de la jubilación activa con un porcentaje del 100%", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Nº. 8, 2021, BOE, p. 6.

[24] SSTS (Sala de lo Social) de 23 de julio de 2021 (rec. 1702/2020, rec. 1459/2020, rec. 4416/2019, rec. 2956/2019, rec. 1328/2020 y rec. 1515/2020).

ajena[25]. En todas ellas, el solicitante de la jubilación activa plena es un autónomo societario con personalidad jurídica y responsabilidad limitada[26].

Dos son los argumentos claves por los que el TS ha entendido que el autónomo societario no puede acrecentar hasta el 100% la cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo:

— Cuando la empresa tiene la consideración de sociedad mercantil, el empleador es la persona jurídica y no sus consejeros o administradores. La sociedad tiene una personalidad jurídica diferenciada con responsabilidad limitada, a diferencia del autónomo "clásico", que responde de todas sus deudas (entre ellas, las derivadas de la relación laboral y de seguridad social de los trabajadores a su cargo), con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CC). El autónomo societario, aunque controle la citada sociedad y, en consecuencia, esté afiliado en el RETA, no es el empleador de ningún trabajador, lo es la sociedad que tiene personalidad jurídica, ha suscrito el contrato y responde con su patrimonio social, distinto del de sus socios y administradores sociales. En consecuencia, a diferencia del autónomo persona física, cuya prolongación de su vida activa determina la asunción de un riesgo empresarial personal, el autónomo persona jurídica se beneficia de la limitación de la responsabilidad societaria, sin quedar expuesto a ningún tipo de responsabilidad derivada de la contratación laboral que realmente suscribe la mercantil, por lo que deja de tener sentido que se beneficie de la compatibilidad al 100%, que de hecho ha de interpretarse como una situación excepcional.

— La finalidad del beneficio que supone el percibo del 100% de la pensión es el fomento del empleo, o por lo menos favorecer la conservación del nivel de empleo, es decir, que la jubilación del empleador no destruya empleo. Sin embargo, al contrario de lo que ocurre cuando se jubila el empresario persona física, la jubilación del autónomo societario, la jubilación de los consejeros y administradores sociales, no causa la extinción de los contratos de sus trabajadores[27]. De hecho, podría darse la situación de una sociedad en la que se jubilaran, incluso el mismo año, dos o más administradores sociales de una mercantil con un único trabajador por cuenta ajena y el reconocimiento al autónomo persona jurídica de este derecho, llevaría a la paradoja de que todos ellos pudieran compatibilizar su pensión con una cuantía del 100%, cuando igualmente no se extingue

[25] SSTS 21 septiembre 2021 (rec. 1539/2020) y de 7 de julio de 2022 (rec. 4180/2019).

[26] En las SSTS de 23 de julio de 2021 es administrador único de una sociedad limitada, titular de un 50% de las participaciones (el otro 50% pertenece a su cónyuge), con nueve personas contratadas por cuenta ajena en la STS de 23 de julio de 2021 (rec. 1702/2020) y cinco en la STS de 23 de julio de 2021(rec. 2956/2019).
En la STS de 23 de julio de 2021 (rec. 1459/2020) es administrador solidario de una sociedad limitada, titular del 25% de las participaciones sociales (el otro 75% queda repartido en participaciones del 25% entre sus tres hijas), con once dependientes.
En la STS de 23 de julio de 2021 (rec. 4416/2019) es administrador único de una sociedad limitada, constituida por él y su esposa, con seis personas contratadas por cuenta ajena.
En la STS de 23 de julio de 2021 (rec. 1328/2020) es un socio administrador de tres entidades constituidas bajo la forma jurídica de sociedades limitadas, que tienen contratadas por cuenta ajena a cuatro, tres y una persona respectivamente.
En la STS de 23 de julio de 2021(rec. 1515/2020) la solicitante es trabajadora autónoma, miembro del Consejo de Administración de una sociedad anónima y titular del 50% de las acciones de esta, con treinta y un trabajadores por cuenta ajena.

[27] No obstante, Sáez Lara, C.: "Jubilación activa y persona autónoma societaria. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Julio de 2021", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, *Laborum*, Nº. 30, 2022, p. 156, recuerda que, en los casos de cotitularidad de la empresa sin forma societaria, la jubilación de uno de los cotitulares no es motivo de extinción del contrato de trabajo (art. 49.1.g) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

el contrato del trabajador por cuenta ajena si tales autónomos deciden no acogerse a la jubilación activa.

Además, se arguye que la excepcionalidad a la regla general de incompatibilidad del disfrute de la pensión de jubilación y el trabajo (art. 213.1 TRLGSS) se opone a una interpretación extensiva. De hecho, una interpretación a contrario *sensu* de la aludida Disposición final sexta bis TRLGSS permite vislumbrar que hay trabajos por cuenta propia a los que no se les aplica la regla especial del art. 214.2 TRLGSS y que, por consiguiente, no se produce quiebra alguna del art. 14 de la Constitución por reconocer la compatibilidad entre trabajo y pensión con una cuantía del 50% en vez del 100% cuando el autónomo no es un autónomo persona física[28].

Dicho todo lo cual, ¿qué ocurre si el solicitante de la jubilación activa plena no es un autónomo societario con personalidad jurídica y responsabilidad limitada, sino un comunero? Los comuneros de las comunidades de bienes pueden ejercer como empresarios, pero la comunidad de bienes no tiene personalidad jurídica propia y, por tanto, como empresarios autónomos la responsabilidad de los socios comuneros por deudas frente a terceros es ilimitada y solidaria.

Cuando el trabajador autónomo solicitante de la jubilación activa es un comunero, una amplia doctrina de suplicación ha reconocido el derecho a la jubilación activa plena, es decir, compatible con el 100% de la cuantía de la pensión[29]. Sin embargo, con el paso de los años, la tendencia de la doctrina de suplicación ha sido la contraria[30], hasta que el Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente en unificación de doctrina, en dos SSTS de 8 de febrero de 2022 (rec. 3087/2020 y 3930/2020), señalando que tampoco los comuneros tienen derecho a incrementar su pensión de jubilación activa hasta el 100% al tiempo que desarrollan una actividad por cuenta propio, una decisión que ha contado en ambas sentencias con el voto particular de tres de los 10 magistrados de la Sala.

3. EL SUPUESTO ESPECÍFICO DE LAS PERSONAS AUTÓNOMAS COMUNERAS: LAS SSTS DE 8 DE FEBRERO DE 2022 (REC. 3087/2020 Y 3930/2020)

3.1. Antecedentes del planteamiento del debate casacional

El Instituto Nacional de Seguridad Social plantea ante el TS dos recursos de casación para la unificación de doctrina después de que, tras los pronunciamientos de los Juzgados de lo Social nº. 4 y nº. 2, las SSTSJ de Valencia, de 23 de abril de 2019 (rec. 1762/2019) y de 14 de julio de 2020 (rec. 1870/2019), siguieran reconociendo el derecho a percibir la pensión de jubilación por envejecimiento activo en cuantía del 100% de la base reguladora, a una trabajadora autónoma y un trabajador autónomo, respectivamente, que como parte de una comunidad de bienes tienen contratados trabajadores por cuenta ajena.

El órgano gestor mantiene que la comunidad de bienes es la que actúa como empleadora, no siendo la persona autónoma la que contrata a los trabajadores por cuenta ajena, mientras que la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana considera que el empleador es la persona física que forma parte de la comunidad de bienes. Para la Sala, el hecho de que la comunidad de bienes carezca de personalidad jurídica distinta a la de sus propios comuneros, a diferencia de lo que ocurren con otras modalidades de sociedad civil o mercantil, y el hecho de no tener limitada la responsabilidad societaria a su patrimonio, alcanzando a las personas físicas la responsabilidad económica y laboral

[28] Cabeza Pereiro, J., *op. cit.* p. 181.

[29] SSTSJ de Asturias de 21 diciembre de 2021 (rec. 2445/2021). de Castilla-León (Valladolid) de 15 de mayo de 2019 (rec. 175/2019), de las Islas Baleares de 15 febrero de 2021 (rec. 327/2020), de Galicia de 30 noviembre de 2021 (rec. 3842/2021), de La Rioja de 5 de marzo de 2020 (rec. 32/2020) y de País Vasco de 11 de diciembre de 2018 (rec. 2256/2018), de 6 de noviembre de 2018 (rec. 1960/2018) 7 de 9 de octubre de 2018 (rec. 1746/2018).

[30] SSTSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2022 (rec. 680/2022), de Islas Baleares de 3 de marzo de 2022 (rec. 548/2021), de Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 28 de febrero de 2022 (rec. 532/2021).

que pudiera derivar del ejercicio de la actividad económica de la comunidad de bienes, convierte a los comuneros personas físicas en empleadores. En consecuencia, entiende la Sala que los trabajadores por cuenta ajena al servicio de una comunidad de bienes, lo son realmente de las personas físicas titulares de dicha comunidad y no de la comunidad de bienes como entidad jurídica, cumpliéndose, por tanto, el requisito establecido en el art. 214.2 TRLGSS: "tener contratado, al menos, un trabajador por cuenta ajena".

Disconforme con tales decisiones del TSJ de la Comunidad Valenciana, se plantean dos recursos de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el 16 de junio de 2020 (rec. 677/2019), que entiende que, como el pase del 50% al 100% en la cuantía de la pensión tiene como finalidad el fomento del empleo, este beneficio queda circunscrito a los autónomos persona física del art. 305.1 TRLGSS, quedando excluidos todos los autónomos societarios del art. 305.2 TRLGSS.

3.2. Doctrina del Tribunal Supremo

Las dos sentencias introducen el asunto, recordando la posición de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en contra del reconocimiento del derecho a la jubilación activa con el porcentaje del 100% de la pensión, cuando se trata de un autónomo societario: consejeros, administradores sociales o socios, en el entendimiento de que "la titularidad de las relaciones laborales concertadas por la sociedad le corresponde a ésta, ostentando por ello la posición de empleadora, no a sus consejeros, administradores sociales o socios" [SSTS de 23 de julio de 2021 (recs. 2956/2019[31], 4416/2019, 1328/2020, 1459/2020, 1515/2020 y 1702/2020) y de 21 de septiembre de 2021 (rec. 1539/2020)]. Si bien, a reglón seguido, ambas sentencias reconocen que el caso sometido ahora a consideración de la Sala es diferente, al no tratarse de una persona autónoma administradora o consejera de una sociedad mercantil, que haya contratado a trabajadores por cuenta ajena, sino que es una persona dada de alta en el RETA, que pertenece a una comunidad de bienes, que es la que ha efectuado la contratación de trabajadores por cuenta ajena.

No obstante, el fallo es el mismo: no cabe acrecentar hasta el 100% la cuantía de la pensión de jubilación del trabajador/a autónomo/a porque quien contrata a los trabajadores o trabajadoras por cuenta ajena es la comunidad de bienes. Los motivos esgrimidos son:

— La interpretación literal del precepto

— El art. 214.2 TRLGSS se refiere a la persona que desarrolla una actividad "por cuenta propia" que tenga "contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena", es decir, esa persona que percibe la pensión de jubilación es la que debe emplear a otra por cuenta ajena, no una instancia distinta, con independencia de que posea o no personalidad jurídica, algo irrelevante para ser el empleador.

— La interpretación hermenéutica de la norma

— La compatibilidad plena es una situación excepcional a la regla general de la incompatibilidad entre el disfrute de la pensión y el trabajo. Por lo tanto, no cabe una interpretación extensiva.

— La interpretación sistémica

[31] *Vid.* Cano Galán, Y.: "Jubilación activa: compatibilidad entre el 100% de la pensión de jubilación y el trabajo desempeñado por «autónomos clásicos» y no por «autónomos societarios»", *Diario La Ley*, Nº 9943, Sección Comentarios de jurisprudencia, 2 de noviembre de 2021, pp. 1-5.

— Del tenor literal de la Disposición final sexta bis TRLGSS, en el que se expresa el manifiesto deseo del legislador de que en un futuro la jubilación activa plena sea aplicable "al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena", puede colegirse, *a sensu contrario*, que existe actividad por cuenta propia a la que no se aplica la jubilación activa plena.

— La concordancia con la condición empleadora de la comunidad de bienes

— Para cumplir con la finalidad de la norma: la promoción del envejecimiento activo y la creación o mantenimiento de, al menos, un puesto de trabajo, que compense los gastos de la compatibilización de la pensión con los ingresos por las actividades profesionales o económicas de la persona beneficiaria, ha de ser la beneficiaria de la jubilación activa quien emplee o mantenga el puesto de trabajo.

— Si la empleadora es la comunidad de bienes, del mismo modo que la muerte, incapacidad o jubilación de uno de los comuneros no quedan subsumidas en el art. 49.1.g del Estatuto de los Trabajadores, no puede atribuirse a uno de los comuneros emplear o mantener el empleo, por lo que los costes derivados de esa contratación no corren exclusivamente a cuenta del comunero contratante.

— La necesaria conexión entre persona jubilada y empleadora

— Cuando se trata de una persona física, el empleador es el jubilado, pero en el caso de los comuneros, como en el de la persona jurídica, el empleador no es el jubilado, lo que significa que si se jubilan varios autónomos de la comunidad de bienes (y ésta tiene contratado a un solo trabajador) nada impide que todos ellos tengan derecho a la pensión de jubilación al 100%, cuando la jubilación de un solo comunero no provoca el cese de la actividad[32].

— La condición de empleadora de la comunidad de bienes

Conforme al art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores: "a los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior…", de manera que no es el pensionista quien contrata, sino la comunidad de bienes.

Así pues, el juzgador señala que la responsabilidad directa, personal e ilimitada de los comuneros frente a sus trabajadores, o frente a terceros, no significa que el empleador sean los comuneros, el empleador único es la comunidad de bienes, no sus partícipes. Quienes ostentan legalmente la condición de empresario/a son las comunidades de bienes, tratándose en estos supuestos de las denominadas funcionales, dinámicas o empresariales, es decir, vinculadas funcionalmente a la actividad empresarial de explotación de un determinado negocio. La carencia de personalidad jurídica no significa que no pueda actuar en el tráfico jurídico como empleadora, función que le atribuye el propio art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, ni que no le sean imputables derechos y obligaciones, reconociéndosele por el propio ordenamiento jurídico algunos efectos propios de la personalidad jurídica, como la legitimación y capacidad procesal cuando ejercite o se defienda de una acción vinculada a los derechos u obligaciones.

[32] En este sentido, son sumamente interesantes las reflexiones vertidas en torno a la STSJ de Islas Baleares de 2 de septiembre de 2020 (rec. 46/2020) en Ferrando García, F.M.: "El controvertido acceso a la jubilación activa plena de la persona socia de la sociedad civil regular", Revista de Trabajo y Seguridad Social, Nº. 439, pp. 189-196.

3.3. Voto particular

Del fallo de las dos SSTS de 8 de febrero de 2022 (rec. 3087/2020 y 3930/2020) difieren tres de los diez magistrados a través de un voto particular. Los magistrados discrepantes entienden que la asunción de responsabilidad directa e ilimitada por parte de los comuneros no significa que la comunidad de bienes no tenga entidad en el tráfico jurídico, pero que ello no es óbice alguno para que sean los propios comuneros los que en el ámbito de la Seguridad Social mantengan una relación personal y directa que les convierte en empleadores. Y ello con independencia de que la comunidad de bienes aparezca como empleadora y de su capacidad procesal, pues tal situación no altera la responsabilidad jurídica de los comuneros.

Los magistrados disidentes subrayan la diferencia entre los autónomos societarios [SSTS de 23 de julio de 2021 (recs. 2956/2019, 4416/2019, 1328/2020, 1459/2020, 1515/2020 y 1702/2020) y de 21 de septiembre de 2021 (rec. 1539/2020)], supuestos en los que el empleador no es el socio sino una sociedad autónoma o limitada, dotada de personalidad jurídica propia y responsabilidad limitada al patrimonio social y el caso de los comuneros. Es más, sostienen que el artículo 11.2.2º del reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, al distinguir entre empresario persona física y jurídica, identifica a los comuneros, en iguales términos que a los empresarios personas físicas.

Al contrario que la posición mayoritaria, rechazan una interpretación restrictiva, que consideran improcedente desde una interpretación literal, sistémica o finalista. La línea argumental principal del voto particular reside en la diferenciación clave entre los supuestos en los que el empleador es una persona jurídica con responsabilidad limitada al patrimonio social y cuando lo es una comunidad de bienes, donde son los comuneros quienes responden con su patrimonio personal de las deudas salariales y de Seguridad Social en relación con las personas contratadas.

En este sentido, y dado que la finalidad de la Ley 6/2017 es favorecer la conservación del nivel de empleo, así como compensar con una pensión del 100% al trabajador autónomo que decide seguir asumiendo los riesgos inherentes a la explotación de su negocio pese a poder jubilarse con el 100% de la pensión de jubilación, haciéndola compatible con su ejercicio profesional, en el voto particular se cuestiona la diferencia entre un trabajador autónomo persona física titular de una oficina de farmacia que tiene contratado a un único trabajador por cuenta ajena y la del supuesto de hecho: dos farmacéuticos dueños de una oficina de farmacia en copropiedad que han constituido una comunidad de bienes con varios trabajadores contratados por cuenta ajena. Aducen que el voto mayoritario determina que el autónomo siga realizando su trabajo sin poder compatibilizarlo con el 100% de la pensión asumiendo el riesgo de la contratación de trabajadores por cuenta ajena con su patrimonio personal, presente y futuro, situación que entienden que vulnera el art. 214.2 y concordantes del TRLGSS y supone una diferencia de trato injustificada entre autónomos personas físicas y autónomos comuneros. No obstante, en el propio voto particular de la STS de 8 de febrero de 2022 (rec. 3087/2020), se reconoce que una de las aristas de esta interpretación es la situación que podría generarse si el número de solicitantes del beneficio supera al de personas contratadas por cuenta ajena, no ofreciendo una solución a esta falla y emplazando su concreta interpretación al momento en el que sea preciso efectuarla.

4. REFLEXIÓN FINAL

La falta de unanimidad en el fallo de las SSTS de 8 de febrero de 2022 (rec. 3087/2020 y 3930/2020) unifica la doctrina sobre la posibilidad o no de acrecentar hasta el 100% la cuantía de la pensión de jubilación activa de los trabajadores autónomos comuneros, pero no zanja el debate respecto a su diferenciación con los supuestos en los que el pensionista en alta en el RETA tiene limitada su responsabilidad frente a las obligaciones salariales y de Seguridad Social que comportan el empleo o el mantenimiento del empleo de una o varias personas por cuenta ajena.

A la espera de una futurible ampliación del régimen de compatibilidad en aplicación del desiderátum *de lege ferenda* de la propia Disposición final sexta bis del TRLGSS, cabe preguntarse si un primer paso podría ser incluir expresamente al autónomo comunero o incluso al autónomo societario, antes de extender la compatibilidad a todo tipo de trabajo autónomo o por cuenta ajena. E incluso, si no deberían matizarse los requisitos de contratación con una redacción concreta y clarificadora.

En todo caso, cabe concluir señalando que la jubilación activa de los trabajadores por cuenta ajena no parece haber tenido gran repercusión, por muchas razones que no cabe traer a colación, pero en el supuesto de los autónomos sí que la compatibilidad entre pensión y trabajo es un incentivo a la prolongación de la vida activa, posiblemente por la cuantía de las pensiones de los trabajadores autónomos. Así, una futurible compatibilidad entre el 100% de la pensión y el trabajo por cuenta propia, con independencia de que se eleve o mantenga el nivel de empleo, pasa de ser una fórmula de fomento del empleo a una especie de complemento de la cuantía de la pensión que requiere seguir en activo, sin poder disfrutar del ansiado descanso que históricamente ha caracterizado la jubilación, una suerte de maldición bíblica que nos acecha desde que Adán y Eva dejaran el jardín de Edén: "con el sudor de tu rostro comerás el pan" (Génesis 3:19).

5. BIBLIOGRAFÍA

Ballester Pastor, I.: "El autónomo societario encuadrado en el RETA que compatibilice trabajo y pensión de jubilación no puede ser beneficiario de la jubilación activa con un porcentaje del 100%", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Nº. 8, 2021, BOE.

Caballero Pérez, M. J.: "La jubilación activa plena y su aplicación a los autónomos societarios: una cuestión controvertida tras la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo. Sentencia núm. 358/2018 del JS nº 3 de Oviedo, de 17 de julio", *Temas Laborales*, Nº 146, 2019.

Cabeza Pereiro, J.: "Jubilación y envejecimiento activo", *Temas Laborales*, Nº.163, 2022.

Cano Galán, Y., "Jubilación activa: compatibilidad entre el 100% de la pensión de jubilación y el trabajo desempeñado por «autónomos clásicos» y no por «autónomos societarios»", *Diario La Ley*, Nº 9943, Sección Comentarios de jurisprudencia, 2 de Noviembre de 2021.

Cervilla Garzón, M. J.: "Criterios jurisprudenciales recientes sobre la jubilación activa de los trabajadores por cuenta propia" en VV.AA.: Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Vol. 2, 2019.

Fargas Fernández, J.; "Compatibilidad del pensionista de jubilación con actividades posteriores como trabajador autónomo*", Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Nº. 144, 2019, pp. 197-212.

Fernández Orrico, F. J.: "Pensión de jubilación pura*",* en VV.AA.: *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo*, Sánchez Trigueros, C. (Dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.

Ferrando García, F. M.: "El controvertido acceso a la jubilación activa plena de la persona socia de la sociedad civil regular", Revista de Trabajo y Seguridad Social, Nº. 439.

Goerlich Peset, J. M.: "Compatibilidad de las pensiones de jubilación con la retribución de los profesores eméritos" en VV.AA.: *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, López Cumbre, L. (Dir.), 2007.

López Aniorte, M. C.: "Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº.164, 2014.

Ortiz González-Conde, F.M.: "La jubilación parcial, flexible y activa como fórmulas para el envejecimiento activo", *Revista Derecho Social y Empresa*, Nº. 10, 2019.

Rodríguez Iniesta, G., "Jubilación activa", en VV.AA.: *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo*, Sánchez Trigueros, C. (Dir.), Aranzadi, 2016.

Romero Ródenas, M. J.: "Luces y sombras de la pensión de jubilación activa y su compatibilidad con el trabajo: ¿jubilación y compatibilidad con el trabajo por cuenta propia de autónomo societario? A propósito de la STSJ de Galicia de 28 de mayo de 2019", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum,* Nº. 22, 2020.

Romero Ródenas, M. J.: "Pensión de jubilación activa en socio y administrador único de sociedad mercantil: incompatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y percepción del 100 por 100 de la pensión de jubilación", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, Nº. 10, 2020.

Sáez Lara, C.: "Jubilación activa y persona autónoma societaria. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Julio de 2021", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, *Laborum*, Nº. 30, 2022.

Triguero Martínez, L.A.: "La edad avanzada en relación al empleo, la jubilación y la seguridad social: envejecimiento activo, política de reinserción y derecho antidiscriminatorio", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 4, 2015.

nº 34 (1er Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Pensión de Jubilación parcial con periodos de trabajo concentrados. Derecho a la prestación por desempleo por ERTE. Comentario a la STS de 27 de septiembre de 2022

Partial retirement pension with concentrated periods of work. Right to unemployment benefit by ERTE. Commentary on the STS of 27 September 2022

Daniel Toscani Giménez *Profesor Titular de Universidad. Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universitat de València.*
Of Counsel de Alentta Abogados
https://orcid.org/0000-0003-1460-4801

Cita Sugerida: TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Pensión de Jubilación parcial con periodos de trabajo concentrados. Derecho a la prestación por desempleo por ERTE. Comentario a la STS de 27 de septiembre de 2022». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 34 (2023): 113-118

Resumen

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si el demandante ostenta el derecho a la prestación por desempleo por suspensión de la relación laboral que lo era a tiempo parcial, por pasar a jubilación parcial, habiendo acumulado y atendido las horas de servicio con anterioridad a la suspensión que acordó la empresa. Sin encontrarse, por lo tanto, trabajando el trabajador en el momento de la suspensión del contrato de trabajo, pero sí abonando la empresa el salario mensual y cotizando a la Seguridad Social.

Palabras clave

Jubilación parcial; trabajo concentrado; ERTE; suspensión del contrato de trabajo; desempleo

Abstract

The issue raised in the appeal for the unification of doctrine focuses on determining whether the claimant is entitled to unemployment benefit due to the suspension of the employment relationship, which was part-time, because they went into partial retirement having accumulated and completed the hours of service prior to the suspension agreed by the company. The employee was therefore not working at the time of the suspension of the employment contract, but the company was paying the monthly salary and paying social security contributions

Keywords

Partial retirement; concentrated work; ERTE; suspension of employment contract; unemployment

1. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES DE HECHO

La acumulación o compactación de los períodos derivados de la jornada laboral pactada en jubilación parcial es una práctica relativamente frecuente, si bien sin una cobertura normativa expresa. Sin embargo, esta situación ha sido considerada como no contraria a legalidad por la doctrina casacional, como se deriva de la STS UD 29.03.2017 -Rec. 2142/2015-, con el precedente de la STS UD 19.01.2015 -Rec. 627/2014-. Sin embargo, esta posibilidad -"al legal"- determina una evidente complejidad aplicativa en el terreno contractual y concretamente en la cuestión objeto de debate.

Los demandantes, entre el 16 y el 24 de agosto de 2016 presentaron solicitud de alta inicial/reanudación de prestación por desempleo al amparo del procedimiento de suspensión colectiva de contratos autorizado a la empresa Nylstar SAU, en virtud del cual los contratos de los trabajadores permanecieron suspendidos desde el 15/08/2016 hasta el 30/12/2016 (expediente administrativo). SEGUNDO. - Los demandantes desde se hallan en situación de jubilación parcial de modo que su

Fecha Recepción: 14/12/2022 - Fecha Revisión: 23/1/2023 - Fecha Aceptación: 24/1/2023
Pags. 113-118

jornada es de 262,80 horas/anuales. Dicha jornada por acuerdo entre las partes se acumuló de modo que el actor trabajó efectivamente durante 125 días laborables siguientes a la fecha de modificación de sus respectivos contratos. Aun así, los trabajadores percibieron de forma mensual su salario, realizándose también mensualmente las cotizaciones a la Seguridad Social (expediente administrativo). TERCERO. - Por resoluciones de octubre de 2016, el SPEE denegó la reanudación/alta inicial de la prestación por desempleo debido a que en el período de afectación del ERE de suspensión, los demandantes se encontraban en situación de jubilación parcial, habiendo acordado con la empresa la concentración de su jornada anual correspondiente durante 125 laborables, resultando de lo anterior que en el período de suspensión acordada por el ERE no habría habido pérdida de ocupación efectiva.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si el demandante ostenta el derecho a la prestación por desempleo por suspensión de la relación laboral que lo era a tiempo parcial, por pasar a jubilación parcial, habiendo acumulado y atendido las horas de servicio con anterioridad a la suspensión que acordó la empresa y por lo tanto no trabaja en el momento de suspensión del contrato de trabajo, aunque la empresa le siga abonando el salario mensual y cotizando a la Seguridad Social.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

La cuestión suscitada en el recurso ha sido ya resuelta por el Alto Tribunal, en recursos de unificación de doctrina en los que se invoca la misma sentencia de contraste (SSTS de 4 de noviembre de 2020; Rcud. 3375/2018; de 11 de noviembre de 2020, Rcuds. 3376/2018, 3385/2018, 3247/2018 y 3337/2018 y de 11 de mayo de 2022, Rcud. 559/2019), en el sentido de rechazar como correcta la doctrina de la sentencia referencial, habiendo confirmado, por el contrario, el criterio que la sentencia recurrida contiene y que, precisamente, es reproducción de un precedente que fue confirmado. Efectivamente, la STS de 11 de noviembre de 2020, rcud. 3247/2018, confirmó la sentencia del pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictada en el rec. 1792/18, y que constituye el sustento jurídico de la aquí recurrida. En aquella, partiendo de los mismos preceptos legales que aquí se denuncian como vulnerados, se dijo lo siguiente que no es posible hablar de situación legal de desempleo en quién ha atendido la jornada concertada y ha percibido por ello su salario, sin que la suspensión de la relación laboral que se haya adoptado por la empresa tenga la condición que exige el concepto de situación legal de desempleo, en la que no hay prestación de servicios ni se percibe salario. El trabajador ha desarrollado la actividad laboral con la correspondiente contraprestación al haber acumulado toda la que tenía que atender en un momento en el que no existía ninguna situación afectada por ERTE, y que, de no existir esa acumulación no hubiera podido llevarla a cabo en caso de haberse suspendido dicha relación, dejando de prestar los servicios y sin percibir el salario. Y en esa línea se ha dicho que "no concurre el requisito de la prestación por desempleo exigido por el artículo 203.2 LGSS-94 consistente el cese de la actividad del trabajador. No se ha producido una suspensión de su relación laboral porque la suspensión del contrato de trabajo exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (Artículo 45.2 ET) ". La aplicación de la anterior doctrina al caso nos permite entender que la solución alcanzada en la aquí recurrida es la ajustada a derecho por cuanto que los trabajadores había compactado el 15% de la jornada en los 125 días laborales posteriores a la jubilación parcial, de forma que en el periodo de 15 de agosto a 31 de diciembre de 2016 -espacio de tiempo de suspensión colectiva de los contratos- no había situación legal de desempleo que pudiera generar la prestación que se reclama ya que los trabajadores cubrieron debidamente su jornada y percibieron por ella su salario.

3. SOLUCIÓN ALTERNATIVA

En realidad, podríamos remitir a la disposición adicional 3ª del RD 1131/2002, relativa a las cotizaciones de los trabajadores contratados a tiempo parcial con trabajo concentrado en periodos inferiores a los de alta, que supone que, si el actor tiene una relación laboral indefinida a tiempo

parcial, la situación legal de desempleo se acreditará en los términos del art. 208.1, 2 o 3 LGSS, es decir por la extinción, suspensión o reducción de la jornada laboral. Y como los trabajadores acreditan que su relación laboral se ha suspendido, procedería reconocer el derecho a percibir las prestaciones por desempleo.

En este sentido, la acumulación o la concentración de los períodos derivados de la jornada laboral pactada en jubilación parcial es una práctica relativamente frecuente, si bien sin una cobertura normativa expresa. Sin embargo, como se deriva de la STS UD 29.03.2017 -Rec. 2142/2015-, con el precedente de la STS UD 19.01.2015 -Rec. 627/2014-, esta posibilidad -"al legal"- determina una evidente complejidad aplicativa en el terreno contractual, como el caso analizado pone en evidencia[1].

En efecto, podríamos compartir la solución que nos ofrece el Alto Tribunal si a lo largo del período acumulado -con jornada completa- la retribución del trabajador hubiera sido la íntegra, limitándose posteriormente la empresa únicamente a cumplir con sus obligaciones de cotización y con el abono de las pagas extraordinarias. En este supuesto no habría ninguna obligación de sustituir las rentas correspondientes a través de la prestación de desempleo en el caso de un ERTE suspensivo, pudiéndose incluso alegar que su cobro constituiría un enriquecimiento injusto. Ahora bien, si a lo largo del tiempo de compactación la persona afectada sólo ha percibido el salario correspondiente al tiempo parcial acordado y lo ha seguido haciendo a lo largo de todo el tiempo de duración de la jubilación parcial es evidente que la equivalencia retributiva ponderada que se deriva del marco regulador de la prestación ahora analizada quebraría, dado que la parte de retribución correspondiente a la suspensión a pagar por la empresa no existiría. Hay que hacer especial énfasis en la consideración de que el riesgo protegido por la prestación de desempleo no es la pérdida del trabajo, sino de las rentas que el trabajo asalariado comporta.

Pues bien, en el presente caso la empresa y trabajador acordaran el pago salarial a lo largo de todo el período de jubilación parcial a razón del 15 por ciento de la jornada. No enerva dicha conclusión el hecho de que el art. 47 ET contemple efectos suspensivos tanto de la prestación laboral, como del salario.

En consecuencia, es claro y evidente que, si bien el trabajo efectivo se acumuló en jornada completa antes de la suspensión del art. 47 ET, la retribución contractual con cargo a la empresa no se compactó en dicho período, sino que se pagó periódicamente a razón de la jornada a tiempo parcial. Por tanto, la resolución administrativa denegatoria privó al demandante de las rentas de sustitución correspondientes de la prestación por desempleo.

Ahora bien, esta lógica hermenéutica sitúa los términos del debate no tanto en relación a los arts. 262.2 y 267.1 b) 1º LGSS, sino respecto al art. 47 ET. Así, habrá que indicar que tras la reforma legal operada por el RDL 3/2012 la decisión suspensiva -o de reducción de jornada- es ahora competencia unilateral de la empleadora, sin intervención administrativa, debiendo sin embargo cumplirse con los requisitos de negociación que se observan en la citada norma estatutaria. En esta tesitura la ley prevé un trámite de información a la autoridad laboral, que ha dado traslado al SPEE, en forma tal que, si existe acuerdo en el período de consultas, la entidad gestora debe solicitar a la autoridad laboral que formule procedimiento de oficio por la vía del art. 148 b) LRJS, si considera que no existe "causa motivadora de la situación de desempleo" (art. 47.1 ET).

De esta forma el marco legal vigente determina que el requisito de acceso a la prestación de desempleo se sitúe en el propio acto decisorio de la empresa una vez cumplidos los requisitos legales, como se deriva del art. 267.3 a) LGSS. En esta tesitura parece claro que la entidad gestora podrá

[1] López Insua, B.M., "La jubilación parcial", Monereo Pérez, J.L. y López Cumbre, L. (Dirs.), *La pensión de jubilación*, Comares, Granada, 2015, Martín Jiménez, R., "Jubilación parcial y acumulación de jornada", *Información Laboral*, Núm. 5, 2015, Martínez-Botello, P., "Sobre la acumulación de la totalidad de la jornada de trabajo en los contratos de jubilación parcial anticipada", *Información Laboral*, Núm. 10, 2014, Álvarez Cuesta, H., "Jubilación parcial con contrato de relevo o jubilación anticipada sin coeficiente reductor", *Revista IUSLabor* 2, 2017.

denegar la prestación por no cumplirse los requisitos legales de carencia, encuadre y demás exigencias del art. 266 LGSS. Ahora bien, difícilmente -al menos, si existe acuerdo- podrá negar la existencia de hecho causante (al igual que tampoco podrá negar la declaración judicial de extinción del contrato por la vía del art. 50 ET): por tanto, si considera que la persona asalariada no tiene el derecho a la prestación deberá instar el procedimiento de oficio, sin que concurra autotutela administrativa[2].

4. CONCLUSIONES

Sabido es que existen empresas que han venido siguiendo la práctica de acumular las jornadas de los trabajadores que accedían a la situación de jubilación parcial en el primer año o primeros meses de vigencia de la misma. De este modo, los jubilados parciales concentran la prestación de sus servicios durante el primer año del contrato, desvinculándose de la actividad productiva de la empresa durante el resto de su relación laboral hasta la fecha de su jubilación total, si bien durante ese tiempo mantienen la retribución y alta y cotización en la Seguridad Social. Los órganos gestores de la Seguridad Social, la Inspección de Trabajo y los Tribunales venían interpretando esta práctica como constitutiva de un fraude de ley por parte de las empresas dado que, de facto, ello supone la extinción del vínculo laboral con el trabajador y, por tanto, estaríamos realmente ante el supuesto de la anticipación de la jubilación, con la consiguiente incidencia en la pensión, esto es, la necesaria aplicación de los coeficientes reductores según la edad de verdadero cese en la actividad laboral. La regulación legal de la figura de la jubilación parcial no da respuesta a esta situación, pues la única previsión normativa al respecto la encontramos en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial así como la jubilación parcial, que alude a la posibilidad de que empresa y trabajador puedan acordar que las horas anuales del contrato de jubilación parcial se realicen de forma concentrada en determinados períodos de cada año; es decir, la norma admite expresamente la acumulación anual de la jornada, pero no dice nada acerca de la acumulación interanual. Hasta ahora había solo algún pronunciamiento judicial muy aislado que, partiendo del análisis de la incidencia de esta práctica en la validez del contrato de relevo a la hora de su extinción, contradecía el criterio mayoritario sosteniendo la validez de la acumulación interanual de la jornada del jubilado parcial. El Tribunal Supremo parece haber zanjado esta cuestión en su Sentencia de 19 de enero de 2015, en la que analiza la validez de la extinción de un contrato de relevo en un supuesto en el que el trabajador relevado concentró su jornada reducida del 15% en los nueve meses siguientes a la celebración del contrato de relevo y la jubilación parcial, sin prestar servicios después de ello, pero manteniéndose en alta en la empresa, la cual continuó cotizando por él hasta la fecha de su jubilación total. La respuesta del Tribunal Supremo en este caso es la validez de la extinción del contrato de relevo una vez alcanzada por el relevado la edad de jubilación ordinaria; y ello por cuanto considera que el contrato de relevo debe ajustarse al cumplimiento de sus propios requisitos formales y materiales, por lo que, cumplidos estos, la extinción del mismo, llegada la fecha de su vencimiento debe calificarse como una válida extinción del contrato temporal. Y a ello añade, respecto a la existencia o no de fraude en el contrato de jubilación parcial cuando la prestación de servicios se concentra en un determinado lapso de tiempo, aunque ciertamente no es el núcleo del debate, que, si bien se trata de una situación anómala, no es fraudulenta. Para alcanzar tal convicción el Tribunal Supremo parte del concepto propio de "jubilación", según el cual consiste en una situación de necesidad generada por la ausencia de rentas salariales determinada por el cese en el trabajo a causa de la edad y acompañada del cese en las cotizaciones. Pues bien, el Alto Tribunal concluye en el caso debatido que no puede entenderse que exista una jubilación anticipada del trabajador relevado porque ha continuado el percibo de la retribución, el trabajador relevado ha persistido en alta en la Seguridad Social y se ha mantenido el ingreso de las correspondientes cotizaciones durante el período que media

[2] López Gandía, J., *La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014. Ortiz González-Conde, F.M., "La jubilación parcial, flexible y activa como fórmulas para el envejecimiento activo", *Revista Derecho Social y Empresa*, nº. 10, 2019. Segoviano Astaburuaga, M.L., "Criterios jurisprudenciales entorno a la jubilación parcial", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº. 22, 2010.

entre la jubilación parcial y la edad ordinaria de jubilación. La resolución es relevante porque, pese a que tenía por objeto analizar la validez y posterior cese del contrato del trabajador relevista, descarta la existencia de un fraude de ley derivado de la práctica de la acumulación interanual de la jornada del jubilado parcial, si bien califica esta práctica como un "supuesto anómalo".

Vemos que el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de enero de 2015 no resolvía expresamente la cuestión indicada, ya que se pronunciaba sobre la legalidad del contrato del relevista a pesar de la concentración de la jornada del jubilado parcial en un único periodo, no sobre la legalidad de dicha concentración. En cambio, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2017 sí se pronuncia expresamente sobre la práctica señalada, concluyendo que la misma no es ilegal si media acuerdo con el jubilado parcial al respecto. Y los argumentos en los que el Tribunal Supremo fundamenta su Sentencia son los siguientes:

La ausencia de específico tratamiento normativo de la concentración de la jornada del jubilado parcial en un único periodo no implica ilegalidad alguna, sino que, partiendo de la libertad de pacto que impera en nuestra legislación, tal consecuencia de ilegalidad solo es sostenible cuando media fraude, el cual no concurre en el caso analizado por los motivos que a continuación se exponen.

Se cumplen las finalidades de la jubilación parcial que atienden al mercado de empleo y a las necesidades financieras, por cuanto, en relación a las primeras, se mantiene la vigencia del contrato de relevo hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación del jubilado parcial y, en lo que respecta a las segundas, y pese a la concentración de la jornada, se ingresan las cotizaciones de todo el periodo de jubilación parcial hasta la jubilación ordinaria del trabajador jubilado parcialmente, así como las del trabajador relevista hasta la finalización de su contrato.

También se entiende cumplida la finalidad de acceso paulatino a la jubilación, señalando a este respecto que esta finalidad está prevista en exclusivo beneficio de quien se jubila y éste es el que precisamente renuncia a ese escalonado cese en el trabajo.

Finalmente, en la situación de jubilación parcial, aunque se concentre la jornada de todo el periodo de jubilación parcial en el primer año, el jubilado parcial sigue recibiendo sus retribuciones, persiste su alta en Seguridad Social y el ingreso de las cotizaciones, todo ello prorrateado durante todo el periodo de jubilación parcial.

En definitiva, la Sentencia avala la legalidad de la práctica de concentrar la jornada de todo el periodo de duración de la jubilación parcial en el primer año, siempre que, mediando acuerdo al respecto con el jubilado parcial, se cumplan los demás requisitos de la jubilación parcial (mantenimiento del contrato del relevista hasta la jubilación ordinaria del jubilado parcial y que el jubilado parcial siga recibiendo sus retribuciones, persista su alta en Seguridad Social y el ingreso de las cotizaciones, todo ello prorrateado durante todo el periodo de la jubilación parcial)[3].

Pues bien, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial arriba expuesta, es lícito que empresa y trabajador pacten el acceso a la jubilación parcial anticipada acumulando las horas a trabajar (ya sea en el primer año de jubilación parcial, o en cada uno de los años que falten hasta la jubilación). La acumulación de la jornada en la jubilación parcial supone que el trabajador jubilado parcial, fuera del período en que se concentra su jornada, estará sin trabajar y quedará desvinculado de la actividad productiva de la empresa. Hemos dicho ya que el TS permite que empresas y trabajadores pacten la acumulación de todas las horas en los primeros meses del primer año. De ese modo se deja de trabajar definitivamente una vez se presten los servicios durante las horas acumuladas. En todo caso,

[3] López Insua, B.M., "La jubilación parcial", Monereo Pérez, J.L. y López Cumbre, L. (Dirs.), *La pensión de jubilación*, Comares, Granada, 2015, Martín Jiménez, R., "Jubilación parcial y acumulación de jornada", *Información Laboral,* Núm. 5, 2015, Martínez-Botello, P., "Sobre la acumulación de la totalidad de la jornada de trabajo en los contratos de jubilación parcial anticipada", *Información Laboral*, Núm. 10, 2014, Álvarez Cuesta, H., "Jubilación parcial con contrato de relevo o jubilación anticipada sin coeficiente reductor", *Revista IUSLabor* 2, 2017.

la cotización sí que se deberá repartir a lo largo de todo el año mientras no se extinga la relación laboral (con independencia de la forma de abono del salario)".

Esto es lo que ocurre en el presente supuesto, en el cual los trabajadores desarrollaron en forma completa su jornada parcial derivada de la jubilación parcial durante los primeros meses del año, más concretamente en los primeros 125 días laborables posteriores a la jubilación parcial. Su contrato de trabajo quedó afectado por el expediente de suspensión de contratos 30/2016 de la empresa, concretamente entre los días 15 de agosto de 2016 y 31 de diciembre de 2016. Pese a la acumulación de jornada, la empresa venía satisfaciendo a la actora, previamente a la suspensión de contratos, una remuneración mensual de 331,21 euros, que se deja de percibir en el período de suspensión, excepto las pagas extras en forma proporcional, manteniendo en todo momento las cotizaciones correspondientes. Por lo tanto, la prestación por desempleo sí que viene a sustituir las rentas que percibían los trabajadores.

5. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Cuesta, H., "Jubilación parcial con contrato de relevo o jubilación anticipada sin coeficiente reductor", *Revista IUSLabor* 2, 2017.

López Gandía, J., *La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014.

López Insua, B.M., "La jubilación parcial", Monereo Pérez, J.L. y López Cumbre, L. (Dirs.), *La pensión de jubilación*, Comares, Granada, 2015.

Martínez-Botello, P., "Sobre la acumulación de la totalidad de la jornada de trabajo en los contratos de jubilación parcial anticipada", *Información Laboral*, Núm. 10, 2014.

Martín Jiménez, R., "Jubilación parcial y acumulación de jornada", *Información Laboral*, Núm. 5, 2015.

Ortiz González-Conde, F.M., "La jubilación parcial, flexible y activa como fórmulas para el envejecimiento activo", *Revista Derecho Social y Empresa*, nº. 10, 2019.

Segoviano Astaburuaga, M.L., "Criterios jurisprudenciales entorno a la jubilación parcial", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº. 22, 2010.

nº 34 (1er Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

A vueltas con la orfandad absoluta. El incremento del porcentaje de la pensión al huérfano con progenitor supérstite privado de la patria potestad. Comentario a la STS del 7 de septiembre de 2022

The question of absolute orphanhood. The increase of the pension percentage for orphans with a surviving parent deprived of parental authority. Commentary on the STS of 7 September 2022

Patricia Nieto Rojas[1] *Profesora Derecho del Trabajo y Seguridad Social*
Universidad Nacional de Educación a Distancia
https://orcid.org/0000-0003-3734-3392

Cita Sugerida: NIETO ROJAS, P.: «A vueltas con la orfandad absoluta. El incremento del porcentaje de la pensión al huérfano con progenitor supérstite privado de la patria potestad. Comentario a la STS del 7 de septiembre de 2022». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 34 (2023): 119-130

Resumen

El incremento de la pensión de orfandad, por la pérdida de los medios de vida que constituyen para el huérfano las rentas de trabajo o las rentas sociales del causante (madre), unida a la pérdida o inexistencia de renta social del progenitor supérstite, supone un "estado de necesidad agravado" que se trata de compensar con la prestación de orfandad absoluta. En el pronunciamiento aquí analizado (STS 7 de septiembre de 2022) se reconoce la pensión absoluta al huérfano, aun estando uno de sus progenitores vivos al que la justicia ha retirado la patria potestad, entendiendo que es idéntica la situación de necesidad que las que se tuvieron en consideración en la modificación del art. 38 del decreto.

Palabras clave

orfandad absoluta; pensión; patria potestad; progenitor supérstite

Abstract

The increase in the orphan's pension, due to the loss of the orphan's livelihood, which is the income from work or the social income of the deceased (mother), together with the loss or non-existence of the surviving parent's social income, represents an "aggravated state of need" which is compensated by the orphan's benefit. In the pronouncement analysed here (STS 7 September 2022), the absolute pension is recognised for orphans, even when one of their parents is alive and has been deprived of parental authority by the courts, on the understanding that the situation of need is identical to those taken into consideration in the amendment of Art. 38 of the decree.

Keywords

absolute orphanhood; pension; parental authority; surviving parent

1. INTRODUCCIÓN: EL INCREMENTO DEL PORCENTAJE DE PENSIÓN DE ORFANDAD EN DETERMINADOS SUPUESTOS

La pensión de orfandad protege directamente a los hijos del causante, normalmente con carácter temporal, hasta que estos adquieren la edad suficiente para obtener sus propios ingresos, aunque la protección puede ser vitalicia si el huérfano estuviera incapacitado para el trabajo. La exigua cuantía de esta pensión (20% base reguladora, con carácter general) obedece, según la mejor doctrina[2], a una opción política, es decir, "la pensión de orfandad se configura por el legislador como

[1] Este trabajo es el resultado del proyecto dirigido por la profesora Molero Marañon, "Ser mujer en el mercado de trabajo", (RTI2018-095398-B-I00).

[2] Desdentado Daroca, E. "Las paradojas del acrecimiento de la pensión de orfandad: sobre la necesidad de un criterio autónomo para la protección de los huérfanos", *Revista española de derecho del trabajo*, Nº 149, 2011, p. 144.

Fecha Recepción: 3/2/2023 - Fecha Revisión: 24/2/2023 - Fecha Aceptación: 25/2/2023
Pags. 119-130

parte de una protección íntegra al núcleo familiar: se protege poco al huérfano porque éste cuenta con los ingresos del otro progenitor, que normalmente será beneficiario de la pensión de viudedad (…). Por esta razón, cuando el otro progenitor también ha fallecido o fallece posteriormente, el legislador prevé el incremento de la pensión de orfandad, que acrece su porcentaje con el de la viudedad. El acrecimiento se concibe como una técnica de transferencia de derechos, de forma que el huérfano «sucede» a la viuda o viudo en su derecho a la pensión, aumentando la protección para que resulte suficiente"[3].

El porcentaje de la pensión de orfandad se incrementará con el correspondiente a la pensión de viudedad cuando a la muerte del causante no quede cónyuge sobreviviente o cuando el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de esta. El marco regulador se completa en el Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo[4], por el que se modifica el art. 38 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre[5], por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, para, entre otras cosas, posibilitar el percibo de la cuantía correspondiente a la pensión de orfandad absoluta -52% de la base reguladora- también en algunos supuestos en los que existe un progenitor supérstite. Y así, se incrementará la pensión de orfandad, cuando el progenitor superviviente hubiera perdido la condición de beneficiario de la pensión de viudedad a tenor de lo establecido en el apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género[6], que señala que:

Quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del sistema público de pensiones cuando la víctima de dichos delitos fuera la causante de la pensión, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos. En tales casos, la pensión de viudedad que hubiera debido reconocerse incrementará las pensiones de orfandad, si las hubiese, siempre que tal incremento esté establecido en la legislación reguladora del régimen de Seguridad Social de que se trate.

A quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, o estuviera o hubiera estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, no le será abonable, en ningún caso, la pensión por orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos dentro del Sistema Público de Pensiones, salvo que, en su caso, hubiera mediado reconciliación entre aquellos.

Con esta decisión, la voluntad del legislador ha sido incrementar la pensión del huérfano en los supuestos en que el progenitor supérstite haya sido autor de la muerte de la persona causante de la pensión. Varias son las razones que justifican la aplicación de esta solución:

De una parte, se trata de un supuesto asimilado a otros que contempla este mismo precepto en los que la inexistencia de beneficiario de pensión de viudedad determina el incremento de la pensión de orfandad.

De otra parte, atiende a la desvinculación que el huérfano desarrolla respecto del progenitor supérstite, no solo por el alejamiento físico que comporta el cumplimiento de la condena, sino también

[3] El referido incremento estaba previsto en el derogado art. 36.2 del Reglamento General de Prestaciones Económicas y en el art. 17.2 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, derogado por el RD 296/2009, de 6 de marzo.

[4] BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2009.

[5] BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1966.

[6] BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

por el rechazo emocional que generalmente le producirá, equiparando su situación a la del huérfano absoluto, esto es, «como si su padre también hubiera muerto»[7].

La mejor protección dispensada a los huérfanos de víctimas de violencia de género[8] ha de considerarse una medida alineada con lo dispuesto en el artículo 5.2 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, aprobado en Estambul el 11 de mayo de 2011, ratificado por España en el año 2014[9]. Dicho precepto obliga a sus signatarios a tomar las medidas necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia, incluidos en el ámbito de aplicación del convenio y aunque ciertamente, en el ordenamiento jurídico español, la Ley Orgánica 1/2004 fue aprobada con el firme propósito de actuar contra «la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas 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» (cfr. artículo 1.1), ha sido necesaria una profunda revisión de la misma tanto en relación a los medios de acreditación de la condición como respecto a la regulación en materia de Seguridad Social.

La primera revisión de calado se produjo a través del Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, concretamente en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004 al concretar y ampliar los títulos habilitantes para acreditar la condición de víctima de violencia de género, especialmente, al permitir títulos no judiciales para los casos en los que no hay denuncia y, en consecuencia, tampoco se haya iniciado un proceso judicial. Esta medida no solo es coherente con lo dispuesto en el artículo 18.4 del Convenio de Estambul que recuerda que «la prestación de servicios no debe depender de la voluntad de las víctimas de emprender acciones legales" sino que es un factor esencial para mejorar la eficacia de la respuesta institucional, máxime si tenemos presente que un elevado porcentaje de las víctimas no denuncia la situación de maltrato que sufre. Es muy elocuente, a este respecto, el dato contenido en el informe sobre víctimas mortales de violencia de género, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial: el 80% de las mujeres asesinadas no había denunciado previamente a su agresor, de ahí la urgencia y la necesidad de proceder a ampliar los mecanismos de acreditación de las situaciones de violencia de género[10].

La reforma operada en el art. 23 LO 1/2004 supone que la acreditación de las situaciones de violencia pueda hacerse bien tras una sentencia condenatoria, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género pero también podrá acreditarse la condición mediante un informe de los servicios sociales, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente 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. El Gobierno y las Comunidades y Ciudades Autónomas aprobaron, en la Conferencia Sectorial de Igualdad, celebrada

[7] Miñarro Yanini, M. "Las otras víctimas de la violencia de género; pensión de orfandad absoluta para la hija superviviente. Comentario a la Sentencia 41/2014, de 24 de enero, del Juzgado de lo Social n.º 3 de Almería". *CEF. RTSS*, nº 375, 2014, p. 158.

[8] En relación con la pensión de viudedad, Nieto Rojas, P. "Violencia de género y pensión de viudedad: Nuevamente sobre los medios para la acreditación de la condición", *Revista española de derecho del trabajo*, N.º. 254, 2022, págs. 159-166

[9] Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

[10] CGPJ (2018). Informe sobre víctimas mortales de violencia de género en el ámbito de la pareja o expareja. Consejo General del Poder Judicial, p. 6. Accesible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Violencia-domestica-y-Violencia-de-genero/Victimas-mortales-de-violencia-de-genero-y-violencia-domestica-en-ambito-de-la-pareja-o-ex-pareja/

el 3 de abril de 2019, el modelo común para la acreditación de la situación de violencia de género y también hicieron pública la relación de servicios sociales, servicios especializados y servicios de acogida que en cada Comunidad y Ciudad Autónoma acreditan la situación de violencia de género[11], siendo esta certificación el instrumento que habilita el acceso al conjunto de derechos de protección que la normativa contempla, debiendo aplaudir que se hayan ampliado las fórmulas para poder probar esta condición, significadamente a través de los informes de los servicios sociales o sanitarios[12].

La flexibilidad en los medios de acreditación también se proyecta en la normativa de Seguridad Social, siendo la modificación más relevante a este respecto la que se produjo a través de la Disposición final 3ª (apartado décimo) de la de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010[13], al introducir como beneficiarias "incondicionadas"[14] de la pensión de viudedad a las mujeres que acrediten ser víctimas de violencia de género sin que les resulte exigible el cumplimiento de los requisitos generales predicados para el resto de mujeres divorciadas o separadas judicialmente, significadamente sin necesidad de ser acreedora de la pensión compensatoria, pues, en demasiadas ocasiones, esta falta de pensión "no obedece en esos casos a razones económicas sino a motivos de autodefensa y protección"[15]. Es el art. 220.1 LGSS- segundo párrafo- el que refiere que para tener derecho a la pensión (de viudedad) "se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y esta quedará extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última". Este último requisito se exceptúa en el párrafo tercero del artículo 220.1 del LGSS para "las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho".

Esta misma excepción se contiene en el art. 221 LGSS para quienes cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 219 LGSS "se encuentren unidos al causante en el momento de su fallecimiento como pareja de hecho". La exención de este requisito actúa siempre, es decir, tanto en los supuestos en los que nunca se hubiera reconocido la pensión como si, reconocida inicialmente, esta se hubiera extinguido antes del fallecimiento del causante[16]; es más, la expresión utilizada en el texto legal «en todo caso» supone que el reconocimiento del derecho a la pensión a las mujeres que acrediten ser víctimas de violencia es incondicionado, debiendo reconocerse incluso a aquellas beneficiarias que hubieran vuelto a contraer nupcias o hubieran formalizado una unión como pareja de hecho con otra persona[17].

[11] Resolución de 2 de diciembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Igualdad, de 11 de noviembre de 2021, relativo a la acreditación de las situaciones de violencia de género, BOE» núm. 297, de 13 de diciembre de 2021.

[12] Una panorámica de las diferentes regulaciones autonómicas puede consultarse en García Testal, E. "Violencia de género y pensión de viudedad: la acreditación de las situaciones de violencia de género", *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 8, Nº. 2, 2018, p. 138, especialmente nota al pie número 37.

[13] BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2009

[14] En acertada expresión de Talens Visconti, E. "La pensión compensatoria como requisito de acceso a la pensión de viudedad", *Actualidad jurídica iberoamericana*, Nº. 5, 2, 2016, p. 243.

[15] STSJ Cataluña 15.2.2012, (Rec. 6485/2010).

[16] STS 5.2.2013 (Rec. 929/2012).

[17] López Rodríguez, J., El derecho a la pensión de viudedad de las víctimas de violencia de género en supuestos de separación o divorcio, *Protección a la Familia y Seguridad Social: Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, Vol. 2, 2018, ISBN 978-84-949189-4-0, págs. 259-274.

La tercera modificación, que recogía y actualizaba una antigua previsión[18], incorporada en el artículo 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social[19], fue introducida en la Disposición Adicional Primera de la LO 1/2004, que vino a determinar que quién fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones[20], perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le pudiera corresponder, salvo que hubiere mediado reconciliación entre ellos. En tales casos, la pensión de viudedad que hubiera debido reconocerse incrementará las pensiones de orfandad, si las hubiese, siempre que tal incremento esté establecido en la legislación reguladora del régimen de Seguridad Social de que se trate. Proseguía el apartado segundo de la referida disposición señalando que "a quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, o estuviera o hubiera estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, no le será abonable, en ningún caso, la pensión por orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos dentro del Sistema Público de Pensiones, salvo que, en su caso, hubiera mediado reconciliación entre aquellos".

El incremento de la cuantía de la pensión de orfandad para los huérfanos de víctimas de violencia de género es una medida que necesariamente ha de aplaudirse, máxime cuando, en nuestro ordenamiento, la exigua cuantía de esta pensión (20% de la base reguladora), rara vez consigue el objetivo de suplir la ausencia del sustentador en una situación paternofilial de dependencia económica.

El régimen jurídico de la pensión de orfandad reconocida a los hijos de las víctimas de violencia de género fue objeto de reforma en la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer[21], que modifica el art. 224 LGSS para incrementar la cuantía de esta prestación hasta el 70 por ciento de su base reguladora[22], 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.

En esta norma se da carta de naturaleza a un subtipo dentro de las pensiones de orfandad, cuya financiación irá a cargo de los Presupuestos Generales del Estado (DA 1 Ley 3/2019), para la protección de los huérfanos de mujeres que no se encontrasen en alta o situación asimilada al alta o no tuvieran cotizaciones suficientes para generar la pensión el momento del hecho causante; hecho que, en la nueva redacción dada al art 224 LGSS, se vincula al fallecimiento producido por violencia contra la mujer (en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España).

Dicha prestación tendrá como beneficiarios a cada uno de los hijos e hijas de la causante fallecida, en régimen de igualdad, cualquiera que sea la filiación, que se hallen en circunstancias equiparables a una orfandad absoluta y no reúnan los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad. Y en lo que hace a su cuantía, ha sido el Real Decreto 1058/2022, de 27 de diciembre, sobre

[18] Monereo Pérez, J.L; Rodríguez Iniesta, G.; "Género y Seguridad Social (I). La Seguridad Social ante las víctimas de Violencia de Género", *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 11, 2. º trimestre, 2017, p. 19.

[19] BOE núm. 46, de 23 de febrero de 1967

[20] Sobre el alcance de esta previsión, Desdentado Daroca. E.; *La pensión de viudedad ante los retos del nuevo derecho de familia: un estudio crítico para una prestación en crisis*. Albacete: Bomarzo, 2013, p. 161.

[21] BOE núm. 53, de 2 de marzo de 2019.

[22] Véanse las atinadas críticas a esta reforma en Monereo Pérez, J.L.; Rodríguez Iniesta, G..; "Género y Seguridad Social (II). Nuevas propuestas de reforma de la protección a la supervivencia de la Seguridad Social derivadas de situaciones de violencia de género", *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 12, 2. º trimestre, 2017, p. 24.

revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2023[23], el que ha mejorado esta al señalar que "las prestaciones de orfandad causadas por violencia contra la mujer previstas en el tercer párrafo del artículo 224.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social experimentarán en 2023 un incremento igual al que se apruebe para el salario mínimo interprofesional para dicho año".

Más recientemente, la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género[24], modifica nuevamente la legislación de Seguridad Social para contemplar dos situaciones: en primer lugar, para determinar qué ocurre cuando el agresor por violencia de género es distinto de la persona progenitora de los niños y niñas huérfanos, pues si es el progenitor el que se hace cargo de la responsabilidad parental, no se estaría ante una situación de orfandad absoluta y, por tanto, el menor no tiene acceso al incremento de la pensión. Esta decisión legal no valoraba si el progenitor supérstite podía encontrarse en situación de vulnerabilidad económica; pues bien, la modificación aprobada contempla la percepción de la pensión de orfandad en la cuantía incrementada en tanto los ingresos de aquél no superen el límite establecido, suspendiéndose en otro caso.

En segundo lugar, se introduce en la ley una presunción de abandono de responsabilidad familiar, para lo cual se modifica el art. 224 -apartado segundo- LGSS en el sentido de presumir "la orfandad absoluta cuando se hubiera producido abandono de la responsabilidad familiar del progenitor supérstite y se hubiera otorgado el acogimiento o tutela de la persona huérfana por violencia contra la mujer a favor de terceros o familiares, así como en otros supuestos determinados reglamentariamente". Con esta decisión se eliminan algunas disfunciones que el tejido asociativo de atención a las víctimas de violencia de género había advertido, en particular "en relación con los trámites sucesorios derivados de la pérdida de sus madres, donde las huérfanas y huérfanos de la violencia de género y sus familias encuentran importantes trabas para hacer valer los derechos que, como herederos de sus madres fallecidas, les corresponden"[25]. De este modo, aun existiendo progenitor supérstite, el otorgamiento de acogimiento o tutela a favor de familiares o de terceros será un criterio suficiente para entender acreditada la situación de orfandad absoluta.

En definitiva, el incremento de la pensión de orfandad está caracterizado por la ausencia de ambos progenitores salvo excepcionalmente (orfandad absoluta asimilada o impropia), en supuestos de progenitor sobreviviente desconocido o maltratador[26], lo que hace presumir la concurrencia de un estado de necesidad agravada que justifica una mayor intensidad de las prestaciones a reconocer, materializada en una cuantía mayor de la pensión. Ahora bien, los incrementos de las pensiones de orfandad, en ningún caso, podrán dar lugar a que se supere el límite establecido en el apartado 1 del artículo 229 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 lo sucesivo, LGSS)[27]-, para las pensiones por muerte y supervivencia, de modo que no podrá exceder del importe de la base reguladora que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 161.2, en función de las cotizaciones efectuadas por el causante. Esta limitación se aplicará a la determinación inicial de las expresadas cuantías, pero no afectará a las revalorizaciones periódicas de las pensiones que procedan en lo sucesivo, conforme a lo previsto en el artículo 58 de la precitada ley.

[23] BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2022.

[24] BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2022.

[25] Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2022).

[26] La STS 29-1-2014, Rº. 1122/2013, reiterada en varias posteriores, desestima el recurso en la que se solicitaba el incremento del 52% de la pensión de orfandad, a favor de una huérfana de padre, sin que la madre tuviera reconocida la pensión de viudedad por no haber estado casada, ni haber constituido pareja de hecho con el causante en los términos establecidos en el art. 174.3 LGSS.

[27] BOE núm. 261, de 31de octubre de 2015.

2. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

La DA 2ª de la Ley 3/2019 señalaba que el Gobierno, en el plazo de tres meses "realizará un estudio con la finalidad de analizar y abordar de manera adecuada otros supuestos de orfandad absoluta que pudieran no encontrarse suficientemente protegidos. Dicho estudio incluirá propuestas de idéntica cuantificación económica". Comoquiera que este mandato no se ha cumplido, han tenido que ser los Tribunales los que hayan ido protegiendo idénticas situaciones de necesidad no previstas en la norma, sirviéndose de una interpretación analógica. Este es el caso de la sentencia aquí analizada, STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 700/2022 de 7 septiembre, RJ\2022\4073[28].

En ella, el TS entiende que si bien la interpretación literal del término «orfandad absoluta» viene referida al menor al que se le han muerto el padre y la madre, una interpretación finalista ha de llevar a incluir los supuestos en que el progenitor no causante ha sido privado de la patria potestad[29], por ser una situación análoga a la del huérfano cuyo otro progenitor vivo ha sido condenado por violencia de género y, por tanto, no percibe pensión de viudedad, y la del huérfano de un solo progenitor conocido, previstas en el art. 38.2 del Reglamento general de prestaciones de la Seguridad Social. Señala el pronunciamiento que "tenemos a un menor que no está sometido a patria potestad alguna, de manera que resulta evidente la existencia de una situación de necesidad análoga los casos de orfandad absoluta o con progenitor desconocido, al menos en tanto no se produzca la modificación de la medida extrema en que consiste la privación de la patria potestad. Es obvio que el legislador no puede recoger todas y cada una de las posibilidades que se presentan en la práctica y tampoco que no se pueden dejar sin protección situaciones como la presente, que ha de comprenderse por vía de la analogía en el artículo 38 del Reglamento general de prestaciones, pues a efectos prácticos es como si el menor desde su nacimiento solo hubiera tenido un progenitor (su madre) que era la única que cumplía con las obligaciones que le impone la patria potestad".[30]

Se ha de tener en cuenta a este respecto que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, se considerará situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. En particular se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor, especialmente ante el abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, bien porque estas no quieran o no puedan ejercerla.

Una interpretación finalista y analógica a la luz del principio del interés superior del niño es el argumento utilizado por la sentencia comentada para incrementar la base reguladora de la pensión de orfandad en los supuestos en los que el progenitor no causante ha sido privado de la patria potestad. Esta circunstancia es calificada como una situación análoga a la del huérfano cuyo otro progenitor

[28] ECLI: ECLI:ES:TS: 2022:3490

[29] Hasta la aprobación del Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia, era causa de extinción de la pensión de viudedad, conforme establecía el art. 11 Orden de 13 de febrero de 1967, por el que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social, la pérdida o privación de la patria potestad, en virtud de alguna de las causas previstas en los artículos 169 y 171 del Código Civil, o ausencia que implique abandono de los hijos, siempre que, en ambos casos, la viuda hubiese tenido derecho a la pensión por encontrarse en la situación prevista en el apartado c), c´), del número 1 del artículo 7.

[30] La doctrina judicial había reconocido este incremento, entre otras, en las STSJ Comunidad Valenciana 28-1-2021 (Rº 1146/2020) con cita de STSJ Galicia de 15-9-2009, Rº 2967/2006 así como Asturias 25-6-2010, Rº 723/2010, considerando que la situación fáctica con privación de patria potestad e inexistencia de hecho del progenitor es incardinable en la norma, criterios estos que han sido también asumidos por STSJ Asturias 3-6-2011, Rº 963/2011, Cataluña 15-10-2008 , Rº 4923/2007, Castilla y León (Burgos), 15-6-2015, Rº 378/2015.

vivo ha sido condenado por violencia de género y, por tanto, no percibe pensión de viudedad, y la del huérfano de un solo progenitor conocido, previstas en el art. 38.2 del Reglamento general de prestaciones de la Seguridad Social, pues aunque ciertamente la solicitante no es huérfana en sentido absoluto, toda vez que uno de los progenitores sigue con vida, dicho sujeto ha venido desatendiendo de forma constante y reiterada las necesidades de la menor, tanto mientras vivía la madre como con posterioridad.

Partiendo de este relato fáctico, el Ministerio Fiscal entiende que el supuesto enjuiciado debe ser reconocido el incremento de la pensión de orfandad si el cónyuge supérstite ha sido privado de la patria potestad, atendiendo el art. 4.1 CC, que dispone que procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Interpretación que es acogida por la Sala al entender que "cabe apreciar dicha identidad" con los dos supuestos excepcionales que regula expresamente el artículo 38.2 del Reglamento general de prestaciones económicas de la Seguridad Social. Así, parece evidente que el motivo por el que la norma ha reconocido el incremento de la pensión de orfandad en los casos en los que no existe prestación de viudedad por violencia de género y por falta de conocimiento del progenitor no causante de la pensión de orfandad, es claramente atender una situación de necesidad, de especial vulnerabilidad del huérfano derivada de la absoluta desatención e incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 154 y ss. CC.

El pronunciamiento refuerza su interpretación atendiendo a lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño y el interés superior del menor, cuyo art. 3.1 señala que los tribunales deben atender al interés superior del niño en todas las medidas que les conciernen, mientras que el art. 26 atribuye a los Estados la obligación de reconocer a todos los niños el derecho a beneficiarse de la Seguridad Social y de adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con la legislación nacional. Así, "las prestaciones deberán concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre". Dicha convención, de conformidad con el art. 96 CE, forma parte del ordenamiento interno, como bien recuerda el art. 31 de la Ley 25/2014[31], de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales cuando establece que "las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional".

En el ámbito comunitario, es el 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[32] el que establece que "en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial"; principio que se ha normativizado en el ordenamiento interno en el art. 2.1 LO 1/1996[33], de acuerdo al cual "todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

El Alto Tribunal acaba reconociendo el derecho a la prestación de orfandad absoluta, entendiendo que "la existencia de un progenitor vivo que ha sido privado de la patria potestad del huérfano por sentencia firme en razón de la prolongada desatención a las necesidades del hijo, puede

[31] BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

[32] DOUE C-83/391 de 30 de marzo de 2010

[33] Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996).

constituir una "situación o circunstancia análoga", pues al hecho de que no hay quien perciba la pensión de viudedad, cuyo acrecimiento se pretende, se une un estado de necesidad derivado de la prolongada y acreditada desatención del padre.

Ahora bien, aun aplaudiendo esta doctrina jurisprudencial, conviene advertir que el sistema público de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, de manera que corresponde al legislador la tarea de delimitar la acción protectora del sistema, de decidir qué situaciones de necesidad se protegen, a través de qué mecanismos se articula la protección, su intensidad y las condiciones para el acceso a las prestaciones y para su pérdida (STC 126/1994). Utilizando este argumento, algunos recientes pronunciamientos, que niegan la acumulación del permiso por nacimiento en familias monoparentales, advierten que de las referencias existentes en la normativa internacional sobre el interés superior del menor "no puede deducirse el derecho a que la prestación quede configurada de tal manera a partir de preceptos tan genéricos como los que obligan a adoptar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas, puesto que si la concreción de dicho precepto se deja en manos de la mera interpretación judicial ello equivaldría a trasladar la potestad legislativa a los órganos judiciales, lo que excede con mucho el alcance interpretativo que puede darse a dicho tratado"[34], en el sentido de entender que "no corresponde a los jueces y tribunales, en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, configurar derechos de alcance prestacional al margen de los principios básicos del sistema y de su preceptiva configuración legal, suplantando de esta forma las funciones asignadas a otro poder del Estado"[35].

Así las cosas, solo cabe terminar este comentario instando, como bien recuerda el FJ 3º de la sentencia aquí analizada, a una modificación legislativa que no exija al intérprete tener que realizar una labor de interpretación e integración para reconocer a estos huérfanos, cuyo progenitor supérstite ha sido privado de su patria potestad y que han desatendido sus obligaciones paternofiliales, el derecho a la orfandad absoluta. Hasta dicho momento, sí que entendemos que existe una identidad sustancial en el supuesto enjuiciado en esta sentencia y en las causas que motivaron el incremento de esta pensión en los huérfanos víctimas de la violencia de género y, por tanto, debemos aplaudir la doctrina jurisprudencial emanada por la sentencia comentada.

Se ha calificado este pronunciamiento como una "resolución judicial que, sin duda, suscita una interesante reflexión sobre si la Seguridad Social debe cubrir las situaciones de necesidad que se deriven del incumplimiento de obligaciones propias del derecho de familia, cuando la pérdida de la patria potestad no extingue la obligación de prestar alimentos (art. 110 CC) y cuando estamos ante la única obligación en la que se permite el embargo de los ingresos por encima del SMI (art. 608 LEC)"[36].

Como es sabido, establece el art. 607.1 LEC que es "inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional" y el apartado sexto de este mismo precepto que esta misma regla será "de aplicación a los ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas". Ahora bien, conforme señala el art. 608 LEC, "lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación cuando se proceda por ejecución de sentencia que condene al pago de alimentos, en todos los casos en que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la Ley, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos o de los decretos o escrituras públicas que formalicen el convenio regulador que los establezcan. En estos casos, así como en los de las medidas cautelares correspondientes, el tribunal fijará la cantidad que puede ser embargada".

[34] STSJ Madrid 6-4-2022, Rº 172/2022.

[35] STS Islas Canarias 23-1-2023, Rº 1910/2021

[36] Aragón Gómez, C. "Sobre los límites del poder judicial: Reflexiones al hilo de las recientes sentencias en materia de nacimiento y cuidado en caso de familias monoparentales y muerte fetal", Trabajo y Derecho, 2023 (en prensa).

Aun admitiendo que el progenitor privado de la patria potestad pudiera tener parte del salario o, en su caso, de la prestación de Seguridad Social embargada para atender a la pensión de alimentos de sus hijos, la *ratio decidendi* en el supuesto de hecho analizado deriva del incumplimiento de los deberes paternofiliales en relación con la pensión de alimentos. Para alcanzar tal conclusión, el pronunciamiento se sirve de una interpretación analógica al entender que aunque ciertamente el artículo 38 del Real Decreto 296/2009 de 6 de marzo estableció el incremento de la cuantía de las prestaciones económicas de la Seguridad Social en los supuestos de fallecimiento del padre y la madre, incluyendo como únicos supuestos asimilables el de muerte de un progenitor por el otro derivado de violencia de género y el de un solo progenitor conocido, el supuesto como el aquí analizado tiene identidad de razón con los que motivaron la excepción a la regla general, habida cuenta que también aquí existe la situación de necesidad agravada que justifica ese incremento de las prestaciones a reconocer. Esta tesis no puede ser compartida de manera incondicionada, sino que para que opere este incremento, el progenitor supérstite no solo tendría que incumplir de forma grave y reiterada sus obligaciones pecuniarias, sino que se tendría que acreditar que no es posible el embargo del salario o de cualesquiera otras rentas señaladas en el art. 607 LEC.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

El acrecimiento es una protección adicional para situaciones de necesidad especialmente graves, de ahí que deba limitarse a los huérfanos absolutos o a aquellos huérfanos, cuyo progenitor supérstite no cumpla con sus obligaciones alimentarias respecto a sus hijos. La patria potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos. "Se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello por lo que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma[37]".

La privación de la patria potestad supondrá, por lo expuesto, un indicio de la situación de necesidad agravada del huérfano que podría ser tenido en consideración en la modificación aquí propuesta, que contemplaría una cláusula abierta en el art. 38, habida cuenta que el legislador no puede recoger todas las situaciones posibles, pero tampoco puede dejar sin protección situaciones como la aquí enjuiciada. Reforzaría esta conclusión la regulación ya prevista en el art. 233.2 LGSS cuando prevé que "durante la suspensión del pago de una pensión de viudedad se podrán hacer efectivas con cargo a la misma, hasta el límite del importe que le hubiera correspondido por tal concepto al beneficiario de dicha pensión, las obligaciones de alimentos a favor de los titulares de pensión de orfandad o en favor de familiares causada por la víctima del delito, siempre que dichos titulares hubieran de ser beneficiarios de los incrementos a que se refiere el artículo 233 si finalmente recayera sentencia firme condenatoria de aquel. La cantidad a percibir en concepto de alimentos por cada uno de los pensionistas de orfandad o en favor de familiares no podrá superar el importe que, en cada momento, le hubiera correspondido por dicho incremento". Con esta decisión se contempla que pueda ser el sistema público de Seguridad Social el que se haga cargo del pago de las obligaciones de alimentos cuando el progenitor supérstite tenga suspendida el pago de la pensión de viudedad a tenor de lo establecido en la DA 1ª LO 1/2004[38].

A mayor abundamiento, la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género[39] introduce en la ley una presunción *iures et de iure* de abandono de responsabilidad familiar para lo cual se modifica el art. 224 -apartado segundo- LGSS en el sentido de presumir "la orfandad absoluta cuando se hubiera producido abandono

[37] STS 9-11-2015 (Sala Civil), ECLI: ES:TS:2015:4575

[38] Cervilla Garzón, M. J. *El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género.* Albacete: Bomarzo, 2017, p. 46.

[39] BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2022.

de la responsabilidad familiar del progenitor supérstite y se hubiera otorgado el acogimiento o tutela de la persona huérfana por violencia contra la mujer a favor de terceros o familiares, así como en otros supuestos determinados reglamentariamente". El otorgamiento de acogimiento o tutela a favor de familiares o de terceros será un criterio suficiente para entender acreditada la situación de orfandad absoluta, aun existiendo progenitor supérstite; pues bien, podría tratar de replicarse esta regulación a supuestos como el aquí analizado dado que la situación de necesidad es idéntica, de modo que, si el progenitor supérstite al que la justicia ha privado de la patria potestad incumple con las obligaciones alimentarias y no es posible el embargo de ningún tipo de renta para atender este deber, se incrementará la pensión de orfandad hasta el 52% de la base reguladora.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aragón Gómez. C. "Sobre los límites del poder judicial: Reflexiones al hilo de las recientes sentencias en materia de nacimiento y cuidado en caso de familias monoparentales y muerte fetal", *Trabajo y Derecho*, 2023

Cervilla Garzón, M. J. *El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género*. Albacete: Bomarzo, 2017.

CGPJ (2018). *Informe sobre víctimas mortales de violencia de género en el ámbito de la pareja o expareja*. Consejo General del Poder Judicial, p. 6. Accesible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Violencia-domestica-y-Violencia-de-genero/Victimas-mortales-de-violencia-de-genero-y-violencia-domestica-en-ambito-de-la-pareja-o-ex-pareja/

Desdentado Daroca, E. "Las paradojas del acrecimiento de la pensión de orfandad: sobre la necesidad de un criterio autónomo para la protección de los huérfanos", Civitas. *Revista española de derecho del trabajo*, Nº 149, 2011.

Desdentado Daroca. E. *La pensión de viudedad ante los retos del nuevo derecho de familia: un estudio crítico para una prestación en crisis*. Albacete: Bomarzo, 2013

García Testal, E. "Violencia de género y pensión de viudedad: la acreditación de las situaciones de violencia de género", *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 8, núm. 2, 2018.

López Rodríguez, J. *El derecho a la pensión de viudedad de las víctimas de violencia de género en supuestos de separación o divorcio, Protección a la Familia y Seguridad Social: Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, AESSS, Vol. 2, 2018, ISBN 978-84-949189-4-0, págs. 259-274.

Miñarro Yanini, M. "Las otras víctimas de la violencia de género; pensión de orfandad absoluta para la hija superviviente. Comentario a la Sentencia 41/2014, de 24 de enero, del Juzgado de lo Social n.º 3 de Almería". CEF. *RTSS*, núm. 375, 2014.

Monereo Pérez, J. L.; Rodríguez Iniesta, G. "Género y Seguridad Social (I). La Seguridad Social ante las víctimas de Violencia de Género", *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 11, 2. º trimestre, 2017.

Monereo Pérez, J.L.; Rodríguez Iniesta, G. "Género y Seguridad Social (II). Nuevas propuestas de reforma de la protección a la supervivencia de la Seguridad Social derivadas de situaciones de violencia de género", *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 12, 2. º trimestre, 2017.

Nieto Rojas, P. "Violencia de género y pensión de viudedad: Nuevamente sobre los medios para la acreditación de la condición", *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 254, 2022.

TALENS VISCONTI, E. "La pensión compensatoria como requisito de acceso a la pensión de viudedad". *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 5, 2, 2016

Laborum

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

nº 34 (1er Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Un pleito de Seguridad Social del siglo XXI, si comparado con el derecho español. A propósito de la interpretación por el Tribunal Federal Alemán de Seguridad Social del concepto de prestaciones de Seguridad Social contributiva de dependencia por «vivienda compartida»

A 21st century Social Security lawsuit, if compared to Spanish law. On the German Federal Social Security Court's interpretation of the concept of "shared housing" dependent social security benefits

Alberto Arufe Varela *Catedrático de derecho del trabajo y Seguridad Social*
Facultad de Derecho-universidad de A Coruña
https://orcid.org/0000-0002-1954-9971

Cita Sugerida: ARUFE VARELA, A.: «Un pleito de Seguridad Social del siglo XXI, si comparado con el derecho español. A propósito de la interpretación por el Tribunal Federal Alemán de Seguridad Social del concepto de prestaciones de Seguridad Social contributiva de dependencia por "vivienda compartida"». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 34 (2023): 133-147

Resumen

Este trabajo analiza un reciente caso del Tribunal Federal alemán de Seguridad Social, relativo a una prestación otorgada por el seguro social contributivo de dependencia. Se trata de la prestación en especie por «vivienda compartida», percibida por los beneficiarios dependientes que residen en grupos habitacionales. El trabajo razona por qué este tipo de casos de seguridad social del siglo XXI no podría plantearse a día de hoy en España.

Palabras clave

Alemania; Dependencia; Derecho comparado; Prestaciones contributivas en especie; Vivienda compartida

Abstract

This paper analyses a recent case of the German Federal Social Security Court concerning a benefit granted by the contributory social insurance for dependency. This is the "shared housing" benefit in kind, received by dependent beneficiaries living in housing groups. The paper reasons why such 21st century social security cases could not be envisaged in Spain today.

Keywords

Germany; Dependency; Comparative law; Contribution benefits in kind; Shared housing

1. LA COMPARACIÓN CASI IMPOSIBLE ENTRE EL LIBRO XI DEL CÓDIGO ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL Y LA LEY ESPAÑOLA 39/2006[1]

Pretender comparar el Libro XI del Código alemán de Seguridad Social y nuestra Ley 39/2006 reguladora del SAAD es, metafóricamente hablando, como intentar trazar parecidos entre un Seat 600 y un Porsche, aunque lo mismo podría decirse de un BMW, un Mercedes o un Audi, supuesto que estos últimos fuesen modelos coetáneos del modesto utilitario español recién citado. En efecto, el Libro XI del Código alemán de Seguridad Social (que trata monográficamente del seguro social contributivo de dependencia, en línea con el artículo 34, apartado 1, de la Carta de los Derechos

[1] Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Fecha Recepción: 19/12/2022 - Fecha Revisión: No precisa - Fecha Aceptación: 20/12/2022
Pags. 133-147

Fundamentales de la Unión Europea)[2] es una norma gigantesca (consta de más de ciento cincuenta parágrafos), abordando en su contenido muy diversos temas propios de la seguridad social del siglo XXI (tipos novedosos de prestaciones de seguridad social en especie, los controles de calidad de las prestaciones de seguridad social en especie servidas bajo la responsabilidad de las entidades gestoras, el procedimiento administrativo acelerado para reconocer la existencia de la contingencia de dependencia, etc.), resultando relativamente sencillo de leer para un público hispano-hablante interesado, pues contamos con una traducción íntegra al castellano de su complejo contenido[3]. En cambio, frente a este metafórico modelo alemán de automóvil del siglo XXI, no cabe más remedio que concluir que a nuestro igualmente metafórico Seat 600 le faltan ruedas (por cierto, hasta el año 2019 le faltaban las cinco ruedas, incluida la de repuesto), dado que los artículos 7, 8.2.a), 10, 28.6 y 32 de nuestra Ley 39/2006 fueron preceptos con su vigencia suspendida durante mucho tiempo, a pesar de tratarse de preceptos clave (tienen que ver con el asunto crucial de la financiación de las prestaciones por dependencia), cabiendo afirmar en la actualidad que a dicho anticuado Seat 600 se le han colocado algunas de tales ruedas, sí, pero no todas (los convenios interadministrativos de financiación de la dependencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, previstos por algunos de los preceptos citados no se han suscrito con la totalidad de nuestras Comunidades Autónomas, siempre a día de hoy)[4] e, incluso, que la colocación de las ruedas en cuestión tiene un carácter meramente provisional (se trata de convenios de vigencia meramente anual), no cabiendo predecir si las que ya le han sido colocadas a nuestro metafórico Seat 600 permanecerán o no en su sitio el año que viene.

2. LA FALTA DE EQUIVALENTE NORMATIVO EN ESPAÑA DEL PARÁGRAFO 38A DEL LIBRO XI DEL CÓDIGO ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL

El metafórico vehículo alemán del siglo XXI de que vengo hablando posee, como es lógico, dirección asistida (esto es, el conjunto de engranajes que permiten una conducción confortable del mismo, ya sean sus conductores hombres o mujeres), cabiendo identificar dicho complejo y técnico engranaje con el conjunto de prestaciones contributivas de seguridad social reguladas en el Capítulo Cuarto del Libro XI del Código de Seguridad Social (rotulado «Prestaciones del seguro de dependencia [*Leistungen der Pflegeversicherung*]»[5], el cual es sólo uno de los dieciséis Capítulos de que se compone dicho Libro), las cuales son —como regla— prestaciones en especie, apareciendo alojado en el Capítulo en cuestión el parágrafo 38a (rotulado «Prestaciones complementarias para dependientes en grupos habitacionales de cuidado ambulatorio [*Zusätzliche Leistungen für Pflegebedürftige in ambulant betreuten Wohngruppen*]»), a cuyo tenor —en lo esencial— «los dependientes tienen derecho a un complemento global en cuantía de 214 euros mensuales, cuando … viven como mínimo con dos y como máximo con once personas más en grupos habitacionales de cuidado ambulatorio en una vivienda compartida con el propósito de una asistencia relativa a la dependencia organizada conjuntamente, y al menos dos personas más de ellas son dependientes»[6].

---

[2] Véase Monereo Pérez, José Luis, «Prólogo» a Alberto Arufe Varela, *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, Atelier (Barcelona, 2019), pág. 12. Sobre el impacto del Derecho de la Unión Europea en la conformación de la legislación social alemana, en aspectos cruciales de esta última, véase Arufe Varela, Alberto, *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 6 y ss.

[3] Véase Arufe Varela, Alberto, *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, cit., págs. 129 y ss.

[4] Véase el sitio oficial en Internet del SAAD, ubicado en https://imserso.es/autonomia-personal-dependencia (con acceso directo en https://imserso.es/autonomia-personal-dependencia/sistema-autonomia-atencion-dependencia-saad/financiacion-saad).

[5] Véase Arufe Varela, Alberto, *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, cit., págs. 61 y ss.

[6] Apartado 1, inciso primero, núm. 1. Textualmente, «*Pflegebedürftige haben Anspruch auf einen pauschalen Zuschlag in Höhe von 214 Euro monatlich, wenn … sie mit mindestens zwei und höchstens elf weiteren Personen in einer*

Por supuesto, nada equivalente a esta concreta prestación contributiva de seguridad social en especie aparece regulada ni en nuestra Ley 39/2006, ni tampoco en el conjunto existente de acuerdos adoptados por el llamado Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la teórica finalidad de desarrollar lo dispuesto en el artículo 14 de la propia Ley, según el cual «las prestaciones de atención a la dependencia podrán tener la naturaleza de servicios [esto es, de prestaciones en especie] y de prestaciones económicas»[7]. Cabría afirmar incluso que a nuestro metafórico Seat 600, aparte el hecho de faltarle alguna rueda, según se dijo antes, también le falta todo el engranaje de la dirección asistida (del que es una mera pieza, entre otras muchas, la recién citada prestación contributiva de seguridad social en especie, «complementaria para dependientes en grupos habitacionales»), pues resulta que en España la dirección manual, que tendría que ser la excepción (literalmente, «el beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales»)[8], ha acabado convirtiéndose en la regla, demostrando las estadísticas oficiales que en nuestro país ha calado la perversión de que la prestación económica por dependencia es sólo un mero complemento de otras prestaciones de seguridad social económicas (por ejemplo, jubilación o viudedad contributivas), cuyo importe podría ser gastado por el beneficiario de las mismas libérrimamente[9].

3. LA IMPOSIBILIDAD DE EXISTENCIA EN ESPAÑA DE UN CASO EQUIVALENTE A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL DE 10 SEPTIEMBRE 2020

Sobre la base —como afirmaba ALONSO OLEA, con cita de SAVIGNY— de que la ley resulta incomprensible sin la compañía del «cortejo invisible» de su jurisprudencia[10], el recién citado parágrafo 38a del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social acaba de ser interpretado y aplicado por una Sentencia del Tribunal Federal de Seguridad Social de 10 septiembre 2020[11], relativa a un tema crucial en el tenor del precepto (el de qué debe entenderse por «vivienda compartida [*gemeinsame Wohnung*]», a efectos de percibir la prestación contributiva de «complemento de grupo habitacional»), lo que explica que me haya animado a traducir íntegramente al castellano dicha importante y reciente Sentencia[12]. Echando mano otra vez de la metáfora eficaz a que vengo refiriéndome, la jurisprudencia (y consecuentemente, dentro de ella, la Sentencia en cuestión) operaría a modo de combustible, sin el cual la carcasa del vehículo (o si se quiere, la letra de la ley) no podría ponerse en marcha, resultando que el vehículo alemán consume a la vez electricidad y combustible poco contaminante, tratándose consecuentemente de un vehículo híbrido. En España, en cambio, el Seat 600 sigue utilizando combustible de los años sesenta y de principios de los setenta del siglo pasado —que es cuando VIDA y DIÉGUEZ publicaron sus conocidos y clásicos artículos de revista sobre la asistencia social, criticando agudamente que la competencia para conocer de este tipo de pleitos se asignase a los

ambulant betreuten Wohngruppe in einer gemeinsamen Wohnung zum Zweck der gemeinschaftlich organisierten pflegerischen Versorgung leben und davon mindestens zwei weitere Personen pflegebedürftig … sind».

[7] Apartado 1.

[8] Apartado 4.

[9] Al respecto, véase el documento sobre «Información estadística del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Situación a 30 de noviembre de 2022», en el sitio oficial en Internet antes citado del SAAD (con acceso directo en https://imserso.es/documents/20123/173969/estsisaad20221130.pdf/4c213536-ee9b-69cf-df93-fd256b2e5fe5).

[10] Véase Alonso Olea, Manuel, «Capítulo 4. Leyes y reglamentos laborales, costumbres y usos de empresa», en Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela (Coordinadores), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Universidad Nacional Autónoma de México (México, D.F., 1997), pág. 82.

[11] Referencia oficial B 3 P 1/20 R. Como pone de relieve esta referencia, se trata de una Sentencia de su Sala 3ª. Al respecto, véase Arufe Varela, Alberto, *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, cit., págs. 112 y ss.

[12] Véase *infra*, 9.

tribunales contencioso-administrativos[13]—, visto que una reiteradísima jurisprudencia de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo, teniendo en cuenta el incumplimiento por el legislador español de lo ordenado por la disposición final séptima, apartado 2, de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, acabó concluyendo (¡en pleno siglo XXI!) que los pleitos de los beneficiarios de las prestaciones por dependencia reguladas en la Ley 39/2006 no eran de competencia de los tribunales del orden social, sino de los tribunales del orden contencioso-administrativo[14]. Se comprende, en consecuencia, la imposibilidad de hallar un caso español similar al citado caso alemán, sobre el que tendré que volver enseguida. Puestos a citar un caso español, aunque sonrojaría a cualquier colega alemán de Derecho de la Seguridad Social, me atrevería a sacar a la palestra una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 6 abril 2015[15], en la que —incidiendo en la realidad de que muchos dependientes españoles fallecen antes de percibir las prestaciones por dependencia que habían acabado siéndoles reconocidas[16]— se afirma que «aunque no se diga expresamente, uno de los requisitos para poder percibir esta ayuda es que el solicitante esté vivo, ya que es una ayuda destinada al mismo, por lo que la vida del solicitante es un requisito ontológicamente necesario»[17], de manera que «por este motivo, la Resolución de 28 de agosto de 2009 [aprobando el Programa Individual de Atención del solicitante], al establecer una cantidad a favor de una persona fallecida, es contraria a la Ley»[18].

4. EL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL DE 10 SEPTIEMBRE 2020

El supuesto de hecho enjuiciado por esta Sentencia alemana, a calificar —con parámetros españoles— de verdadero pleito de seguridad social del siglo XXI, aparece relatado con toda claridad (y también, con relativa prolijidad) en la parte fáctica («Hechos [*Tatbestand*]») de dicha Sentencia. En ella, se describe quién era el beneficiario-reclamante y en qué supuesta «vivienda compartida» con otros se alojaba, en los siguientes términos literales: «El demandante, nacido en 1954, percibe desde 1.1.2015 prestaciones del seguro social de dependencia de la caja de dependencia demandada. Desde octubre 2015 hasta finales de septiembre 2018, vivió en un apartamento en el complejo residencial "Mayores" (en adelante, centro de mayores) en A[urich]. Este complejo consta de once apartamentos individuales, repartidos en dos plantas. Cada apartamento tiene un tamaño de unos 46 metros cuadrados y se compone de una sala de estar, un dormitorio, un baño y una cocina completamente equipada en la sala de estar. Cada apartamento tiene su propio timbre, su propio buzón y —si se encuentra en la planta baja— su propia puerta exterior. En la planta baja del complejo residencial, se encuentra una sala común con mesa de comedor para todos los residentes, una cocina común grande y totalmente equipada y una zona de descanso y de lectura. En esta zona común también existe otro baño»[19]. También se describen los contratos que dicho beneficiario reclamante había suscrito, relativos

[13] Véase Vida Soria, José, «Asistencia social en el ordenamiento de la Seguridad Social española», *Revista de Trabajo*, núm. 121 (Madrid, 1968), págs. 62 y ss.; y Diéguez, Gonzalo, «Asistencia social», *Revista de Política Social*, núm. 92 (1971), págs. 52 y ss.

[14] Sobre el tema, véase Vizcaíno Ramos, Iván, «El orden jurisdiccional provisionalmente competente para conocer de los pleitos sobre aplicación de la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», *Actualidad Laboral*, núm. 3 (2014), págs. 3 y ss.

[15] *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2015/136960.

[16] Al respecto, véase Martínez Girón, Jesús, «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», *Revista de Derecho Social*, núm. 72 (2015), págs. 66 y ss.

[17] Cfr. Fundamento de Derecho tercero.

[18] *Ibidem*.

[19] Marginal 2. Textualmente, «*Der 1954 geborene Kläger bezieht seit 1.1.2015 Leistungen der sozialen Pflegeversicherung von der beklagten Pflegekasse. Von Oktober 2015 bis Ende September 2018 bewohnte er ein Apartment in der Wohnanlage "Senioren" (im Folgenden: Seniorenzentrum) in A. Diese Anlage umfasst elf Einzel-Apartments, die sich über zwei Etagen erstrecken. Jedes Apartment hat eine Größe von ca 46 qm und besteht aus einem Wohnraum, einem Schlafraum, einem Badezimmer und einer vollausgestatteten Küchenzeile im Wohnraum.*

a la supuesta «vivienda compartida» que ocupaba, de nuevo en los siguientes términos literales: «El gestor del establecimiento y el representante del demandante firmaron dos contratos distintos antes de que se mudara. Un contrato se refiere al alquiler del apartamento, el otro a la prestación de servicios de atención. Los contratos muestran una renta mensual a pagar por la superficie habitable por importe de 230 euros, un anticipo por gastos de funcionamiento y un anticipo por gastos de mantenimiento por el uso de las instalaciones comunes de 127 euros. El centro de mayores pone a disposición un "paquete de servicios básicos" con servicios generales de atención y con servicios sociales, administrativos y organizativos. Los residentes quieren recibir los servicios de atención —como lo muestra una declaración firmada conjuntamente por ellos— de la señora G, como persona principalmente designada»[20]. Todo empezó porque «el representante del demandante solicitó sin éxito la concesión por la [entidad gestora] demandada del complemento de grupo habitacional»[21]. Y en efecto, no tuvo éxito ni en la vía administrativa previa ante la entidad gestora («no se cumple el requisito necesario de "vivienda compartida", a que se refiere el parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, núm. 1, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]», pues «más bien, el demandante vive en su propia vivienda de dos habitaciones, y solamente puede usar conjuntamente ciertos espacios comunes»)[22], ni tampoco en la primera y en la segunda instancias de la jurisdicción de seguridad social alemana[23], por lo que «el demandante solicita que se revoquen las Sentencias del T[ribunal de] S[eguridad Social de] E[stado federado] de Baja Sajonia-Bremen de 26 noviembre 2019 y del Tribunal de Seguridad Social de Aurich de 15 agosto 2017, así como que se condene a la demandada … a pagarle el complemento de grupo habitacional por el período de 1 octubre 2015 a 30 septiembre 2018»[24].

5. LA DOCTRINA DEL CASO ENJUICIADO POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL DE 10 SEPTIEMBRE 2020

Lógicamente, el núcleo de la fundamentación jurídica de esta Sentencia se refiere a «cómo haya que interpretar la exigencia de "vivienda compartida", y si existen sus requisitos»[25], teniendo «en cuenta especialmente el sentido y la finalidad del parágrafo 38a del Libro XI del C[ódigo de]

Jedes Apartment besitzt eine eigene Türklingel, einen eigenen Briefkasten und - sofern im Erdgeschoss gelegen - eine eigene Außentür. Im Erdgeschoss der Wohnanlage befindet sich ein Gemeinschaftsraum mit Esstisch für alle Bewohner, einer großen vollausgestatteten Gemeinschaftsküche sowie einer Sitz- und Leseecke. Zu diesem Gemeinschaftsbereich gehört ein weiteres Badezimmer».

[20] Marginal 3. Textualmente, «*Der Betreiber der Einrichtung und der Betreuer des Klägers schlossen vor seinem Einzug zwei verschiedene Verträge ab. Ein Vertrag hat die Anmietung des Apartments zum Inhalt, der andere die Gewährung von Betreuungsleistungen. Die Verträge weisen eine zu zahlende monatliche Miete für den Wohnbereich iHv 230 Euro, eine Betriebskostenvorauszahlung und eine Nutzungsentgeltvorauszahlung für die Gemeinschaftseinrichtungen von 127 Euro aus. Das Seniorenzentrum stellt ein "Grundservice-Paket" mit allgemeinen Betreuungsleistungen und sozialen, verwaltenden und organisatorischen Leistungen zur Verfügung. Die Bewohner wollen die Betreuungsleistungen - ausweislich einer gemeinsam von ihnen unterzeichneten Erklärung - von Frau G. als namentlich benannter Person erhalten*».

[21] Marginal 4. Textualmente, «*Im Oktober 2015 beantragte der Betreuer des Klägers bei der Beklagten erfolglos die Gewährung von Wohngruppenzuschlag*».

[22] *Ibidem*. Textualmente, «*Die nach § 38a Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB XI notwendige Voraussetzung einer "gemeinsamen Wohnung" sei nicht erfüllt*», «*Der Kläger wohne vielmehr in einer eigenen Zwei-Zimmer-Wohnung mit Sanitärbereich und dürfe lediglich gewisse Gemeinschaftsräume mitbenutzen*».

[23] Al respecto, véase Meyer-Ladewig, Jens, Keller, Wolfgang, Leitherer, Stephan y Schmidt, Benjamin (Editores), *SGG. Sozialgerichtsgesetz. Kommentar*, 13ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2020), §§ 87-122 y §§ 143-159, respectivamente; también, Roos, Elke, Wahrendorf, Volker y Müller, Henning, *SGG. Sozialgerichtsgesetz*, 2ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2021), págs. 787 y ss., y 1532 y ss., respectivamente.

[24] Marginal 8. Textualmente, «*Der Kläger beantragt, die Urteile des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 26. November 2019 und des Sozialgerichts Aurich vom 15. August 2017 aufzuheben sowie die Beklagte ... zu verurteilen, ihm Wohngruppenzuschläge für die Zeit vom 1. Oktober 2015 bis 30. September 2018 zu zahlen*».

[25] Marginal 16, inciso primero. Textualmente, «*Wie das Merkmal der "gemeinsamen Wohnung" auszulegen ist und ob dessen Voraussetzungen vorliegen*».

S[eguridad] S[ocial]»[26], esto es, «favorecer posibilidades habitacionales fuera de la asistencia a la dependencia (típicamente más costosa) de carácter residencial»[27]. En esta línea, el Tribunal Federal de Seguridad Social afirma que hay que efectuar una «interpretación amplia [*weite Auslegung*]»[28] del tenor del precepto en cuestión, la cual «está justificada por el objetivo legislativo de fomentar las viviendas comunitarias merecedoras de fomento por la sociedad»[29], lo que le condujo a establecer —con cita incluso de doctrina científica alemana[30]— las tres siguientes reglas de carácter práctico. En primer lugar, la regla negativa de que «no existe "vivienda compartida" en la medida en que todo el complejo residencial esté configurado de modo que cada residente individual se cuide a sí mismo "prácticamente de manera independiente", o sea cuidado sin que pueda recurrir a la posibilidad de una convivencia "compartida"»[31]. En segundo lugar, la regla positiva de que las «viviendas compartidas» ocupan una amplia zona gris situada entre la atención domiciliaria y la atención residencial, afirmando que «se deseaba el nuevo establecimiento de las comunidades residenciales ambulatorias de dependientes a que se refiere el parágrafo 38a del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial], como formas intermedias organizadas útilmente de manera independiente, entre la atención en el entorno del hogar, de un lado, y la atención residencial a tiempo completo, de otro lado, como expresión de la variedad de formas habitacionales y de asistencia, que toman en consideración las necesidades individuales de los dependientes»[32]. En tercer lugar, la regla asimismo positiva de que «los requisitos establecidos para la existencia de una "vivienda compartida" se refieren principalmente, en lo esencial, a la parte de la vivienda que se utiliza, o es utilizable, conjuntamente por todos los residentes»[33], que era justamente lo que existía en el supuesto de hecho enjuiciado, pues «en el caso de la situación habitacional del demandante, existían áreas residenciales dentro del complejo residencial cerrado, las cuales podían ser utilizadas por todos los residentes, en solitario o conjuntamente, en cualquier momento»[34], sin que cupiese olvidar que «el valor de estas áreas comunes se explicita en el alquiler a pagar por ellos, el cual se corresponde con la mitad del alquiler de las áreas privadas»[35].

6. LAS CONSECUENCIAS DEL CASO ENJUICIADO POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL DE 10 SEPTIEMBRE 2020

Estas consecuencias aparecen redactadas con toda acribia en el brevísimo «Fallo [*Tenor*]» de la Sentencia del Tribunal Federal de Seguridad Social, ubicado —como es regla en todas las

[26] *Ibidem*. Textualmente, «*insbesondere der Sinn und Zweck des § 38a SGB XI in den Blick genommen werden*».

[27] *Ibidem*, inciso tercero. Textualmente, «*Wohnmöglichkeiten außerhalb der (typischerweise kostenintensiveren) stationären pflegerischen Versorgung begünstigen*».

[28] Marginal 17, inciso segundo.

[29] *Ibidem*. Textualmente, «*ist durch das gesetzgeberische Ziel, gesellschaftlich förderungswürdiges gemeinschaftliches Wohnen unter Wahrung angemessener Privatsphäre zu fördern, gerechtfertigt*».

[30] Literalmente, «*así, correctamente, Udsching, jurisPR-SozR 6/2019, nota 4, en el apartado C*» (marginal 19). Textualmente, «*so zu Recht Udsching, jurisPR-SozR* [*juris PraxisReport Sozialrecht*] *6/2019 Anm 4 unter C*».

[31] *Ibidem*, inciso tercero. Textualmente, «*Eine "gemeinsame Wohnung" liegt insoweit erst dann nicht mehr vor, wenn die gesamte Wohnanlage so gestaltet ist, dass sich jeder einzelne Bewohner "praktisch selbstständig" versorgt oder versorgt wird, ohne auf die Möglichkeit eines "gemeinschaftlichen" Zusammenwohnens zurückgreifen zu können*».

[32] Marginal 18, inciso último. Textualmente, «*Die Neugründung von ambulanten Wohngemeinschaften Pflegebedürftiger nach § 38a SGB XI war gerade als sinnvolle eigenverantwortlich organisierte Zwischenform zwischen der Pflege in der häuslichen Umgebung einerseits und der vollstationären Pflege andererseits als Ausdruck einer individuellen Bedürfnissen der Pflegebedürftigen Rechnung tragenden Vielfalt von Wohn- und Versorgungsformen erwünscht*».

[33] Marginal 20, inciso séptimo. Textualmente, «*Die an das Vorliegen einer "gemeinsamen Wohnung" zu stellenden Anforderungen beziehen sich nämlich im Wesentlichen auf den Teil der Wohnung, der von allen Bewohnern gemeinsam genutzt wird bzw nutzbar ist*».

[34] Marginal 21, inciso tercero. Textualmente, «*Bei der klägerischen Wohnsituation waren Aufenthaltsräume innerhalb der abgeschlossenen Wohnanlage, die von allen Bewohnern jederzeit allein oder gemeinsam genutzt werden können, vorhanden*».

[35] *Ibidem*, inciso penúltimo. Textualmente, «*Die Wertigkeit dieser Gemeinschaftsräume kommt in der hierfür aufzubringenden Miete zum Ausdruck, die ungefähr der Hälfte der Miete für die Privaträume entspricht*».

resoluciones judiciales alemanas[36]— al comienzo (no al final, como sucede en España) de la Sentencia en cuestión. En él, el Tribunal Federal de Seguridad Social decidió, de un lado, que «con el recurso de casación del demandante, se revoca la Sentencia del Tribunal de Seguridad Social de Estado federado de Baja Sajonia-Bremen de 26 noviembre 2019»[37]; y de otro lado, que «el asunto se devuelve a ese Tribunal, para un nuevo juicio y decisión»[38]. Sobre la base de que el citado Tribunal de Baja Sajonia-Bremen es un auténtico tribunal de apelación y de segunda instancia (ante el que cabe proponer y practicar todo tipo de pruebas, al igual que sucede en la primera instancia, que no es primera y única instancia, de la jurisdicción de seguridad social alemana)[39], el Tribunal Federal de Seguridad Social menciona hasta cinco lagunas u omisiones en la resultancia fáctica que debía servir de soporte a la fundamentación jurídica del caso (denominadas «falta de declaraciones fácticas en las instancias previas»)[40], reconducibles a las siguientes: 1) «no se aclara si el demandante percibió desde entonces prestaciones, y en su caso cuáles, en el sentido del parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, núm. 2, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial] en su nueva redacción»[41]; 2) «en todo caso, el T[ribunal de] S[eguridad Social de] E[stado federado] no ha constatado si fue declarado dependiente en el período de 1.10.2015 a 31.1.2016, o si durante ese período se le reconoció una limitación importante en su competencia para la vida diaria …, y si percibió una de las prestaciones mencionadas en el parágrafo 38a, apartado 1, núm. 2, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial], en su antigua redacción»[42]; 3) «adicionalmente, faltan declaraciones sobre el número y el grado de dependencia de los co-residentes del demandante en el grupo habitacional»[43]; 4) «el T[ribunal de] S[eguridad Social de] E[stado federado] —partiendo consecuentemente de su opinión jurídica— tampoco ha realizado suficientes declaraciones al respecto de si el grupo habitacional del demandante, con su intervención, ha responsabilizado conjuntamente a una persona, y en relación con qué actividades, si ése fuese el caso»[44], faltando asimismo —en relación con esto último— «declaraciones acerca de en qué períodos, en su caso, existió la correspondiente relación de servicios»[45]; y 5) «finalmente, también faltan declaraciones de hecho que permitan a la Sala la valoración de si puede existir una forma de asistencia que se corresponda ampliamente con los términos del parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, núm. 4, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial], en vista de la extensión de los servicios de la atención residencial a tiempo completo y, en consecuencia, en su caso, que se oponga al derecho [del solicitante] desde esta perspectiva»[46].

[36] Al respecto, véase Zachert, Ulrich, Martínez Girón, Jesús y Arufe Varela, Alberto, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), pág. 36.

[37] Textualmente, «*Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 26. November 2019 aufgehoben*».

[38] Textualmente, «*Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückverwiesen*».

[39] Al respecto, véase Meyer-Ladewig, Jens, Keller, Wolfgang, Leitherer, Stephan y Schmidt, Benjamin (Editores), *SGG. Sozialgerichtsgesetz. Kommentar*, 13ª ed., cit., § 157; también, Roos, Elke, Wahrendorf, Volker y Müller, Henning, *SGG. Sozialgerichtsgesetz*, 2ª ed., cit., págs. 1621 y ss.

[40] Por ejemplo, marginal 22, inciso primero. Textualmente, «*aufgrund fehlender tatsächlicher Feststellungen der Vorinstanz*».

[41] Marginal 22, inciso tercero. Textualmente, «*nicht geklärt ist, ob und ggf welche Leistungen iS des § 38a Abs 1 Satz 1 Nr 2 SGB XI nF der Kläger seither bezog*».

[42] *Ibidem*, inciso último. Textualmente, «*Ob er in der Zeit vom 1.10.2015 bis zum 31.1.2016 pflegebedürftig oder für diese Zeit eine erhebliche Einschränkung der Alltagskompetenz festgestellt worden war … und ob er eine der in § 38a Abs 1 Nr 2 SGB XI aF aufgeführten Leistungen bezog, hat das LSG ebenfalls nicht festgestellt*».

[43] Marginal 23, inciso primero. Textualmente, «*Des Weiteren fehlen Feststellungen über Anzahl und Pflegebedürftigkeit der Mitbewohner des Klägers in der Wohngruppe*».

[44] *Ibidem*, inciso segundo. Textualmente, «*Das LSG hat - ausgehend von seiner Rechtsauffassung konsequent - auch keine hinreichenden Feststellungen dazu getroffen, ob die Wohngruppe des Klägers unter seiner Mitwirkung eine Person gemeinschaftlich beauftragt hat und für welche Tätigkeiten dies ggf der Fall war*».

[45] *Ibidem*, inciso tercero. Textualmente, «*Ferner fehlen Feststellungen dazu, für welche Zeiträume ggf ein entsprechendes Auftragsverhältnis bestand*».

[46] *Ibidem*, inciso último. Textualmente, «*Schließlich mangelt es auch an Tatsachenfeststellungen, die die Beurteilung durch den Senat zulassen, ob möglicherweise eine Versorgungsform vorliegt, die iS des § 38a Abs 1 Satz 1 Nr 4*

7. EPÍLOGO

Volviendo a la metáfora automovilística con la que comenzaba este escrito (quizá un poco hiperbólica, pero también y desde luego eficaz), cabría preguntarse ahora (otros, antes que yo, se lo han preguntado ya, utilizando otras metáforas eficaces)[47] qué hacer con ese Seat 600, de manera que —supuesto que quepa hacer algo— pudiese llegar a competir en prestaciones con los Porsches, BMWs Audis o Mercedes alemanes, también anteriormente citados. En mi opinión, sin embargo, no cabe tunear algo tan defectuoso y tan anticuado, y cuyo valor en el siglo XXI es el propio de la chatarra. Habrá que adquirir un vehículo nuevo e inobjetablemente competitivo no sólo con los citados vehículos alemanes (piénsese, por ejemplo, en Francia y su Ley de adaptación de la sociedad al envejecimiento, que ha colocado al país vecino totalmente en línea con el citado artículo 34, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, por tanto, en línea con su mención de la «dependencia» como contingencia a proteger por la seguridad social contributiva, al igual que sucede en Alemania)[48]. Y más, teniendo en cuenta —por ceñirme ahora al caso enjuiciado por la referida Sentencia alemana de 2020— que la necesidad de habilitar para mayores «viviendas compartidas» comienza ya aflorar por todas partes, en España. Lo prueba, por mencionar algo que me resulta muy próximo, una recentísima Orden autonómica gallega de 10 octubre 2022[49], por la que se regulan las condiciones y requisitos que deben cumplir las que denomina «viviendas colaborativas», pero sin aludir en ningún lugar de su premioso articulado (más concebido para mayores usuarios activos, que para mayores usuarios dependientes) a nuestro metafórico Seat 600, esto es, la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alonso Olea, Manuel, «Capítulo 4. Leyes y reglamentos laborales, costumbres y usos de empresa», en Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela (Coordinadores), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Universidad Nacional Autónoma de México (México, D.F., 1997).

Arufe Varela, Alberto, *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008).

Arufe Varela, Alberto, *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, Atelier (Barcelona, 2019).

Diéguez, Gonzalo, «Asistencia social», *Revista de Política Social*, núm. 92 (1971).

Martínez Girón, Jesús, «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», *Revista de Derecho Social*, núm. 72 (2015).

SGB XI hinsichtlich ihres Leistungsumfangs einer vollstationären Pflege weitgehend entspricht und daher ggf unter diesem Blickwinkel einem Anspruch entgegenstünde».

[47] Al respecto, véase Martínez Girón, Jesús, «Reestructuraciones empresariales», en el volumen *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social (Madrid, 2021), págs. 34 y ss.

[48] Al respecto, véase Martínez Girón, Jesús, «Más razones de Derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia. Acerca de la nueva ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 44 (2016), págs. 1 y ss.

[49] *Diario Oficial de Galicia* de 21 octubre 2022.

Martínez Girón, Jesús, «Más razones de Derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia. Acerca de la nueva ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 44 (2016).

Martínez Girón, Jesús, «Reestructuraciones empresariales», en el volumen *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social (Madrid, 2021).

Meyer-Ladewig, Jens, Keller, Wolfgang, Leitherer, Stephan y Schmidt, Benjamin (Editores), *SGG. Sozialgerichtsgesetz. Kommentar*, 13ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2020).

Monereo Pérez, José Luis, «Prólogo» a Alberto Arufe Varela, *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, Atelier (Barcelona, 2019).

Roos, Elke, Wahrendorf, Volker y Müller, Henning, *SGG. Sozialgerichtsgesetz*, 2ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2021).

Vida Soria, José, «Asistencia social en el ordenamiento de la Seguridad Social española», *Revista de Trabajo*, núm. 121 (Madrid, 1968).

Vizcaíno Ramos, Iván, «El orden jurisdiccional provisionalmente competente para conocer de los pleitos sobre aplicación de la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», *Actualidad Laboral*, núm. 3 (2014).

Zachert, Ulrich, Martínez Girón, Jesús y Arufe Varela, Alberto, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008).

9. APÉNDICE DOCUMENTAL

— Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Federal de Seguridad Social de 10 septiembre 2020 (referencia oficial B 3 P 1/20 R)

Fallo

Con el recurso de casación del demandante, se revoca la Sentencia del Tribunal de Seguridad Social de Estado federado de Baja Sajonia-Bremen de 26 noviembre 2019.

El asunto se devuelve a ese Tribunal, para un nuevo juicio y decisión.

Hechos

1 Las partes litigan sobre la concesión del complemento de grupo habitacional a que se refiere el parágrafo 38a del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial].

2 El demandante, nacido en 1954, percibe desde 1.1.2015 prestaciones del seguro social de dependencia de la caja de dependencia demandada. Desde octubre 2015 hasta finales de septiembre 2018, vivió en un apartamento en el complejo residencial «Mayores» (en adelante, centro de mayores) en A. Este complejo consta de once apartamentos individuales, repartidos en dos plantas. Cada apartamento tiene un tamaño de unos 46 metros cuadrados y se compone de una sala de estar, un dormitorio, un baño y una cocina completamente equipada en la sala de estar. Cada apartamento tiene su propio timbre, su propio buzón y —si se encuentra en la planta baja— su propia puerta exterior. En la planta baja del complejo residencial, se encuentra una sala común con mesa de comedor para todos los residentes, una cocina común grande y totalmente equipada y una zona de descanso y de lectura. En esta zona común también existe otro baño.

3 El gestor del establecimiento y el representante del demandante firmaron dos contratos distintos antes de que se mudara. Un contrato se refiere al alquiler del apartamento, el otro a la prestación de servicios de atención. Los contratos muestran una renta mensual a pagar por la superficie habitable por importe de 230 euros, un anticipo por gastos de funcionamiento y un anticipo por gastos de mantenimiento por el uso de las instalaciones comunes de 127 euros. El centro de mayores pone a disposición un «paquete de servicios básicos» con servicios generales de atención y con servicios sociales, administrativos y organizativos. Los residentes quieren recibir los servicios de atención —como lo muestra una declaración firmada conjuntamente por ellos— de la señora G, como persona principalmente designada.

4 En octubre de 2015, el representante del demandante solicitó sin éxito la concesión por la demandada del complemento de grupo habitacional: no se cumple el requisito necesario de «vivienda compartida», a que se refiere el parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, núm. 1, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]. Más bien, el demandante vive en su propia vivienda de dos habitaciones, y solamente puede usar conjuntamente ciertos espacios comunes (*Resolución de 2.2.2016; Resolución de recurso de 28.4.2016*).

5 El T[ribunal de] S[eguridad Social] invocado al efecto ha rechazado la demanda. Las condiciones de vida en el centro de mayores no cumplen las exigencias legales de vivienda compartida. No existe «vivienda compartida» con otros residentes dependientes cuando, además de su propia área residencial completa, se pone a disposición otra área común, la cual puede ser utilizada por los residentes. También falta que el denominado personal de asistencia deba ser elegido y determinado conjuntamente por los residentes. Los servicios de atención son obligatorios, como parte integral del contrato conjunto para todos los residentes, y el personal de atención sólo está contractualmente vinculado con el arrendador, el cual ha especificado el alcance específico de sus funciones (*Sentencia de 15.8.2017*).

6 El T[ribunal de] S[eguridad Social de] E[stado federado] ha desestimado el recurso de apelación del demandante. Los requisitos del derecho ya no se cumplen, porque no ha vivido con otros residentes del centro de mayores en una «vivienda compartida», en el sentido del parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, núm. 1, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]. Según la voluntad del legislador, en una forma de residencia digna de apoyo sólo se incluye una cualidad (externa) de la vivienda compartida que no sólo posibilita la vida en común, sino que también la exige. Sin embargo, todo el complejo residencial está configurado de manera que el demandante no depende de áreas residenciales de uso común o de una organización conjunta de la convivencia. Por lo tanto, puede quedar abierto (*Sentencia de 26.11.2019*) si una persona también ha sido encargada conjuntamente de realizar actividades determinadas legalmente (*parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, núm. 3, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]*).

7 Con su recurso de casación, el demandante alega una violación del parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]. La cuestión de qué exigencias hay que imponer en relación con una «vivienda compartida», no ha sido respondida hasta ahora consistentemente por la jurisprudencia ni por la doctrina. Sin embargo, a la existencia de una «vivienda compartida» no se opone el hecho de que el equipamiento del apartamento usado por un residente individual posibilite satisfacer las necesidades básicas elementales de la rutina diaria, incluso sin utilización de las instalaciones comunes. Lo decisivo para el complemento de grupo habitacional, más bien, es la existencia de instalaciones comunes puestas a disposición de todos los residentes.

8 El demandante solicita que se revoquen las Sentencias del T[ribunal de] S[eguridad Social de] E[stado federado] de Baja Sajonia-Bremen de 26 noviembre 2019 y del Tribunal de Seguridad Social de Aurich de 15 agosto 2017, así como que se condene a la demandada, tras la anulación de su Resolución de 2 febrero 2016, en la forma del Resolución de Recurso de 28 abril 2016, a

pagarle el complemento de grupo habitacional por el período de 1 octubre 2015 a 30 septiembre 2018.

9 La demandada solicita que se rechace el recurso de casación del demandante.

Motivos de la decisión

10 El recurso de casación admisible del demandante está motivado, en el sentido de la revocación de la Sentencia del T[ribunal de] S[eguridad Social de] E[stado federado], y de la devolución del asunto al tribunal de apelación para un nuevo juicio y decisión (*parágrafo 170, apartado 2, inciso 2, de la L[ey de los] T[ribunales de] S[eguridad Social]*).

11 A diferencia de lo defendido por las instancias previas, la acción admisible, dirigida a la revocación de las Resoluciones impugnadas y a la concesión de los complementos de grupos habitacionales (*al respecto,* infra *1*), con base en los pertinentes fundamentos jurídicos (*al respecto, 2*), no fracasa por causa de que en el caso del demandante no exista vivienda compartida, en el sentido del parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, núm. 1, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial] (*al respecto, 3*). Sin embargo, esto sólo conduce a la devolución del asunto al T[ribunal de] S[eguridad Social de] E[stado federado] (*al respecto, 4*).

12 1. También se dan los requisitos de valoración de hecho a observarse de oficio en el procedimiento de casación. La demanda, como acción combinada de impugnación y de condena (parágrafo 54, apartados 1 y 4, de la L[ey de los] T[ribunales de] S[eguridad Social]), es lícita y, por lo demás, también resulta admisible. No obstante, la Sala que conoce del asunto no puede finalmente decidir por sí misma si la demanda también está fundada, por la falta de la declaración de suficientes antecedentes de hecho en la primera instancia.

13 2. La base jurídica para el complemento de grupo habitacional solicitado, de octubre 2015 a septiembre 2018, incluido, es, para el período de 1.10.2015 a 31.12.2016, el parágrafo 38a del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial], en la redacción del artículo 1, núm. 8, de la Primera Ley de reforzamiento de la dependencia (*PSG I, de 17.12.2014, Boletín Oficial Federal I 2222*), modificado por el artículo 8, núm. 3, de la Ley para una mejor conciliación de familia, atención y profesión de 23.12.2014 (*Boletín Oficial Federal I 2462*), y, para el período de 1.1.2017 a 30.9.2018, el parágrafo 38a del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial], en la redacción del artículo 2, núm. 20, de la Segunda Ley de reforzamiento de la dependencia (*PSG II, de 21.12.2015, Boletín Oficial Federal I 2424*). En el contexto actual, la única diferencia esencial entre las versiones de la ley es el incremento del complemento mensual de grupo habitacional, de los primeros 205 euros a los 214 euros, con efectos de 1.1.2017 (*parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]*).

14 Según el parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial], los dependientes tienen derecho a un complemento global en cuantía de (desde 1.1.2017) 214 euros mensuales, cuando:

- viven con al menos otras dos, y como máximo once, personas en una vivienda compartida, en un grupo habitacional con cuidados ambulatorios, al objeto de recibir asistencia a la dependencia organizada conjuntamente, y de ellas, al menos otras dos personas sean dependientes en el sentido de los parágrafos 14 y 15 del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial] (*núm. 1*),
- perciben las prestaciones a que se refieren los parágrafos 36, 37 y 38 (*complementado a partir de 1.1.2017: 45a o 45b*) del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial] (*núm. 2*),
- una persona (*complementado a partir de 1.1.2017: por los miembros*) del grupo habitacional se encarga conjuntamente, con independencia de la asistencia individual a la

dependencia, de llevar a cabo las actividades comunes de organización, administrativas, de cuidado o de fomento de la vida en común, o de prestar apoyo para la gestión de la economía doméstica (*núm. 3*),

- no existe forma de asistencia (*complementado a partir de 1.1.2017: con inclusión de atención parcialmente residencial*), en la que un proveedor del grupo habitacional o un tercero ofrece o garantiza servicios a los dependientes, los cuales se correspondan ampliamente con la extensión de los servicios acordados, en relación con la atención residencial a tiempo completo, en el respectivo contrato marco a que se refiere el parágrafo 75, apartado 1, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]; el proveedor de un grupo habitacional con cuidados ambulatorios tiene que informar a los dependientes antes de su ingreso en el grupo habitacional de manera apropiada de que esta extensión de servicios no se presta por él ni por un tercero en el grupo habitacional, sino que la asistencia también puede ser proporcionada por medio de la participación activa de sus propios recursos y de los de su entorno social (*núm. 4*).

15 3. Frente a la opinión del T[ribunal de] S[eguridad Social de] E[stado federado], y sobre la base de sus declaraciones no impugnadas y, en consecuencia, vinculantes para la Sala enjuiciadora (*parágrafo 163 de la L[ey de los] T[ribunales de] S[eguridad Social]*), en el caso del alojamiento ocupado por el grupo habitacional del demandante, se trataba de una *vivienda compartida* en el sentido del parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, núm. 1, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial].

16 a) Cómo haya que interpretar la exigencia de «vivienda compartida», y si existen sus requisitos, hay que determinarlo de conformidad con los métodos generales de interpretación aplicables. En consecuencia, se debe tener en cuenta especialmente el sentido y la finalidad del parágrafo 38a del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]: la finalidad del complemento de grupo habitacional es mejorar significativamente —también desde una perspectiva financiera— los deseos de los dependientes en correspondencia con las condiciones marco de las nuevas formas de cuidado y de alojamiento en el ámbito ambulatorio (*proyecto de ley del Gobierno federal para la reorientación del seguro de dependencia – Dependencia-Reorientación-Ley <PNG>, Acta de la Cámara Baja 17/9369, sobre el artículo 1, núm. 13, parágrafo 38a del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial], pág. 20, en relación con el núm. 6; sobre este objetivo, cfr. también la financiación a que se refiere el parágrafo 45e del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]*). Con su carácter experimental, el complemento de grupo habitacional debe posibilitar formas individualizadas de asistencia, con fomento de la forma ambulatoria, basadas en el principio de autodeterminación del parágrafo 2 del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial], y favorecer posibilidades habitacionales fuera de la asistencia a la dependencia (típicamente más costosa) de carácter residencial (*al respecto, cfr. Resolución de recomendación e Informe de la Comisión de Salud, respecto de la 5ª Ley de modificación del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial], renombrado en 2015 como PSG I, cfr. Acta de la Cámara Baja 18/2909, págs. 37 y 41, en relación con el núm. 8*). La Sala ya ha decidido, por Sentencia de 18.2.2016 – B 3 P 5/14 R (*BSGE 120, 271 = SozR 4-3300, § 38a, núm. 1, marg. 20*), que se puede deducir la existencia de una vivienda compartida cuando el área sanitaria, la cocina y, si existe, el área residencial de una unidad domiciliaria cerrada, pueden ser utilizadas por todos los residentes en cualquier momento, de manera conjunta o en solitario. La vivienda debe ser accesible desde una entrada separada con cerradura desde el exterior, desde una escalera o desde una antesala. Por el contrario, las comunidades de dependientes en el vecindario, o las meras asociaciones sin vivienda compartida, no están incluidas en la regulación (*Sentencia del T[ribunal] F[ederal de] S[eguridad Social] de 18.2.2016,* ibidem*, con remisión al Acta de la Cámara Baja 17/9669 <Información por medio del Gobierno federal sobre la toma de posición de la Cámara Alta y contradeclaración del Gobierno federal sobre el proyecto de PNG, en relación con el núm. 13, artículo 1, núm. 13>, pág. 22*).

17 La Sala concreta ahora el concepto de «vivienda compartida», de tal manera que el fomento con un complemento de grupo habitacional sólo se excluye para tipos habitacionales que únicamente estarían destinados a una mera prestación "formal" de la asistencia ambulatoria, pero fácticamente corresponden a una asistencia completamente residencial. Esta interpretación amplia está justificada por el objetivo legislativo de fomentar las viviendas comunitarias merecedoras de fomento por la sociedad, con respeto de la esfera privada de manera adecuada (*cfr. proyecto de ley del Gobierno federal sobre PSG II, Acta de la Cámara Baja 18/5926, sobre el artículo 2, § 38a del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial], pág. 125, en relación con el núm. 20*). No existe «vivienda compartida» en la medida en que todo el complejo residencial esté configurado de modo que cada residente individual se cuide a sí mismo «prácticamente de manera independiente», o sea cuidado sin que pueda recurrir a la posibilidad de una convivencia «compartida».

18 c) Contra una interpretación «generosa» del concepto de «vivienda compartida» en este sentido, no se encuentran fuertes contraargumentos ni en el texto de la norma ni en los materiales legislativos. No cabe acoger la argumentación del T[ribunal de] S[eguridad Social de] E[stado federado], relativa a que la cualidad de vivienda conjunta no existe en forma habitacional comunitaria que es merecedora de fomento de conformidad con la voluntad del legislador, si la misma no sólo posibilita, sino que también «exige», la convivencia. En las motivaciones documentadas de la ley sobre el parágrafo 38a del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial], no hay suficientes puntos de apoyo para una interpretación tan limitada de las instituciones implicadas en el proceso legislativo. El «fortalecimiento de nuevas formas de cuidado y de vivienda» querido con la PNG claramente no está respaldado por una interpretación tan estricta. La prestación de seguridad social exige únicamente, en virtud del tenor literal, que los residentes allí (sólo) deban «vivir con la finalidad de asistencia a la dependencia organizada de manera común» (*parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, núm. 1, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]*); que sea necesaria la participación integral en la vida comunitaria, por el contrario, no es ningún requisito del complemento de grupo habitacional y, por lo tanto, tampoco está incluido en el texto legal. Una interpretación tan estricta también iría en contra del objetivo de la ley, a la luz del principio de la mayor eficacia posible de los derechos sociales (*parágrafo 2, apartado 2, del SGB I*). Se deseaba el nuevo establecimiento de las comunidades residenciales ambulatorias de dependientes a que se refiere el parágrafo 38a del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial], como formas intermedias organizadas útilmente de manera independiente, entre la atención en el entorno del hogar, de un lado, y la atención residencial a tiempo completo, de otro lado, como expresión de la variedad de formas habitacionales y de asistencia, que toman en consideración las necesidades individuales de los dependientes (al respecto, cfr. proyecto de ley del Gobierno federal sobre el PNG, en el lugar indicado, Acta de la Cámara Baja 17/9369, pág. 20, apartado 6, y pág. 40 y ss., en relación con el núm. 13).

19 Para el cumplimiento del objetivo del legislador, también hay que tener en cuenta que han cambiado las circunstancias sociales de las viviendas y las exigencias que les imponen en relación con los espacios habitables disponibles, así como el aumento de las demandas en las áreas sanitarias, y también, y precisamente, en lo que concierne a la situación de necesidad de las personas con discapacidades, la cual difiere significativamente de la de los residentes de otras comunidades residenciales típicas que no tienen afectada su salud. En consecuencia, no hay motivo para no aceptar una «vivienda compartida», cuando el equipamiento de un apartamento ya es adecuado para satisfacer las necesidades elementales de la vida diaria, incluso sin utilización de las instalaciones comunes (*así, correctamente, Udsching, jurisPR-SozR 6/2019, nota 4, en el apartado C*). No obstante, la situación habitacional también debe permitir materialmente, en amplia medida, la posibilidad de vida comunitaria en los espacios comunes; la mera existencia

de instalaciones comunitarias puramente funcionales, como, por ejemplo, trasteros para aparatos, no es suficiente a este respecto.

20 d) La situación habitacional del demandante, partiendo de las declaraciones del T[ribunal de] S[eguridad Social de] E[stado federado] vinculantes para la Sala (*cfr. parágrafo 163 de la L[ey de los] T[ribunales de] S[eguridad social]*) no cumplen las exigencias de la «vivienda compartida». En el período de 1.10.2015 a 30.9.2018, vivía en un complejo residencial que se caracterizaba por los siguientes rasgos: cada uno de los apartamentos grandes de cerca de 46 metros cuadrados en el complejo de once viviendas disponía de una sala de estar con cocina americana, un dormitorio y un baño, un timbre propio, un buzón propio y —si se encuentra en la planta baja— una puerta exterior propia. Sin embargo, la situación habitacional no se agotaba en ello. Y es que el complejo residencial también disponía de una sala común con mesa de comedor para todos los residentes, una gran cocina común totalmente equipada, una zona de descanso y de lectura, así como otro baño. Con respecto al grupo de personas aquí implicadas, dicho equipamiento puede subsumirse con holgura, desde un punto de vista funcional, en el concepto «vivienda compartida», en el sentido del parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, núm. 1, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]. A ello no se opone decididamente el hecho de que las unidades residenciales individuales estuvieran configuradas de la manera descrita anteriormente. Los requisitos establecidos para la existencia de una «vivienda compartida» se refieren principalmente, en lo esencial, a la parte de la vivienda que se utiliza, o es utilizable, conjuntamente por todos los residentes. Si las unidades residenciales individuales disponen de equipamientos característicos que van más allá de lo necesario, sobre la base de las instalaciones comunitarias existentes, es en principio inofensivo respecto del complemento de grupo habitacional. El uso y comodidad adicionales que se asocian con la existencia de instalaciones de cocina y de baño individuales en una vivienda compartida, no tienen una conexión material con el complemento de grupo habitacional. De todos modos, el incremento de costes existente en este contexto no está cubierto por esta prestación del seguro de dependencia.

21 e) Esta conclusión también es en gran medida consistente con los comentarios presentados en la actual Circular conjunta (aunque en todo caso sin eficacia normativa) de la GKV-Asociación Central, relativa a las disposiciones normativas sobre prestaciones del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial], en relación con la existencia de una vivienda compartida en el sentido del parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, núm. 1, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial] (en la redacción de 13.2.2018, pág. 182 y ss.; a fecha de junio 2020, en Internet, en www.gkv-spitzenverband.de, consultado en septiembre 2020). Las exigencias mínimas allí enumeradas para una vivienda conjunta podrían cumplirse en el caso del demandante. En el caso de la situación habitacional del demandante, existían áreas residenciales dentro del complejo residencial cerrado, las cuales podían ser utilizadas por todos los residentes, en solitario o conjuntamente, en cualquier momento. El valor de estas áreas comunes se explicita en el alquiler a pagar por ellos, el cual se corresponde con la mitad del alquiler de las áreas privadas. También la existencia de elementos de equipamiento utilizables individualmente en las áreas privadas, por ejemplo, espacios sanitarios totalmente equipados, no debería excluir sin más automáticamente, según la Circular, el derecho al complemento de grupo habitacional.

22 4. Sin embargo, por causa de la falta de declaraciones fácticas en las instancias previas, la Sala enjuiciadora no puede decidir concluyentemente por sí misma acerca de si el demandante tiene derecho al complemento de grupo habitacional. Ciertamente, el demandante percibió desde 1.2.2016 prestaciones de la demandada, por causa de su limitada competencia para la vida cotidiana, de manera que podría haber cumplido los requisitos del parágrafo 38a, apartado 1, núm. 1, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial] y del parágrafo 38a, apartado 1, núm. 2, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial] (*cada uno de ellos en la redacción de la Ley para una mejor conciliación de familia, atención y profesión de 23.12.2014 <Boletín Oficial Federal*

I 2462>) durante el período hasta 21.12.2016. No obstante, el T[ribunal de] S[eguridad Social de] E[stado federado] no ha declarado si el demandante también percibió una de las prestaciones mencionadas en el parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, núm. 2, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial], en la redacción de la PSG II de 21.12.2015 (*Boletín Oficial Federal I 2424*), también en el período de 1.1.2017 a 30.9.2018. Ciertamente, según el parágrafo 140, apartado 2, inciso 3, núm. 2, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial], podría partirse de que el demandante fue pasado el 1.1.2017 a un grado de dependencia; sin embargo, desde 1.1.2017 ya no existen en dicha forma las «prestaciones por causa de limitada competencia» a que se refiere el T[ribunal de] S[eguridad Social de] E[stado federado], en el sentido del parágrafo 45b del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial], en su antigua redacción, de manera que no se aclara si el demandante percibió desde entonces prestaciones, y en su caso cuáles, en el sentido del parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, núm. 2, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial] en su nueva redacción. En todo caso, el T[ribunal de] S[eguridad Social de] E[stado federado] no ha constatado si fue declarado dependiente en el período de 1.10.2015 a 31.1.2016, o si durante ese período se le reconoció una limitación importante en su competencia para la vida diaria (*parágrafo 38a, apartado 1, núm. 1, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial] en su a[ntigua] r[edacción]*), y si percibió una de las prestaciones mencionadas en el parágrafo 38a, apartado 1, núm. 2, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial], en su antigua redacción.

23 Adicionalmente, faltan declaraciones sobre el número y el grado de dependencia de los co-residentes del demandante en el grupo habitacional (*cfr. parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, núm. 1, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]*). El T[ribunal de] S[eguridad Social de] E[stado federado] —partiendo consecuentemente de su opinión jurídica— tampoco ha realizado suficientes declaraciones al respecto de si el grupo habitacional del demandante, con su intervención, ha responsabilizado conjuntamente a una persona, y en relación con qué actividades, si ése fuese el caso (*cfr. parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, núm. 3, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]*). Además, faltan declaraciones acerca de en qué períodos, en su caso, existió la correspondiente relación de servicios. Por lo tanto, no está claro, desde la perspectiva del proceso de casación, si y cuándo, en su caso, podría volver a tenerse derecho al complemento de grupo habitacional. Finalmente, también faltan declaraciones de hecho que permitan a la Sala la valoración de si puede existir una forma de asistencia que se corresponda ampliamente con los términos del parágrafo 38a, apartado 1, inciso 1, núm. 4, del Libro XI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial], en vista de la extensión de los servicios de la atención residencial a tiempo completo y, en consecuencia, en su caso, que se oponga al derecho desde esta perspectiva.

24 5. La decisión sobre las costas queda reservada a la decisión en el procedimiento de apelación reabierto.

nº 34 (1er Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Instrumentos que acreditan la titularidad de los derechos de Seguridad Social en el sistema de coordinación de la Unión Europea

Instruments proving entitlement to social security rights in the EU coordination system

Verónica Lidia Martínez Martínez *Investigadora asociada a la Universidad Anáhuac, México.*
https://orcid.org/0000-0002-7927-3006

Cita Sugerida: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, V.L.: «Instrumentos que acreditan la titularidad de los derechos de Seguridad Social en el sistema de coordinación de la Unión Europea». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 34 (2023): 149-167

Resumen

Partiendo de la idea, que en la Unión Europea impera un sistema de coordinación de los disímiles sistemas de Seguridad Social de los Estados que integran la organización internacional y no la armonización, con base en la regulación en los actuales reglamentos comunitarios y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en este trabajo se analizan la naturaleza y efectos de los documentos portátiles que acreditan la titularidad de los derechos de Seguridad Social, así como los procedimientos que se han instaurado cuando existen dudas respecto de su validez o exactitud de los hechos en que se basa su contenido. En la parte final del trabajo, con base en el método comparado, son presentadas las propuestas de reformas en materia de documentos portátiles con la finalidad adecuarlos a las actuales necesidades y exigencias.

Palabras clave

Seguridad Social; coordinación; documentos portátiles; tarjeta sanitaria europea; Unión Europea

Abstract

Based on the idea that in the European Union there is a system of coordination of the different social security systems of the States that make up the international organisation, as opposed to harmonisation, based on the regulations in the current Community regulations and the case law of the Court of Justice of the European Union, this paper analyses the nature and effects of the portable documents that accredit the ownership of social security rights, as well as the procedures that have been established when there are doubts as to their validity or the accuracy of the facts on which their content is based. In the final part of the work, based on the comparative method, proposals for reform of portable documents are presented in order to adapt them to current needs and requirements.

Keywords

Social Security; coordination; portable documents; European health card; European Union

1. EL SISTEMA DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

El Derecho de la Unión Europea no desempeña una labor de unificación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros.[1] Las principales causas de ello obedecen a la ausencia de

[1] El Derecho de la Unión Europea ha dejado de ser vinculante para el Reino Unido. 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. El ACC incluye un Protocolo relativo a la Coordinación de la Seguridad Social que tiene como objetivo que los Estados miembros de la UE-27 y el Reino Unido coordinen sus sistemas de seguridad

una verdadera identidad europea que hiciera posible la aplicación de esquemas de solidaridad[2] a nivel comunitario, además en sus inicios, la Comunidad Económica Europea (CEE) al limitar su esfera de actuación al ámbito económico, como su nombre lo indicaba, careció de competencia para regular la materia de Seguridad Social. Frente a la importancia de lo económico, la política social en general y, en particular, la Seguridad Social tuvieron un papel secundario, y por ello no se consideraron como elementos constitutivos y pilares fundamentales del proceso de integración europea.

Los diversos sistemas de Seguridad Social europeos al ser resultado de un proceso histórico en el que confluyeron factores políticos, económicos, sociales y culturales provocaron que los Estados diseñaran su propio sistema de Seguridad Social, determinaran la cobertura de las prestaciones que proporcionarían y la manera de cuantificarlas, las condiciones de admisibilidad y qué cotizaciones debían cubrirse para acceder a los beneficios prestacionales.

Por lo que en la Unión Europea (UE-27) existe una especie de Torre de Babel de la Seguridad Social en donde es posible la convivencia de modelos contributivos y no contributivos, sostenidos por cotizaciones o a través de impuestos, con base en periodos de residencia o de seguro, protección profesional o común, de reparto o de capitalización. Además, los Estados miembros de la UE-27, de acuerdo con el principio de territorialidad, se reconocen como soberanos en la aplicación de su normatividad social y existe gran renitencia en aceptar otras reglas que provengan de terceros países y, sobre todo, en desprenderse de sus competencias, por lo que la instauración de cualquier tipo de armonización produce una fuerte oposición, no sólo en los países con modelos de Estados de bienestar más generosos por 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 como resultado del incremento de los costes sociales.

Bajo este panorama en que la armonización en el ámbito de la Seguridad Social es prácticamente irrealizable se ha recurrido a la técnica de coordinación de los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros con la finalidad de remover las trabas a la libre circulación de los trabajadores, pero sin que ello implique la renuncia o disminución de derechos adquiridos o las expectativas de derecho.

Ante el carácter doméstico que ostenta en el espacio europeo la Seguridad Social y el papel de instrumento que se le atribuye para tratar de garantizar el ejercicio de la libertad de circulación por razones laborales, familiares o personales, aunadas al rechazo comunitario de una regulación armonizadora de las prestaciones de Seguridad Social, la intervención comunitaria opera bajo dos líneas de actuación: La primera de ellas, es la coordinación reglamentaria de los divergentes sistemas de Seguridad Social que imperan en los Estados miembros de la UE-27 y que sustituye a los numerosos acuerdos bilaterales, a la vez que garantiza una interpretación y protección uniforme de los derechos de los ciudadanos móviles de la UE-27 y de los miembros de sus familias.

La segunda línea es la armonización de los sistemas de Seguridad Social para expeler las contradicciones y las diferencias entre las disposiciones normativas y administrativas de los Estados miembros y lograr el acercamiento de sus legislaciones para la equiparación por la vía del progreso, en las condiciones de vida laborales de los trabajadores, por ello en este último rubro, se encuentra la emisión de Directivas y Decisiones como instrumentos de Derecho derivado de carácter vinculante (hard law).

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.

[2] 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.

2. INSTRUMENTOS QUE ACREDITAN LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Las instituciones de Seguridad Social de los Estados miembros de la UE-27 necesitan intercambiar información y documentación, principalmente para establecer y determinar los derechos y las obligaciones de los asegurados y beneficiarios en materia de Seguridad Social. También es posible que en caso de desplazamiento el interesado requiera de acreditar la titularidad de sus derechos de Seguridad Social a través de documentos portátiles.

En el intercambio de información y documentación operan los principios de cooperación leal y de confianza mutua, además de la observancia de los principios relativos al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de esos datos. El primero de los principios, previsto en los artículos 4, apartado 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), 76 del Reglamento 883/2004 y 5 del Reglamento 987/2009, exige que la institución competente realice una apreciación correcta de los hechos pertinentes para aplicar las normas relativas a la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social y, por tanto, que garantice la exactitud de las menciones que figuran en los documentos portátiles.[3]

Supuesta la cooperación leal por parte de todos los Estados miembros de la UE-27, estos deben tener una mutua confianza entre ellos, de manera que la administración de un Estado miembro que requiere la cooperación de otro confía en que la administración del Estado miembro al que compete el asunto actuará con el mismo rigor y diligencia que si actuase directamente ella misma.[4]

Asimismo, deberán observarse los principios generales de licitud, lealtad, transparencia, limitación de la finalidad, minimización, exactitud, seguridad, limitación del plazo de conservación, responsabilidad proactiva[5] en materia de tratamiento de datos, así como el principio especial de necesidad en cuanto al cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito de la seguridad social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión o de los Estados miembros y con la observancia de garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado[6] de conformidad con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RPD).

El RPD protege los datos personales independientemente de la tecnología utilizada para su tratamiento, pues con la entrada en vigor del Reglamento 883/2004[7] opera el Sistema de Intercambio Electrónico de Información en materia de Seguridad Social (EESSI) que junto con los formularios llamados Structured Electronic Document (SED)[8] y los documentos portátiles (Portable Document)

[3] STJUE de 26 de enero de 2006, Asunto C-2/05, Rijksdienst voor Sociale Zekerheid contra Herbosch Kiere NV y STJUE de 10 de febrero de 2000, Asunto C-202/97, Fitzwilliam Executive Search Ltd contra Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen.

[4] Navarro Amaro, S.: "La lucha contra el fraude no tiene fronteras en la Unión Europea", Revista Internacional de Protección Social, Vol. III, número 2, 2018, p. 34.

[5] Artículo 5 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos) disponible en: https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf (fecha de consulta: 14 de diciembre de 2022).

[6] Ibid, artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos).

[7] El Reglamento 883/2004 y su Reglamento de aplicación 987/2009 sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social entraron en vigor el 1º de mayo de 2010 y sustituyen a los Reglamentos 1408/71 y 574/72.

[8] En caso de que se utilice un formato distinto del SED, que no contenga toda la información obligatoria contemplada en aquél, el Estado miembro que requiera dicha información la solicitará al Estado miembro que haya expedido

son las herramientas que garantizan una mayor seguridad en la transmisión de datos, facilitan la cooperación y el cumplimiento de los principios de cooperación leal y confianza mutua entre los organismos de Seguridad Social de la UE-27, además de permitir un mejor tratamiento, control y manejo de la información y de los datos en el ámbito de la Seguridad Social.

El EESSI es un sistema informático que consiste en: a. La transmisión de documentos electrónicos estructurados; b. La construcción de una red europea protegida denominada Trans European Service for Telematics between Adsministrations (TESTA), c. La transmisión de documentos entre instituciones de los Estados miembros a través de puertas de ingreso denominadas Access Points, y d. La institución de un Directory electronic institutions, Directory Service, construido como un banco electrónico de datos accesible al público.

Cada Estado miembro de la UE-27 puede adoptar un enfoque flexible para poner en práctica el sistema EESSI, pero corresponde a la Comisión Europea apoyar y supervisar los esfuerzos de los Estados miembros con la finalidad de garantizar que estén preparados para utilizar el EESSI, que a pesar de no crear una base de datos para almacenar los mensajes y los datos personales de forma centralizada, marca un importante paso hacia la modernización de la coordinación de la Seguridad Social en Europa[9] porque sustituye los intercambios en papel entre las instituciones de Seguridad Social,[10]además de brindar las siguientes ventajas a los involucrados:

i. Para los ciudadanos:
   a. Tramitación más rápida de las solicitudes.
   b. Mayor rapidez en el cálculo y pago de las prestaciones de Seguridad Social.
ii. Para las administraciones:
   a. Mejora la aplicación y el cumplimiento de las normas de coordinación de Seguridad Social.
   b. Facilita y acelera los intercambios de información entre los organismos de Seguridad Social.
   c. Normalización de los flujos de información.
   d. Verificación y determinación de los derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social con una mayor exactitud y rapidez.
   e. Mejora de la comunicación multilingüe. El sistema EESSI contiene mensajes electrónicos similares en todos los idiomas de la UE-27 para gestionar las prestaciones de Seguridad Social.
   f. Mayor precisión de los datos intercambiados entre las administraciones nacionales que contribuyen a soslayar los errores y el fraude.
   g. Manejo seguro de los datos personales.
   h. Recopilación detallada de los datos estadísticos sobre los intercambios de mensajes entre los organismos de Seguridad Social.
iii. Para el medio ambiente: La reducción del consumo de papel minimiza el impacto en la naturaleza al disminuir la explotación y la tala de árboles, así como las emisiones de CO2 derivadas de la energía necesaria para convertir la celulosa en papel y de los residuos generados en el proceso.

el documento en el formato obsoleto. Decisión E7, de 27 de junio de 2019, relativa a las disposiciones prácticas de cooperación e intercambio de datos hasta que el sistema de intercambio electrónico de información sobre la seguridad social (EESSI) se aplique plenamente en los Estados miembros, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020D0306(01)&from=EN (fecha de consulta: 10 de julio de 2022).

[9] El primer intercambio de un mensaje electrónico estructurado sobre un expediente concreto tuvo lugar en enero de 2019 por parte del Centro Finlandés de Pensiones (ETK).

[10] Todos los documentos relativos a la coordinación de la Seguridad Social (formularios de la serie E, tarjetas sanitarias europeas y certificados provisionales sustitutorios) expedidos según las antiguas normas seguirán siendo válidos hasta el momento de su expiración, o hasta su retirada o sustitución por la autoridad competente.

Hasta antes del 1º de mayo de 2010 los instrumentos que servían para el intercambio de información entre los disímiles sistemas de Seguridad Social europeos eran los formularios de la serie E, en los que se plasmaba toda la información necesaria para determinar y justificar la titularidad del derecho a las prestaciones de Seguridad Social. Por regla general, los formularios europeos se expedían a petición del interesado, pero su falta de solicitud antes de abandonar el Estado miembro, no vedaba el reclamo de las prestaciones, toda vez que la institución del otro Estado miembro podía obtener la información requerida. Los antiguos formularios de la serie E tendrán validez hasta el momento de su expiración, retirada o sustitución[11]que realice la autoridad competente por los documentos portátiles siguientes:

Formulario	Finalidad	Organismo que lo expide
A1 Anteriormente E101 E103	Certificado de legislación aplicable. Este certificado tiene por objeto evitar que las instituciones de los diferentes Estados miembros de la UE-27 tengan una apreciación divergente sobre la legislación comunitaria y prevenir los conflictos de competencia que puedan resultar de la misma, además de garantizar la aplicabilidad del principio de unicidad y permitir demostrar que se cotiza a la Seguridad Social en otro Estado miembro de la UE, por ello es común que sea solicitado por los trabajadores desplazados o con actividades laborales simultáneas en varios países.	Se expide por el organismo de seguridad del Estado miembro al que se esté afiliado. La institución que expida el documento A1 deberá llevar a cabo una evaluación adecuada de los hechos y garantizar que la información contenida en el certificado es correcta.
Prestaciones de enfermedad		
S1 Anteriormente E106 E109 E120 E121 (expedido aún por algunos organismos)	Certifica el derecho a prestaciones sanitarias para aquellos que no viven en el Estado miembro de la UE-27, Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza donde están asegurados. Suele ser el caso de los trabajadores desplazados, trabajadores transfronterizos, pensionistas o funcionarios, así como las personas a su cargo.	Debe presentarse en las oficinas del organismo de seguro médico del Estado miembro de residencia.
S2 Anteriormente E112	Autorización para recibir tratamiento médico programado en otro Estado miembro de la UE-27, Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza.	Lo expide el organismo de Seguridad Social Debe presentarse al organismo de seguro médico del Estado miembro donde se recibirá el tratamiento médico.

[11] Decisión número H1, de 12 de junio de 2009, relativa al marco para la transición de los Reglamentos (CEE) no 1408/71 y (CEE) no 574/72 del Consejo a los Reglamentos (CE) no 883/2004 y (CE) no 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo y a la aplicación de las Decisiones y Recomendaciones de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, disponibles en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0424(05)&from=GA (fecha de consulta: 3 de junio de 2022).

S3	Certificado de derecho a prestaciones sanitarias en el anterior Estado miembro de empleo, ya sea para someterse a un nuevo tratamiento o para continuar un procedimiento médico iniciado antes de dejar de trabajar en ese país. Adecuado para los trabajadores transfronterizos jubilados que ya no están asegurados en su anterior país de empleo.	Presentación en el organismo de seguro médico del Estado miembro donde trabajaba como trabajador transfronterizo.
DA1 Anteriormente E 123	Otorga derecho a recibir tratamiento médico con condiciones especiales reservadas a los accidentes de trabajo y a las enfermedades profesionales ocurridos en otro país miembro de la UE-27, Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza.	Expide el organismo de seguro médico. Se presenta en el organismo de seguro médico del Estado miembro de residencia.
Prestaciones por desempleo		
U1 Anteriormente E 301	Declaración de periodos de seguro que deben contabilizarse al calcular la prestación por desempleo.	Expide el servicio público de empleo o el organismo de Seguridad Social competente del último Estado miembro de empleo. Se deberá presentar al servicio nacional de empleo del Estado miembro donde se vaya a solicitar la prestación por desempleo.
U2 Anteriormente E 303	Autorización para seguir percibiendo la prestación por desempleo mientras se busca trabajo en otro Estado miembro.	Expedido por el servicio público de empleo o el organismo de Seguridad Social competente del Estado miembro en que el interesado se haya quedado en paro. Se presenta al servicio nacional de empleo del Estado miembro donde se busca empleo.
U3	Informa a los servicios de empleo del Estado miembro que cubre las prestaciones de circunstancias que pueden afectar (reducción o interrupción) al derecho a las prestaciones por desempleo como consecuencia de este intercambio de información entre administraciones.	Se presenta al servicio nacional de empleo del Estado miembro donde se busca empleo. sobre la base de un formulario U2.
Pensiones		
P1 Anteriormente E205 E207 E211	Resumen de las decisiones adoptadas por los distintos organismos de Seguridad Social de los Estados miembros en donde se solicitó una pensión de jubilación, supervivencia o invalidez. así como a la manera en que cada organismo de Seguridad Social ha calculado los periodos de seguro, y permite comprobar, por ejemplo, si existen lagunas o si determinados periodos de seguro se solapan.	Expedido por el organismo responsable de otorgar las pensiones Lo expedirá cuando haya recibido los datos de las decisiones tomadas por los distintos organismos que haya tramitado la solicitud.

Cuadro 1. Documentos portátiles

Fuente: Elaboración propia con base en Normativa de la Unión Europea en materia de Seguridad Social. Sus derechos cuando se desplaza en la Unión Europea, Comisión Europea, Luxemburgo, 2011.

Los documentos portátiles amparan la titularidad de los derechos de Seguridad Social, contribuyen a garantizar la seguridad jurídica de los trabajadores que se desplacen dentro de la Unión Europea y, por lo tanto, facilitan los derechos de libre circulación y de prestación de servicios. Cada documento portátil contiene el nombre y apellidos de los interesados y es posible su expedición en favor de una persona o puede incluir a los miembros de su familia.

La CACSS ha recomendado a los servicios e instituciones competentes que los documentos portátiles expedidos de manera electrónica lleven un número de serie o número de identificación en cada página, siendo innecesaria la firma y el sello de tinta. En cambio, con la finalidad de soslayar la falsificación de los documentos portátiles,[12] cuando se expidan manualmente se recomienda incluir la firma manuscrita y un sello de tinta, además de imprimirse por las dos caras de una hoja.

De acuerdo con los actuales Reglamentos comunitarios[13] y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE),[14] los documentos portátiles tienen carácter vinculante y la apreciación de su validez es competencia exclusiva de la institución emisora, aunque pueden hacerse valer ante las instituciones de los demás Estados miembros de la UE-27 mientras no sean retirados o invalidados por el Estado miembro emisor.

De existir duda sobre la validez del documento o la exactitud de los hechos en que se basa su contenido, la institución del Estado miembro que lo reciba se dirigirá a la institución emisora para pedirle las aclaraciones necesarias y, si procede, la retirada del documento. Por su parte, la institución emisora reconsiderará los motivos de emisión del documento y en su caso lo retirará. Cuando exista duda sobre la información facilitada por los interesados, la validez de un documento o la exactitud de los hechos en que basa su contenido, la institución del lugar de residencia o de estancia, en la medida de lo posible y a petición de la institución competente, llevará a cabo la necesaria verificación de la información o del documento.[15]

Incluso, en el supuesto de que las instituciones involucradas no lleguen a ponerse de acuerdo, sobre la apreciación o la validez de los documentos portátiles, el asunto podrá someterse a la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (CACSSS), quien tratará de conciliar las divergentes posturas durante los seis meses siguientes a la fecha en que haya sido consultada.

3. LA TARJETA SANITARIA EUROPEA Y EL CERTIFICADO PROVISIONAL SUSTITUTORIO

La tarjeta sanitaria europea (TSE) es el documento portátil que certifica el derecho de una persona asegurada o de un pensionista, así como de los miembros de su familia, que se hallen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente, a recibir las prestaciones en especie necesarias, desde un punto de vista médico, tomando en consideración la naturaleza de los beneficios

[12] Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistema de Seguridad Social. Recomendación número H2, de 10 de octubre de 2018, relativa a la inclusión de elementos de autenticación en los documentos portátiles expedidos por la institución de un Estado miembro que acrediten la situación de una persona a efectos de la aplicación de los Reglamentos (CE) 883/2004 y (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019H0429(01)&from=EN (fecha de consulta: 23 de junio de 2022).

[13] El Reglamento 883/2004 y su Reglamento de aplicación 987/2009 sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social entraron en vigor el 1º de mayo de 2010 y sustituyen a los Reglamentos 1408/71 y 574/72.

[14] STJUE de 6 de febrero de 2018, Asunto C-359/16, Altun y otros. STJUE de 6 de septiembre de 2018, Asunto C-527/16, Salzburger Gebietskrankenkasse y Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz contra Alpenrind GmbH y otros.

[15] Artículo 5 del Reglamento 987/2009, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R0987&from=fr (fecha de consulta: 3 de julio de 2022).

y la duración de la estancia,[16] con independencia que ésta, tenga por objeto el turismo, una actividad profesional o los estudios.

La TSE permite que su titular prosiga con la residencia temporal en condiciones médicas seguras y no se vea obligado a regresar antes de lo previsto al Estado competente o al de residencia para recibir el tratamiento que requiera su estado de salud. Los nacionales de países no pertenecientes a la UE no pueden utilizar la TSE para recibir tratamiento médico en Dinamarca, Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza

La TSE, expedida por el proveedor nacional del seguro de asistencia sanitaria, es gratuita, individual, nominativa y válida desde su recepción hasta la fecha de expiración que consta en la misma. Durante su periodo de validez determinado por la institución que expida la TSE, se encuentra condicionada a que su titular continúe reuniendo los requisitos que dieron lugar a su obtención. Los datos que contiene la TSE son los siguientes:[17]

a) Nombre y apellidos del titular de la TSE.

b) Número de identificación personal del titular de la TSE o, en el caso de que dicho número no exista, de la persona asegurada de la cual deriven los derechos del titular de la TSE.

c) Fecha de nacimiento del titular de la TSE.

d) Fecha de expiración de la TSE.

e) Código ISO del Estado miembro de expedición de la TSE.

f) Número de identificación y acrónimo de la institución competente.

g) Número lógico de la TSE.

La TSE permite que las prestaciones en especie dispensadas por la institución del Estado sean reembolsadas por la institución competente conforme a las disposiciones vigentes, por ello es un instrumento que garantiza los derechos a la salud y de libre circulación. La institución competente no podrá denegar el reembolso del coste de las prestaciones bajo el argumento que la persona ha dejado de estar asegurada por la institución que expidió la TSE, a condición de que las prestaciones se suministren al titular de la TSE dentro del período de validez de esta última.

No es válida la TSE, si el motivo del desplazamiento a otro Estado miembro de la UE-27 es recibir tratamiento médico no cubierto por la misma o cuando el interesado traslade su residencia habitual al territorio de otro Estado miembro, pues en este último supuesto para recibir asistencia médica deberá darse de alta con el formulario S1. Tampoco cubre gastos de viaje con la finalidad de recibir tratamiento médico, no ampara la asistencia sanitaria privada como tampoco garantiza la gratuidad del servicio médico prestado, debido a que los sistemas de asistencia sanitaria de cada Estado miembro de la UE-27 son diferentes y no existe la armonización de los mismos, sino la existencia de un sistema de coordinación que mediante un sistema de reglas conflictuales y principios hermenéuticos[18] es posible determinar la legislacion aplicable que pueden dar lugar a que los servicios sanitarios que en un Estado miembro son gratuitos, no lo sean en otro u otros.

[16] Decisión número S1 de 12 de junio de 2009, relativa a la tarjeta sanitaria europea, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0424(08)&from=CS (fecha de consulta: 15 de junio de 2022).

[17] Idem.

[18] Los principios básicos sobre los que descansa el sistema de coordinación de las legislaciones internas son los de no discriminación e igualdad de trato, unicidad, territorialidad en la determinación de la ley aplicable, asimilación,

En el caso de que circunstancias excepcionales impidan la expedición de una TSE, la institución competente expedirá un certificado provisional sustitutorio (CPS) con un período de validez limitado que es de noventa días en la mayoría de los casos. El CPS ofrece la misma cobertura que la TSE y podrá ser solicitado por la persona asegurada o por la institución del Estado de estancia.

4. LOS PROCEDIMIENTOS DE DIÁLOGO Y CONCILIACIÓN

La CACSSS, formada por un representante de cada Estado miembro de la UE-27 y un representante de la Comisión Europea, está facultada para propiciar la colaboración entre los Estados miembros de la UE-27 y sus instituciones en materia de Seguridad Social, resolver todas las cuestiones de índole administrativa y de interpretación derivadas de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, de cualquier convenio o acuerdo celebrado en el marco de ambos reglamentos, sin menoscabo del derecho que asista a las autoridades, instituciones y personas interesadas de recurrir a los procedimientos previstos y a las jurisdicciones instauradas por las legislaciones de los Estados miembros de la UE-27 o por el Reglamento de base,[19] además de facilitar la aplicación uniforme del Derecho comunitario y pronunciarse sobre la interpretación de la normativa en materia de coordinación de la Seguridad Social.

Para el desarrollo de sus funciones, la CACSSS tiene el apoyo de la Comisión Técnica, que se ocupa del tratamiento de datos con fines de intercambio de información. Además, de la Comisión de Cuentas, cuyas principales funciones son la comprobación del método de determinación y de cálculo de los costes medios anuales presentados por los Estados miembros de la UE-27, la reunión de los datos pertinentes, la realización de los cálculos necesarios para determinar el estado anual de los créditos correspondientes a cada Estado miembro y la realización de todos los trabajos, estudios o misiones sobre los asuntos que le remita la CACSSS.

La CACSSS también podrá crear un Comité Operativo para que le preste asistencia y facilite el trabajo, así como un Comité de Conciliación para la asistencia en las interpretaciones de las disposiciones de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Es posible que la CACSSS instaure grupos de trabajo y de estudio para la atención de problemas particulares, mientras que para la elaboración y presentación de propuestas sobre cuestiones específicas podrá crear grupos *ad hoc* integrados por un número limitado de personas.

Todos los miembros de la CACSSS y el representante de la Comisión Europea tendrán derecho a presentar a la CACSSS cuestiones concretas relativas a la interpretación de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 que realicen los Estados miembros o entre uno o varios Estados miembros y la Comisión Europea que sean divergentes y puedan transgredir los derechos de sus titulares. En caso de duda acerca de la validez de un documento expedido por una institución o autoridad de otro Estado miembro se han instaurado los procedimientos de diálogo y conciliación.

En la primera fase del procedimiento de diálogo, la institución o autoridad que plantee dudas acerca de la validez de un documento (institución solicitante), de acuerdo con el principio de cooperación leal, se pondrá en contacto con la institución solicitada para que le dé las explicaciones necesarias acerca de su decisión y, en su caso, proceda a retirar o declarar nulo el cuestionado documento, o bien revise o anule su decisión.[20]La institución solicitante presentará los justificantes

totalización, exportabilidad, subsidiariedad de la intervención normativa comunitaria, colaboración administrativa, conservación de derechos adquiridos y en curso de adquisición

[19] Las Decisiones que se adopten deben estar debidamente motivadas y se publicarán en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo opinión en contrario de la mayoría de los miembros de la CACSSS.

[20] Decisión número A1, de 12 de junio de 2009, relativa al establecimiento de un procedimiento de diálogo y conciliación sobre la validez de los documentos, la determinación de la legislación aplicable y el abono de prestaciones de acuerdo con el Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0424(01)&from=PL (fecha de consulta: 5 de julio de 2022).

que sirven de sustento a la solicitud, justificará su petición indicando la aplicabilidad de la Decisión A1, además de precisar quién será la persona de contacto durante esta primera fase.

Por su parte, la institución solicitada acusará recibo de la solicitud por correo electrónico o fax dentro de los diez días laborables siguientes a la recepción de la solicitud e indicará también quién será la persona de contacto. A más tardar tres meses después de la recepción de la solicitud la institución solicitada informará a la institución solicitante del resultado de su investigación. Si la decisión original es confirmada o anulada, o el documento es retirado o declarado nulo, la institución solicitada informará a la institución solicitante, notificará a la persona en cuestión y, en su caso, a su empleador de la decisión adoptada, así como de los procedimientos aplicables para recurrirla.[21]

Cuando la institución solicitada no pueda concluir la investigación en el plazo de tres meses, debido a la complejidad del caso o a que la verificación de algunos datos exige la intervención de otra institución, podrá ampliarse el plazo a un máximo de tres meses. La institución solicitada informará a la institución solicitante de la ampliación del plazo, dentro de una semana antes de la expiración del plazo inicial, con la justificación de los motivos del retraso e indicando el plazo para la conclusión de la investigación.[22]

De no alcanzarse un acuerdo durante la primera fase del procedimiento de diálogo, o si la institución solicitada no ha podido concluir la investigación en el plazo de seis meses después de recibir la solicitud, las instituciones informarán a sus autoridades competentes para que decidan iniciar la segunda fase del procedimiento de diálogo o remitir el asunto a la CACSSS.[23]

Cuando tenga lugar la segunda fase del procedimiento de diálogo, las autoridades competentes nombrarán a las personas de contacto en el plazo de dos semanas después de recibir la notificación de las instituciones. La principal función de las personas de contacto es buscar un acuerdo sobre el asunto planteado en el plazo de seis semanas después de su designación, además de informar a las correspondientes instituciones del resultado de la segunda fase del procedimiento de diálogo mediante un acta de actividades. [24]

Si la decisión que se asuma, opta por no agotar la segunda fase del procedimiento de diálogo o de no lograrse un acuerdo al concluirse, las autoridades competentes podrán remitir el asunto a la CACSSS. La función de la CACSSS es tratar de conciliar las posturas de las instituciones en los seis meses siguientes a la fecha en que le sea planteado el asunto o podrá optar por remitirlo al Comité de Conciliación que instituya conforme a su normativa.[25] A pesar de que los trabajadores son los principales afectados en los casos de error, inexactitud y fraude de los documentos portátiles no están legitimados para iniciar los procedimientos de diálogo y conciliación.

Cuando la CACSSS no logre conciliar los puntos de vista de las instituciones interesadas, sin perjuicio de las eventuales impugnaciones por vía jurisdiccional que existan en el Estado miembro de la institución expedidora, queda la posibilidad de interponer el recurso por incumplimiento de conformidad con el artículo 259 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) examine la exactitud de los certificados expedidos e impugnados.

[21] Idem.
[22] Idem.
[23] Idem.
[24] Idem.
[25] Idem.

5. LOS DOCUMENTOS PORTÁTILES EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

El TJUE, en su calidad de autoridad judicial y de máximo intérprete tiene como principal labor llevar a cabo la interpretación de la normatividad comunitaria a través de sus fallos, que al tener efectos *erga omnes,* deben cumplimentarse por los Estados miembros de la UE-27.

La jurisprudencia emitida por el TJUE es una de las piezas claves del proceso de integración europea, además de tener una posición preeminente en el sistema constitucional de fuentes porque marca las notas y directrices de la coordinación en el ámbito de la Seguridad Social, provoca la modificación de los instrumentos de coordinación, principalmente de los reglamentos, además de tener un papel fundamental en la tutela de los derechos de los beneficiarios de las prestaciones de Seguridad Social.

La mayoría de los fallos dilucidan las cuestiones prejudiciales que se someten a la resolución del TJUE por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, aunque también aporta y delimita conceptos fundamentales para la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y fija los efectos de los instrumentos que facilitan la misma sin detrimento de los derechos de libertad de circulación y de Seguridad Social.

La jurisprudencia del TJUE ha determinado y reiterado que, de acuerdo con los principios de cooperación leal y de confianza mutua, los documentos portátiles expedidos por la institución competente de un Estado miembro de la UE-27 vinculan y tienen plenos efectos tanto para las instituciones de Seguridad Social como para los tribunales del Estado miembro en que se ejerza la actividad, mientras no sean retirados o invalidados por el Estado miembro en el que se expidieron[26] e incluso pueden hacerse valer cuando dichos documentos se expidieron después de la sujeción del trabajador afectado al régimen de seguridad social del Estado miembro de acogida (efecto retroactivo).[27]

De acuerdo con lo anterior, hasta tanto no se retire o declare la invalidez de un documento portátil, la institución competente o los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de acogida deben tener en cuenta que el trabajador está sometido a la legislación de Seguridad Social del Estado miembro de la institución competente que emitió el documento.[28]

Incluso los certificados o documentos portátiles conservan su validez aun cuando las autoridades competentes de los Estados miembros interesados acudan a la CACSSS y se determinara que, al haberse expedido de manera fraudulenta debe retirarse, porque la función de dicha autoridad, al limitarse a conciliar las posturas de las autoridades competentes de los Estados miembros que acuden a ella, sus conclusiones tienen el valor jurídico de un dictamen.[29]

La jurisprudencia del TJUE ha distinguido la expedición fraudulenta de los documentos o certificados portátiles de la existencia de error en su expedición o dudas sobre la exactitud de los hechos contenidos en los mismos.[30] Un aspecto medular que aporta la jurisprudencia del TJUE es la definición de fraude en la expedición de los documentos o certificados portátiles ante su indefinición

[26] STJUE de 27 de abril de 2017, Asunto 620/15, A-Rosa Flussschiff GmbH contra Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales d'Alsace (Urssaf) y Sozialversicherungsanstalt des Kantons Graubünden. STJUE de 6 de febrero de 2018, Asunto C-359/16, Altun y otros. STJUE de 6 de septiembre de 2018, Asunto C-527/16, Salzburger Gebietskrankenkasse y Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz contra Alpenrind GmbH y otros.

[27] STJUE de 30 de marzo de 2000, Asunto C-178/97, Barry Banks and Others v Theatre royal de la Monnaie.

[28] STJUE de 6 de febrero de 2018, Asunto C-359/16, Altun y otros.

[29] STJUE de 6 de septiembre de 2018, Asunto C-527/16, Salzburger Gebietskrankenkasse y Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz contra Alpenrind GmbH y otros.

[30] STJUE de 27 de abril de 2017, Asunto 620/15, A-Rosa Flussschiff GmbH contra Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales d'Alsace (Urssaf) y Sozialversicherungsanstalt des Kantons Graubünden.

en los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 que contraviene la falta de racionalidad comunicativa o lingüística[31] de ambos ordenamientos.

De acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo, al pronunciarse en el asunto C-359/16, Altun y otros, sobre el carácter vinculante del certificado E101, la determinación de la existencia de un fraude exige la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo, así como del derecho de debido proceso que brinda a las personas a quienes se imputa el fraude cometido la posibilidad de defensa para refutar las pruebas aportadas en su contra.[32]

El elemento objetivo consiste en la falta requisitos exigidos para la obtención de la ventaja solicitada, que en el contexto del caso C-359/16, Altun y otros, se trataba del incumplimiento de los requisitos previstos por la disposición del título II del Reglamento 1408/71 en virtud de la cual se expidió el antiguo certificado E101. Por su parte, el elemento subjetivo consiste en la intervención o voluntad intencionada en vía de acción u omisión por parte de los interesados de esquivar o eludir los requisitos exigidos para obtener la ventaja vinculada al certificado.[33]

El TJUE en los asuntos acumulados C-370/17 y C-37/18 también determinó que la declaración de la existencia de un fraude que vicie la expedición de un certificado tiene lugar de reunirse los siguientes elementos:[34]

a) Que la institución competente del Estado miembro de acogida ha iniciado, sin dilación, el procedimiento de diálogo, previsto en el artículo 84 bis, apartado 3, de Reglamento 1408/71,[35] otorgando la oportunidad a la institución competente del Estado miembro de emisión de revisar la procedencia de la expedición de los certificados a la luz de la información concreta aportada por la institución competente del Estado miembro de acogida que lleva a considerar que los certificados han sido obtenidos o invocados de manera fraudulenta, y

b) Que la institución competente del Estado miembro de emisión no ha procedido a tal revisión y no se ha pronunciado, dentro de un plazo razonable, sobre esa información, anulando o retirando, en su caso, los certificados controvertidos.

Al imponerse, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, los principios de repudio del abuso del Derecho y el fraude que impiden el reconocimiento de hechos o situaciones que se realicen para beneficiarse indebidamente de las ventajas establecidas en el Derecho Comunitario,[36] de comprobarse el fraude en la expedición de los documentos controvertidos se preven dos posibles soluciones: a. La anulación de los certificados o documentos y b. No tener en cuenta los documentos. El TJUE se inclinó en los asuntos acumulados C-370/17 y C-37/18 por la segunda opción de concurrir los dos requisitos mencionados.

[31] 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. Civitas. España, 1997.

[32] Idem.

[33] STJUE de 6 de febrero de 2018, Asunto C-359/16, Altun y otros.

[34] STJUE de 2 de abril de 2020, Asunto acumulados C-370/17 y C-37/18, Caisse de retraite du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile (CRPNPAC) contra Vueling Airlines SA y Vueling Airlines SA and Jean-Luc Poignant, respectivamente.

[35] Actualmente artículo 76, apartado 6, de Reglamento 883/2004.

[36] STJUE de 2 de mayo de 1996, Asunto C 206/94, Brennet AG contra Vittorio Paletta. STJUE de 12 de septiembre de 2006, Asunto C 196/04, Cadbury Schweppes plc y Cadbury Schweppes Overseas Ltd contra Commissioners of Inland Revenue. STJUE de 5 de julio de 2007, Asunto C 321/05, Hans Markus Kofoed contra Skatteministeriet. STJUE de 22 de noviembre de 2017, Asunto C 251/16, Edward Cussens y otros contra T. G. Brosman.

A pesar de la aportación hermenéutica del TJUE en la conceptualización del fraude y de sus elementos que lo configuran, la sentencia dictada en los asuntos acumulados C-370/17 y C-37/18 deja las siguientes dudas sin resolver:[37]

a) ¿Qué debe entenderse por la expresión "no tener en cuenta la información" proporcionada por el Estado de acogida a la hora de dar respuesta a la petición formulada por las instituciones emisoras? ¿Podría considerarse razonable exigir a la institución emisora que analice expresamente los datos comunicados por la institución del Estado de acogida en la motivación de su decisión para poder entender cumplida esta exigencia?

b) ¿En qué momento debe empezar a computar el período sin dilación? Posibles opciones: ¿desde que se detecta la probable conducta fraudulenta por una inspección nacional? ¿Desde que el órgano jurisdiccional del Estado receptor se percata de la posible situación fraudulenta e insta a la institución competente a iniciar el procedimiento de diálogo administrativo?[38]

c) ¿Qué órgano jurisdiccional debe velar por el cumplimiento del primero de los requisitos exigidos para la configuración del fraude? Posibles opciones: i. El primero que conozca del litigio, sin posibilidad de subsanación posterior o ii. Cualquiera de los órganos jurisdiccionales que deban resolver el caso concreto.[39]

d) ¿Qué parámetros deben considerarse para la conceptualización de los indefinidos conceptos "sin dilación" y "plazo razonable" como pilares fundamentales en la configuración del fraude?

En lo concerniente al término plazo razonable, como parte de los derechos a la tutela efectiva y el debido proceso, la Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR)[40] para determinar si la duración de un proceso es razonable considera que deben analizarse y valorarse los siguientes factores: i. La complejidad del asunto; ii. La actividad procesal del interesado; iii. La conducta de las autoridades competentes y iv. La afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo. Aunque también, podría entenderse que una respuesta "en plazo razonable" de la institución nacional requerida sería aquella que se realice dentro de los plazos fijados en los Reglamentos (es decir, 30 días con carácter general, o 10 días en casos urgentes).[41]

6. PROPUESTAS DE REFORMA EN MATERIA DOCUMENTOS ACREDITATIVOS DE DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL[42]

En cumplimiento a la labor de colaboración y a la Estrategia Digital de la UE y ante la ineficacia del procedimiento previsto en los artículos 76, apartado 6 del Reglamento 883/2004 y 5 del

[37] Martín-Pozuelo López, A.: Los Reglamentos Comunitarios de Coordinación: Puntos críticos de la ley aplicable a la relación de afiliación. Tesis doctoral, 2021, disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=292918 (fecha de consulta: 4 de julio de 2022).

[38] Idem.

[39] Idem.

[40] Sentencia ECHR de 8 de julio de 2003, Comunicación 46096/99, Caso Mocie contra Francia. Sentencia ECHR de 5 de octubre de 2000, Comunicación 33804/96, Caso Mennitto contra Italia. Sentencia ECHR de 4 de febrero de 2003, Comunicación 60545/00, Caso Perhirin y otras 29 personas contra Francia. Sentencia ECHR de 9 de diciembre de 1994, Comunicación 19006/91, Caso Schouten y Meldrum contra Países Bajos.

[41] 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. Disponible en https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7698-2019-ADD-1-REV-1/en/pdf

[42] De aprobarse las modificaciones propuestas a los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 serían inaplicables al Reino Unido. El Protocolo relativo a la Coordinación de la Seguridad Social es el ordenamiento aplicable en materia de

Reglamento 987/2009, la Comisión Europea como responsable de poner en marcha una infraestructura de tecnologías de la información que sirva como puente para que las instituciones puedan intercambiar datos y documentación de los sistemas de Seguridad Social europeos con mayor rapidez y seguridad, con base en el artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, presentó el 13 de diciembre de 2016 la Propuesta de modificación a los Reglamentos 883/2004 y 987/2009.[43]

La Propuesta del órgano ejecutivo de la UE-27 forma parte de un paquete de movilidad laboral y es resultado de la cambiante realidad social y de las modificaciones legales que se han implementado a nivel nacional, motivadas en su mayoría, por la jurisprudencia que dimana del TJUE con la finalidad de continuar el proceso de modernización de la legislación de la UE-27 en materia de coordinación de la Seguridad Social para facilitar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos europeos, garantizar una distribución justa y equitativa de la carga financiera entre las instituciones de los Estados miembros implicados, lograr un sistema modernizado de la coordinación previsional que responda a la realidad socio-económica del afiliado, alcanzar la simplificación administrativa e implementar aquellas medidas que garanticen el cumplimiento de las normas comunitarias.

La Propuesta de modificación al Reglamento 987/2009 sugiere la modificación del artículo 5, apartado 2 con la finalidad de instaurar modificar el procedimiento para los casos de duda sobre la validez del documento o la exactitud de los hechos en que se basa su contenido. De acuerdo con los cambios que se proponen, la institución del Estado miembro de la UE-27 que tenga alguna duda sobre la validez del documento o su exactitud procederá a comunicarse con la institución emisora para pedirle las aclaraciones necesarias y, si procede, la retirada del documento cuestionado. Al recibir una solicitud de ese tipo, la institución emisora reconsiderará los motivos de la emisión del documento y, si es necesario, lo retirará o rectificará en un plazo de veinticinco días laborables[44] contados a partir de la recepción de la solicitud.[45]

Al detectarse un caso indiscutible de fraude cometido por el solicitante del documento, la Propuesta de modificación al actual Reglamento de aplicación sugiere que la institución emisora retire o rectifique el documento de manera inmediata y con efectos retroactivos. Por el contrario, si la institución emisora, después de considerar los motivos de emisión del documento, no ha sido capaz de detectar ningún error, transmitirá a la institución solicitante todos los justificantes en un plazo de veinticinco días laborables contados a partir de la recepción de la solicitud.[46] La Propuesta del órgano ejecutivo de la UE-27 también otorga a la institución solicitante que reciba los justificantes el derecho de formular una nueva solicitud de aclaración y de ofrecer pruebas con la finalidad de acreditar la inexactitud del contenido del documento o que la información conforme a la cual se expidió es incorrecta.[47]

El principal problema que presenta el procedimiento propuesto por la Comisión Europea es que no define qué debe entenderse por fraude o cuáles son los elementos que intervienen en su configuración, sobre todo, porque ante las divergencias que existen entre las legislaciones de los Estados miembros de la UE-27 y la apreciación e interpretación que realizan las instituciones u

documentos acreditativos de derechos de la Seguridad Social de los Estados miembros de la UE-27 y el Reino Unido.

[43] Esta propuesta se materializó en el 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.

[44] 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, op. cit.

[45] Cuando los motivos de la urgencia se hayan indicado en la solicitud, este procedimiento debe realizarse en un plazo de dos días laborables a partir de la recepción de la solicitud.

[46] Propuesta de modificación al artículo 5 del Reglamento 987/2009. 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, op. cit.

[47] Idem.

organismos de Seguridad Social de las normatividad comunitaria pueden generarse una diversidad de criterios que resulten contradictorios en detrimento de los titulares de los derechos.

Ante la importancia que tienen los procedimientos de verificación y el retiro de documentos en los casos de fraude y error así como el intercambio de información entre las instituciones emisoras y las que solicitan el retiro del documento, el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea presentaron el 25 de marzo de 2019 el Acuerdo Provisional sobre la propuesta de revisión de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009.

Bajo este panorama, las tres instituciones europeas coinciden en la modificación del Reglamento 987/2009 para que los documentos expedidos por la institución de un Estado miembro de la UE-27 que muestren la posición de una persona a efectos de la aplicación de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, así como las pruebas de apoyo sobre cuya base los documentos fueron expedidos, sean aceptados por las instituciones de los demás Estados miembros, siempre que no hayan sido retirados o declarados nulos por el Estado miembro emisor.[48]

De manera ambigua el Acuerdo Provisional también prevé que, cuando no exista el llenado de las secciones indicadas como obligatorias entonces la institución del Estado miembro que reciba el documento, sin demora, notificará a la institución expedidora las omisiones que presenta. Cuando la información obligatoria faltante, no sea proporcionada dentro de los treinta días siguientes, la institución solicitante puede proceder como si el documento nunca hubiera sido emitido, pero deberá informar el hecho a la entidad emisora. Con la anterior regla, la propuesta limita la validez de los documentos portátiles a los casos en los que se llenen todas las secciones obligatorias, siendo necesario que en los reglamentos comunitarios o en una Directiva se detalle el contenido y los requerimientos que deben cumplir los documentos portátiles para que tengan validez en el espacio europeo con la finalidad de soslayar la interpretación discrecional de las instituciones emisoras y lograr la armonización en esos rubros.

De conformidad con las sentencias dictadas por el TJUE en los asuntos C-359/16 C-370/17 y C-37/18, el Acuerdo Provisional propone la modificación del Reglamento 987/2009 para incorporar la definición de fraude en los términos siguientes:[49] "fraud means any intentional act or omission to act, in order to obtain or receive social security benefits or to avoidto pay social security contributions, contrary to the law of a Member State in accordance with the basic Regulation and the implementing Regulation" ("*toda acción u omisión intencionada, con el fin de obtener o recibir prestaciones de seguridad social o de evitar pagar cotizaciones de seguridad social, que contravenga el Derecho del Estado o Estados miembros correspondientes, el Reglamento de base o este Reglamento*").

Empero, de existir dudas sobre la validez de un documento o la exactitud de los hechos en los que éste se basa, el Acuerdo Provisional prevé que la institución del Estado miembro que lo reciba pueda solicitar a la institución emisora la aclaración necesaria y, en su caso, la retirada o rectificación del documento. La institución solicitante deberá fundamentar su solicitud y proporcionar la documentación de respaldo pertinente. Al recibir la solicitud, la institución emisora reconsiderará los motivos para la emisión del documento y, en caso de detectarse un error, procederá a retirarlo o subsanarlo en un plazo de treinta días hábiles desde la recepción de la solicitud.[50]

Cuando la entidad emisora determine sobre la base de las pruebas disponibles que no existe duda de que el solicitante del documento cometió fraude, lo retirará o rectificará sin demora y con efecto retroactivo.[51] Las instituciones de la UE-27 proponen que la retirada o rectificación del documento tenga efecto retroactivo, sin embargo, en los casos en que exista el riesgo de un resultado desproporcionado, y en particular, de la pérdida de la condición de asegurado para la totalidad o parte

[48] Idem.
[49] Idem.
[50] Idem.
[51] Idem.

del período pertinente en todos los Estados miembros de la UE-27, coinciden en que tenga lugar la aplicación del artículo 16 del Reglamento de base con la finalidad de alcanzar un acuerdo entre las partes involucradas.

Si la institución emisora, habiendo reconsiderado los motivos para la emisión del documento, es incapaz de detectar el error, remitirá a la institución solicitante todos los datos disponibles y pruebas dentro de los treinta días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. En casos urgentes, la remisión deberá realizarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. Cuando la institución solicitante que ha recibido las pruebas disponibles continúe albergando dudas sobre la validez de un documento o la veracidad de los hechos contenidos en el mismo, puede realizar una nueva solicitud de aclaración conforme al procedimiento descrito con anterioridad.[52]

Al privilegiarse en el Acuerdo Provisional el interés de los Estados miembros y el principio de cooperación, de existir duda sobre la validez de un documento o sobre la exactitud de las pruebas de apoyo, se propone que dentro de un período de tiempo razonable, los Estados involucrados consideren la posibilidad de celebrar un acuerdo en términos del artículo 16 del Reglamento 883/2004 respecto de una parte o la totalidad de los períodos cubiertos por el documento.[53] Ante el inconveniente del carácter voluntario de los acuerdos, de imposibilitarse su celebración, se propone que el asunto pueda ser presentado ante la CACSSS para que pueda fungir como autoridad conciliadora dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le sometió el caso a su consideración.

Aunque las autoridades competentes y las instituciones interesadas tomarán las medidas necesarias para aplicar la decisión que adopte la CACSSS, el inconveniente es que su determinación al ser resultado de la función conciliatoria que desempeña ese organismo tiene el carácter de dictamen, por lo que las autoridades, instituciones y personas interesadas podrán recurrir a los procedimientos y tribunales establecidos en la legislación comunitaria o en la de los Estados miembros.

El Acuerdo Provisional también prevé atribuir facultades a la CACSSS para que, asistida por un comité de apelación en términos del Reglamento número 182/2011,[54] pueda adoptar actos de ejecución para establecer procedimientos estándar para la emisión, el formato y el contenido de los documentos portátiles que certifiquen la legislación de Seguridad Social que se aplica al titular, así como los elementos que deben verificarse antes de que el documento pueda ser emitido, retirado o rectificado por parte de la institución emisora.

A pesar de considerarse necesario que las decisiones que adopte la CACSSS en lo referente a la determinación de la validez de los documentos portátiles tengan carácter vinculante para las partes interesadas, los procedimientos para la emisión de los documentos, el contenido de los mismos y los elementos que deben verificarse antes de su expedición deben ser parte del contenido de los actuales Reglamentos 883/2004 y 987/2009 o de una Directiva con la finalidad de soslayar la discrecionalidad que impera en la apreciación de la validez de los documentos y en la interpretación de la legislación comunitaria que realizan las instituciones de seguridad social, pues a pesar de la divergencia que impera en los sistemas de seguridad social de los Estados miembros de la UE, consideramos que es posible lograr la armonización en los requisitos que deben reunir los documentos portátiles y en los elementos que deben verificarse antes de su expedición para que tengan validez en el espacio europeo.

A manera de corolario se presentan las coincidencias y divergencias que presentan las propuestas de modificación a los reglamentos comunitarios en materia de retiro o rectificación de documentos portátiles.

[52] Idem.
[53] Idem.
[54] Idem.

PROPUESTAS EN MATERIA DE RETIRO O RECTIFICACIÓN DE DOCUMENTOS PORTÁTILES	
Propuesta de la Comisión Europea de 13 de diciembre de 2016.	Acuerdo Provisional de 25 de marzo de 2019.
No la prevé.	Se inserta la definición de fraude
Se pone en duda la validez del documento.	Se pone en duda la validez del documento.
Se pone en duda la exactitud de los hechos contenidos en el documento.	Se pone en duda la exactitud de los hechos contenidos en el documento.
Existe fraude cometido por el solicitante del documento	Existe fraude cometido por el solicitante del documento
No lo prevé.	Omisiones en el documento.
No lo prevé.	Existen errores en el documento.

Cuadro 2. Propuestas en materia de retiro o rectificación de documentos que acreditan derechos en materia de Seguridad Social.
Fuente: Elaboración propia con base en las Propuestas presentadas por las instituciones europeas los días 13 de diciembre de 2016 y 25 de marzo de 2019.

No obstante, que el Acuerdo Provisional contempla un mayor número de normas procedimentales y supuestos que pueden dar lugar al retiro o rectificación de un documento portátil, no instaura las normas procedimentales para las diversas situaciones que pueden generar la invalidez y retiro de un documento, lo que puede provocar que siga imperando la apreciación discrecional de las instituciones de seguridad social en la resolución que debe adoptarse en cada caso concreto.

Bajo un marco jurídico que posibilite la transmisión de la información y los datos de manera adecuada, oportuna, segura y completa conforme a las necesidades y exigencias impuestas por la estrategia digital de la Unión Europea, pero salvaguardando en todo momento los derechos de los ciudadanos europeos y la protección de sus datos, será necesario instaurar los procedimientos a seguir en los casos de error, deficiencias u omisiones en el llenado de los documentos, inexactitud de la información o hechos contenidos en los documentos y su expedición fraudulenta, además de establecerse para cada caso las consecuencias que serán procedentes, toda vez que al tratarse de acciones u omisiones divergentes los efectos y posibles sanciones también deben serlo.

Siendo necesario que, en caso de ponerse en duda la validez y exactitud de los documentos portátiles, se permita conforme a los derechos de audiencia y debido proceso, la intervención a los trabajadores titulares de los derechos de Seguridad Social y de sus posibles beneficiarios por ser los principales afectados con las determinaciones adoptadas por las instituciones de Seguridad Social de los Estados miembros de la UE-27.

Por supuesto, en este esfuerzo será fundamental la coordinación y el dialogo entre las diversas instituciones de seguridad social, así como el establecimiento y actualización de la normatividad, tecnologías y prácticas adecuadas para abatir la desinformación, las trabas y prácticas administrativas burocráticas que entorpecen la libertad de circulación y lesionan el derecho a las prestaciones de Seguridad Social que deben concederse con la debida oportunidad y prontitud posible porque aminoran situaciones de necesidad o contrarrestan riesgos que ponen en peligro la existencia del ser humano.

7. CONCLUSIÓN

Es necesaria la revisión del sistema de coordinación de Seguridad Social de la UE-27 para instituir la normativa y los instrumentos que faciliten el intercambio de información y documentación entre los organismos involucrados, además de favorecer el diálogo interinstitucional y la ayuda mutua para combatir el fraude y la simulación en el financiamiento de las prestaciones de Seguridad Social,

privilegiando su cobertura con la debida oportunidad y prontitud que el caso lo amerite en favor de los destinatarios que cubran los requisitos exigidos por la legislación aplicable (principio de unicidad).

En parte, al depender la funcionalidad del sistema de coordinación de Seguridad Social de la UE-27, de los documentos que acreditan la titularidad de los derechos en el ámbito de la Seguridad Social amerita que los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 definan las figuras jurídicas del error y fraude, así como los elementos que los configuran y harían procede la retirada o la rectificación de los documentos de manera inmediata y con efectos retroactivos.

A lo anterior, debe adicionarse la instauración de normas adecuadas en los reglamentos comunitarios para reglar los aspectos referentes a la aclaración, rectificación, inexactitud y retiro de los documentos portátiles y de un sistema de garantías procedimentales que permita la regulación de los medios probatorios que puedan aportarse por los interesados para contribuir a acreditar o desvirtuar algún vicio que puedan presentar los documentos en su elaboración o en la constitución de un fraude que haga procedente el retiro o la rectificación de los mismos.

8. BIBLIOGRAFÍA

Atienza M., *Contribución a una teoría de la legislación*, España, Civitas, 1997.

COMISIÓN EUROPEA, Normativa de la Unión Europea en materia de Seguridad Social. Sus derechos cuando se desplaza en la Unión Europea, Comisión Europea, Luxemburgo, 2011.

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.

Martín-Pozuelo López, A.: Los Reglamentos Comunitarios de Coordinación: Puntos *críticos de la ley aplicable a la relación de afiliación*. Tesis doctoral, 2021, disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=292918 (fecha de consulta: 4 de julio de 2022).

Navarro Amaro, S.: "La lucha contra el fraude no tiene fronteras en la Unión Europea", *Revista Internacional de Protección Social*, Vol. III, número 2, 2018.

9. NORMATIVAS

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. Disponible en https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7698-2019-ADD-1-REV-1/en/pdf

Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistema de Seguridad Social. Recomendación número H2, de 10 de octubre de 2018, relativa a la inclusión de elementos de autenticación en los documentos portátiles expedidos por la institución de un Estado miembro que acrediten la situación de una persona a efectos de la aplicación de los Reglamentos (CE) 883/2004 y (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019H0429(01)&from=EN (fecha de consulta: 23 de junio de 2022).

Decisión número H1, de 12 de junio de 2009, relativa al marco para la transición de los Reglamentos (CEE) no 1408/71 y (CEE) no 574/72 del Consejo a los Reglamentos (CE) no 883/2004 y (CE) no 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo y a la aplicación de las Decisiones y Recomendaciones de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, disponibles en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0424(05)&from=GA (fecha de consulta: 3 de junio de 2022).

Decisión número S1 de 12 de junio de 2009, relativa a la tarjeta sanitaria europea, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0424(08)&from=CS (fecha de consulta: 15 de junio de 2022).

Decisión número A1, de 12 de junio de 2009, relativa al establecimiento de un procedimiento de diálogo y conciliación sobre la validez de los documentos, la determinación de la legislación aplicable y el abono de prestaciones de acuerdo con el Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0424(01)&from=PL (fecha de consulta: 5 de julio de 2022).

Decisión E7, de 27 de junio de 2019, relativa a las disposiciones prácticas de cooperación e intercambio de datos hasta que el sistema de intercambio electrónico de información sobre la seguridad social (EESSI) se aplique plenamente en los Estados miembros, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020D0306(01)&from=EN (fecha de consulta: 10 de julio de 2022).

Reglamento 8832004, disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81111 (fecha de consulta: 3 de julio de 2022).

Reglamento 987/2009, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R0987&from=fr (fecha de consulta: 3 de julio de 2022).

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos) disponible en: https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf (fecha de consulta: 14 de diciembre 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. Disponible en https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7698-2019-ADD-1-REV-1/en/pdf.

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 34 (1er Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

1. CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

1.1. MEDIDAS URGENTES DE CARÁCTER ECONÓMICO Y SOCIAL

— Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad (BOE 28-12-2022)

Convalidación por Resolución de 24 de enero de 2023, en BOE 27-1-2023

Con este real decreto-ley se adopta un sexto paquete de medidas para articular la respuesta de política económica frente a la guerra de Ucrania a partir del 1 de enero de 2023, adaptándola al contexto de inflación actual, concentrando su actuación en los colectivos vulnerables del incremento en el precio de los alimentos y otros bienes de primera necesidad y en los sectores más afectados por la subida de la energía.

Las medidas del real decreto-ley se centran en cinco ámbitos principales: (i) energía (ii) alimentos (iii) transporte (iv) industria gas intensiva (v) estabilidad económica y financiera (vi) escudo social. Adicionalmente, se incluyen medidas dirigidas a extender la protección a las familias y empresas afectadas todavía por la erupción de la isla de La Palma así como otras medidas de carácter urgente.

En el ámbito social destacan las siguientes medidas:

1. Se modifica la disposición transitoria cuarta.6 LGSS, con la finalidad de prorrogar, hasta el 31 de diciembre de 2023, lo establecido en la misma, en relación con la jubilación parcial de los trabajadores de la industria manufacturera.

2. Se prorroga la medida excepcional prevista en el artículo 13 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre (antes artículo 18 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, por el que se acordó una moratoria contable para excluir las pérdidas de 2020 a los efectos de la determinación de causas de disolución de sociedades de capital para evitar la liquidación de empresas que resultaban viables en unas condiciones de funcionamiento de mercado normales, que hubiera provocado importantes efectos tanto sobre la estabilidad económica como sobre las empresas y los puestos de trabajo. Considerando necesario mantener dicha medida, se establece que, a los efectos de la causa legal de disolución por pérdidas, no se computarán las de los ejercicios 2020 y 2021 durante un período de 3 ejercicios contables.

3. Igualmente, dadas las dificultades actuales de las actividades agrarias, pesqueras y de transporte, se prorroga, igualmente por un plazo de tres meses más, el régimen extraordinario de aplazamientos en el pago de cuotas de la Seguridad Social a que se refieren el artículo 2 del Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía, el artículo 37 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, y el artículo 28 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

4. En el ámbito de las medidas de carácter social, dirigidas a evitar un aumento de la desigualdad, destacan las relativas al suministro mínimo y la lucha contra la pobreza energética y las

relativas al aumento del ingreso mínimo vital y pensiones no contributivas y protección en el ámbito de la vivienda. Además se introduce una línea directa de ayuda a personas físicas de bajo nivel de ingresos y patrimonio, de 200 euros de cuantía en pago único, que se dirige a quienes hayan sido asalariados, autónomos o desempleados en 2022, con el fin de paliar situaciones de vulnerabilidad económica, no cubiertas por otras prestaciones de carácter social, como es el caso de las pensiones o el ingreso mínimo vital. Para la percepción de esta ayuda, se establecen unos máximos de ingresos y patrimonios conjuntos en función de la convivencia en el domicilio.

5. En materia de Seguridad Social, se extiende, con efectos de 1 de enero de 2023, para todo el año, el incremento extraordinario de la prestación del ingreso mínimo vital que se estableció en el artículo 45 del Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, complementándose el porcentaje que deba aplicarse a dicha prestación para su actualización de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2023 en un porcentaje igual a la diferencia entre aquél y el 15 por ciento, de modo que el ingreso mínimo vital experimente para 2023 un 15 por ciento de incremento respecto de la cuantía que tenía a 1 de enero de 2022. Lo mismo se establece respecto al incremento extraordinario de las pensiones de jubilación e invalidez del sistema de Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, que estableció el art. 45 bis del citado real decreto-ley.

6. En atención a la situación de vulnerabilidad de las personas beneficiarias de la prestación del ingreso mínimo vital, especialmente de las unidades familiares con menores, y para evitar el daño derivado del reintegro inmediato de cantidades indebidamente percibidas, se establece que no serán exigibles las cantidades que no superen el 65 por ciento de la cuantía mensual de las pensiones no contributivas, cuando en la unidad de convivencia se integre, al menos, un beneficiario menor de edad. Se pretende evitar con ello una reducción tal de la cuantía total mensual del ingreso mínimo que haría que la situación de especial protección se agravase, colocando al menor en una situación de precariedad mayor que la que se pretende evitar mediante el reconocimiento del derecho al ingreso mínimo vital.

7. Además, este Real Decreto-ley extiende algunas de las medidas específicas destinadas a apoyar a los ciudadanos y empresas afectados por la erupción del volcán de La Palma. Entre ellas, se prorrogan las medidas previstas en la disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, y prorrogada por la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero, y por el artículo 25 del Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, referidas a los expedientes de regulación temporal de empleo derivados de las situaciones de fuerza mayor provocadas por la erupción volcánica; la prestación extraordinaria por cese de actividad que vinieran percibiendo los trabajadores autónomos; y la prórroga durante tres meses más del régimen extraordinario de aplazamientos en el pago de cuotas de la Seguridad Social establecido en el artículo 10 del Real Decreto-ley 20/2021, de 5 de octubre.

8. El real decreto-ley incorpora también otras medidas urgentes para cubrir algunas lagunas que están teniendo un impacto muy negativo desde el punto de vista económico o social:

— Se modifica la LGSS para permitir la actividad de los profesionales jubilados y contribuir así a paliar la falta de facultativos de atención primaria, médicos de familia o pediatras en el Sistema Nacional de Salud.

— Se establece una prórroga la vigencia del Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022, durante el periodo necesario para garantizar los trabajos de la mesa de diálogo social.

— Se prorrogan las medidas de acompañamiento precisas para asegurar la protección social, evitando despidos y destrucción de puestos de trabajo. Así, el real decreto-ley adapta al

nuevo periodo de apoyo público que se extiende hasta el 30 de junio de 2023 las medidas en el ámbito laboral de apoyo a las personas trabajadoras del artículo 44 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo así como en el artículo 1.Diez del Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, de forma que:

a) Las empresas beneficiarias de las ayudas directas no podrán justificar despidos objetivos basados en el aumento de los costes energéticos.

b) Las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos.

1.2. COTIZACIÓN

— Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023 (BOE 31-1-2023)

Conforme al artículo 122 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, que establece las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023, mediante esta Orden se dictan las normas necesarias para su aplicación y desarrollo.

— A través de esta Orden se reproducen las bases y tipos de cotización y, conforme al art. 148 LGSS, se adaptan las bases de cotización establecidas con carácter general a los supuestos de contratos a tiempo parcial.

— Asimismo, fija los topes máximo y mínimo de cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

— Como consecuencia de la prórroga del salario mínimo interprofesional establecida por el Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, hasta tanto no se apruebe el salario mínimo interprofesional para el año 2023, las bases de cotización de todos los grupos profesionales previstas en esta orden tendrán carácter provisional hasta que, mediante una nueva orden ministerial, se aprueben de forma definitiva.

— En materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, para los trabajadores por cuenta ajena, será de aplicación la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

— A su vez, en esta orden se fijan los coeficientes aplicables para determinar la cotización a la Seguridad Social en supuestos específicos, como son los de convenio especial o exclusión de alguna contingencia.

También se establecen los coeficientes para la determinación de las aportaciones a cargo de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social al sostenimiento de los servicios comunes de

la Seguridad Social, aportaciones mediante las que se garantiza el mantenimiento del equilibrio financiero entre las entidades colaboradoras señaladas y la

Administración de la Seguridad Social.

Por último, debe señalarse que en la orden se han introducido las modificaciones necesarias para adecuar su contenido a las recientes reformas legales en materia de Seguridad Social con incidencia en la cotización, entre ellas las fijadas por 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; las establecidas en el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, en el que se modifica el sistema de cotización del Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, o las derivadas de la cotización correspondiente al mecanismo de equidad intergeneracional previsto en 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.

— Orden ISM/25/2023, de 13 de enero, por la que se establecen para el año 2023 las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero (BOE 17-1-2023)

Mediante esta Orden se determinan, en función de los valores medios de las remuneraciones percibidas en el año 2022, las bases únicas para la cotización por contingencias comunes y profesionales según provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales, conforme a lo previsto en el artículo 122, apartado Ocho.2 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.

La Disposición transitoria única (Ingreso de diferencias de cotización) establece que las diferencias de cotización que se hubieran podido producir por la aplicación de las bases de cotización establecidas en esta orden respecto de las cotizaciones que a partir de 1 de enero de 2023 se hubieran efectuado, podrán ser ingresadas, sin recargo, en el plazo que finaliza el último día del segundo mes siguiente al de su publicación en el BOE.

1.3. INCAPACIDAD TEMPORAL

— Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración (BOE 5-1-2023)

El objeto principal de este real decreto es la modificación del artículo 7 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio.

El Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, adaptó la regulación vigente hasta entonces en dicha materia a una serie de reformas legales, así como a los avances que se habían ido produciendo en la coordinación de actuaciones por parte de los servicios públicos de salud, de las entidades gestoras de la Seguridad Social y de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. Ese real decreto incidía en los mecanismos de gestión de la incapacidad temporal ya existentes, a la vez que introducía otros nuevos, con el fin de aligerar trámites y obligaciones burocráticas y potenciaba la utilización de las nuevas tecnologías

para el intercambio de datos, así como la coordinación y la colaboración entre los distintos actores implicados.

En el diseño de gestión regulado en el citado Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, se mantuvo el modus operandi tradicional conforme al cual el facultativo entrega a la persona trabajadora, además del parte médico destinado a la misma, una copia en papel de los partes médicos de baja, confirmación y alta médica para que la presente, en un plazo determinado, en la empresa, la cual, a su vez, ha de cumplimentar ciertos datos requeridos en los mismos y remitirlos a la entidad gestora.

El grado de desarrollo actual de los sistemas informáticos permite prescindir de la entrega a la persona trabajadora de la copia en papel del parte médico destinada a la empresa y de su presentación por aquella en esta y la puntual comunicación a la empresa, directamente por la administración, de la expedición de los partes médicos. Igualmente resulta posible que aquella comunique a la administración los datos adicionales que esta precise para la gestión y control de la situación de incapacidad temporal y de la prestación correspondiente a la misma, así como de la compensación en la cotización, en su caso, de lo abonado en pago delegado, sin necesidad de la previa presentación del parte por la persona trabajadora.

De este modo, además, se evitan a la persona trabajadora obligaciones burocráticas que, precisamente por estar en incapacidad temporal, pueden resultarle gravosas.

Este cambio es el objeto principal de este real decreto, a cuyo fin se modifica el artículo 7 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio.

— Se establece que el servicio público de salud o, en su caso, la mutua o la empresa colaboradora remitirá los datos contenidos en los partes médicos de baja, confirmación y alta al Instituto Nacional de la Seguridad Social, por vía telemática, de manera inmediata, y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición.

— El Instituto Nacional de la Seguridad Social, a su vez, comunicará a las empresas los datos identificativos de carácter meramente administrativo relativos a los partes médicos de baja, confirmación y alta emitidos por los facultativos del servicio público de salud o de la mutua, referidos a sus personas trabajadoras, como máximo, en el primer día hábil siguiente al de su recepción en dicho Instituto, para su conocimiento y cumplimiento, en su caso.

— Junto a ello se introducen en el citado real decreto otras modificaciones de menor alcance:

  • Por una parte, se introduce un nuevo párrafo al final del artículo 2.3 en el cual se explicita que, en cualquiera de los procesos contemplados en ese apartado, el facultativo podrá fijar la correspondiente revisión médica en un período inferior al indicado en cada caso. Con ello, se trata de evitar eventuales dudas interpretativas.

  • Por otra parte, en la nueva redacción del artículo 7 no se incorpora una previsión similar a la recogida, hasta la fecha, en su apartado 4, respecto a la posibilidad de suspender la colaboración obligatoria de las empresas en el pago de las prestaciones económicas por incapacidad temporal en caso de la no transmisión de los datos a que vienen obligadas conforme a ese mismo artículo. Y ello porque el citado incumplimiento ya constituye una infracción sancionable a través del correspondiente procedimiento.

— Orden ISM/2/2023, de 11 de enero, por la que se modifica la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración (BOE 13-1-2023)

(Corrección de errores en BOE 28-1-2023)

Mediante esta Orden se adapta la regulación contenida en la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, a las modificaciones introducidas por el Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración y por el Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral.

Dichas adaptaciones se refieren tanto en lo que afecta a su articulado como a los modelos de partes médicos que se incluyen como anexos a la Orden.

1.4. PENSIONES

— Real Decreto 1058/2022, de 27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2023 (BOE 28-12-2022)

Conforme al título IV de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, se establece que las pensiones experimentarán en 2023 con carácter general un incremento porcentual igual al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre de 2022.

— De acuerdo con tales disposiciones legales, este real decreto establece una revalorización general de las pensiones y otras prestaciones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como de Clases Pasivas del Estado, del 8,5 por ciento.

— Igualmente, se fija una revalorización del 8,5 por ciento de las cuantías mínimas de las pensiones del sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, así como de las pensiones no concurrentes del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez y de las pensiones de Clases Pasivas.

— Idéntico porcentaje de incremento experimentarán las cuantías de los límites de percepción de pensiones públicas, así como los importes de los haberes reguladores aplicables para la determinación inicial de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado y de las pensiones especiales de guerra.

— También se fijan las reglas y el procedimiento para efectuar la revalorización y el sistema de reconocimiento de complementos por mínimos en las pensiones de la Seguridad Social y en las pensiones de Clases Pasivas.

— Asimismo, se establecen las cuantías de las prestaciones familiares de la Seguridad Social y de los subsidios económicos contemplados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. También se fija la revalorización para

el año 2023 de las ayudas sociales a los afectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana.

1.5. SANIDAD

— Real Decreto 118/2023, de 21 de febrero, por el que se regula la organización y funcionamiento del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (BOE 22-2-2023)

El INGESA es una entidad gestora de la Seguridad Social, adscrita al Ministerio de Sanidad a través de la Secretaría de Estado de Sanidad, con naturaleza de entidad de derecho público y capacidad jurídica para el cumplimiento de los fines que le están encomendados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66 del TRLGSS. En su condición de entidad gestora, le será de aplicación la disposición adicional decimotercera de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Este Real Decreto le atribuye competencias (art. 2). También prevé la organización y funcionamiento de los servicios centrales del INGESA (arts. 3-7), y territoriales (arts. 8 15), así como también dispone los órganos de participación en el control y vigilancia del INGESA.

El Real Decreto 118/2023 configura como de difícil cobertura los puestos de trabajo de personal sanitario del INGESA en Ceuta y Melilla, habilitándose a la Dirección del INGESA para establecer las medidas necesarias que incentiven la contratación de profesionales en estos puestos.

Entre las derogaciones normativas, se establece la derogación del artículo 15 del Real Decreto 1087/2003, de 29 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo, y el Real Decreto 1746/2003, de 19 de diciembre, por el que se regula la organización de los servicios periféricos del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y la composición de los órganos en el control y vigilancia de la gestión.

1.6. OTRAS NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

— Procedimientos administrativos. Gestión informatizada. Resolución de 27 de diciembre de 2022, de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se determinan las prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuya resolución se podrá adoptar de forma automatizada, los criterios de reparto para la asignación a las direcciones provinciales de la ordenación e instrucción de determinados procedimientos, y la dirección provincial competente para reconocer las pensiones cuando sea de aplicación un instrumento internacional de Seguridad Social (BOE 31-12-2022)

El artículo 130 LGSS establece la posibilidad de que se adopten y notifiquen resoluciones de forma automatizada en los procedimientos de gestión de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social previstas en la misma, excluidas las pensiones no contributivas. A su amparo se dictó la Resolución de 23 de febrero de 2016, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de diversos procedimientos de gestión de determinadas prestaciones de la Seguridad Social, la cual se refiere a la automatización íntegra de determinados procedimientos.

No obstante, existen supuestos en los que, si bien cabe la automatización de algunos actos o actuaciones dentro del procedimiento, no es posible prescindir absolutamente de la intervención de un empleado público en todas las fases del mismo, resultando por tanto necesario establecer, conforme a la citada normativa, dichos supuestos. Para ello, esta Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó la «Resolución de 14 de enero de 2022, por la que se determinan las prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuya resolución se podrá adoptar de forma automatizada, los criterios de reparto para la asignación a las direcciones provinciales de la

ordenación e instrucción de determinados procedimientos, y la dirección provincial competente para reconocer las pensiones cuando sea de aplicación un instrumento internacional de Seguridad Social», posteriormente modificada a través de la Resolución de 22 de marzo de 2022, con la finalidad de extender las previsiones relativas a la adopción de resoluciones de forma automática y los criterios de reparto entre las diferentes direcciones provinciales a la prestación de ingreso mínimo vital, de no asignar la tramitación de los expedientes de auxilio por defunción por el sistema de reparto en ningún caso y de modificar su anexo para determinar la dirección provincial a la que se le atribuyen las competencias y actuaciones en los procedimientos de reconocimiento del derecho a las pensiones de jubilación en su modalidad contributiva, de muerte y supervivencia y de incapacidad permanente en las que fuese de aplicación el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Senegal.

Desde dicha resolución se ha evidenciado la necesidad de implementar nuevos cambios que redunden en una gestión más ágil y eficaz, procediéndose así a una distribución de asuntos más racional y eficiente, que evite la concentración en algunas direcciones provinciales de expedientes concernientes a un número excesivamente elevado de países. Del mismo modo, se ha constatado que, en la distribución inicial de competencias especializadas, no se había tenido en cuenta la dificultad particular para gestionar expedientes asociados a determinados colectivos, como por ejemplo el colectivo de Minería de Carbón, muy presente en los expedientes a totalizar con Polonia.

Además, la entrada en producción el pasado 4 de julio de 2022 del Sistema Electrónico Europeo de Intercambio de Información (EESSI) en materia de pensiones, subraya la importancia de la atención y resolución de procesos de forma inmediata con las instituciones competentes de otros estados miembros, por lo que resulta de gran dificultad mantener una adecuada coordinación con los diferentes estados en las direcciones provinciales que tienen atribuida la competencia respecto de un elevado número de países.

Como consecuencia de todo ello, se ha observado que las direcciones provinciales inicialmente seleccionadas para la especialización de gestión de expedientes al amparo de normas internacionales, resultan insuficientes y que se hace necesario ampliar el número de las direcciones provinciales competentes en estos expedientes y redistribuir los países de los inicialmente se ha determinado su competencia.

En aras de garantizar el principio de seguridad jurídica, y con la finalidad de recoger e incorporar estas nuevas cuestiones, se procede a dictar una nueva resolución, de tal manera que se recojan en un único cuerpo normativo las disposiciones vigentes sobre esta materia, procediéndose así a derogar la citada Resolución de 14 de enero de 2022.

La presente Resolución establece:

— El Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá automatizar la adopción de las resoluciones, utilizando como sistema de firma el sello electrónico de la entidad, en los siguientes procedimientos: Jubilación en su modalidad contributiva; Muerte y supervivencia; Nacimiento y cuidado de menor; Ingreso mínimo vital.

— Se exceptúan los procedimientos referidos a las prestaciones por muerte y supervivencia que requieran el dictamen propuesta, preceptivo y no vinculante, del Equipo de Valoración de Incapacidades o, en su caso, de la Comisión de Evaluación de Incapacidades, así como los de las pensiones o prestaciones en favor de familiares y las indemnizaciones especiales a tanto alzado en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

— En relación con las resoluciones automatizadas que se adopten por la entidad gestora en los procedimientos indicados en el apartado anterior, se considerará responsable a

efectos de impugnación la dirección provincial de la provincia en que tenga su domicilio la persona interesada, salvo en los supuestos siguientes:

1) En el caso de expedientes de pensiones en los que sea de aplicación un instrumento internacional de Seguridad Social, se considerará responsable a efectos de impugnación la dirección provincial de la provincia que se determina en el Anexo de esta resolución.

2) En el caso de que la persona solicitante de una prestación resida en el extranjero, y no sea de aplicación un instrumento internacional de Seguridad Social, se considerará responsable a efectos de impugnación la dirección provincial de la provincia en la que, según los sistemas de información de la Seguridad Social, la persona causante acredite las últimas cotizaciones en España y, si no constasen datos, la dirección provincial de la provincia en la que la persona solicitante hubiese alegado las últimas cotizaciones en España.

— Contabilidad. Resolución de 29 de diciembre de 2022, de la Intervención General de la Seguridad Social, por la que se dictan instrucciones contables en materia de reintegro de pago indebido de prestaciones económicas de la Seguridad Social (BOE 5-1-2023)

(Corrección de errores en BOE 19-1-2023)

Se dicta una nueva resolución para:

— en primer término, incorporar el procedimiento a aplicar en aquellos supuestos en que los reintegros de pagos indebidos de prestaciones no se hayan podido formalizar al presupuesto del ejercicio en que se produce el cobro o devolución y,

— en segundo lugar, efectuar una adecuada sistematización de las operaciones contables para una mayor claridad y coherencia en la aplicación de los distintos procedimientos de registro derivados de este tipo de expedientes.

— Patrimonio. Real Decreto 37/2023, de 24 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1221/1992, de 9 de octubre, sobre el patrimonio de la Seguridad Social (BOE 25-1-2023)

Se lleva a cabo una revisión y adaptación del texto reglamentario que regula el patrimonio de la Seguridad Social, como consecuencia de las modificaciones introducidas en la LGSS por la disposición final vigésima quinta de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2023, respecto a las cuestiones vinculadas con el patrimonio de la Seguridad Social.

El objeto de esta modificación es que los bienes inmuebles que forman parte del citado patrimonio, sin perder tal carácter, además de estar afectos, con carácter prioritario, a los fines de la Seguridad Social, puedan ser destinados a fines de utilidad pública a través de su adscripción o cesión de uso.

Además, dado el tiempo transcurrido desde la aprobación del Real Decreto 1221/1992, de 9 de octubre, sobre el patrimonio de la Seguridad Social, y a pesar de que esta norma se ha visto modificada en tres ocasiones, se considera conveniente proceder a su reforma con el fin de adecuar la gestión del patrimonio de la Seguridad Social a las últimas recomendaciones realizadas al efecto por el Tribunal de Cuentas en el Informe número 1.483 de fiscalización operativa sobre la eficiencia en el uso de los inmuebles de la Seguridad Social, con especial referencia a la eficiencia energética.

En este sentido, se ha revisado la regulación de los negocios jurídicos patrimoniales a través de los cuales se efectúa la gestión del patrimonio de la Seguridad Social, tomando en consideración

la necesidad inminente de superar determinados obstáculos que dificultan o impiden desarrollar adecuadamente dicha gestión.

Además, se introduce un nuevo modo de actuar en la gestión del patrimonio, basado en el futuro Plan de optimización del patrimonio, cuyo fin será alcanzar una gestión más eficaz y eficiente.

— Gestión y procedimiento. Resolución de 7 de febrero de 2023, de la Tesorería General de la Seguridad Social, mediante la que se establece un procedimiento de colaboración de las entidades financieras en la gestión de obtención de información y práctica del embargo por medios telemáticos de los pagos efectuados a través de Terminales de Punto de Venta a deudores de la Seguridad Social (BOE 17-2-2023)

Esta Resolución se enmarca en el propósito de modernizar la actuación administrativa, dentro del cual cobra especial relevancia la utilización de medios electrónicos en el ámbito de la gestión recaudatoria en vía ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social.

En dicha adaptación de la gestión al uso de medios electrónicos, no puede obviarse que el uso de la tarjeta de crédito o débito constituye un medio de pago cada vez más habitual, que se instrumenta a través de los Terminales de Puntos de Venta, cuya operativa consiste en que el titular de un establecimiento mercantil contrata dicho servicio con una entidad financiera, la cual abona a aquel el importe obtenido de los pagos efectuados con tarjeta de crédito o débito en los Terminales de Puntos de Venta correspondientes.

El hecho de que el uso de este medio de pago se haya extendido notablemente supone necesariamente un aumento de actuaciones ejecutivas por parte de los órganos de recaudación de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre los pagos efectuados a través de los Terminales de Puntos de Venta cuando los mismos se realizan a deudores de la Seguridad Social.

Dichas actuaciones se han venido practicando de forma individualizada mediante la emisión diaria de las correspondientes diligencias de embargo a cada una de las entidades financieras, las cuales deben cumplir con el deber de información que establece el artículo 40 LGSS. Los requerimientos que a este respecto se emiten a las mismas, deben ser atendidos en el mismo momento de su presentación conforme al artículo 53 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, lo que supone un considerable esfuerzo de gestión tanto para las distintas entidades financieras como para la Tesorería General de la Seguridad Social.

Con el fin de solventar esta situación y en aras a agilizar la práctica de este tipo de embargo, resulta necesario articular un nuevo procedimiento administrativo de colaboración de las entidades financieras en esta materia por medios telemáticos, el cual dotará de mayor eficacia e inmediatez a la actuación recaudatoria en vía ejecutiva.

Las entidades financieras que no se adhieran al procedimiento de colaboración establecido por la presente resolución, que incumplan sus términos o que obstaculicen su adecuado desarrollo no podrán alegar dificultades técnicas u operativas que hayan podido motivarse por el número de actuaciones solicitadas, como causa de exoneración de las responsabilidades en que hayan podido incurrir por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en lo concerniente al suministro de información y a la práctica de embargos sobre los pagos efectuados a través de Terminales de Punto de Venta.

En virtud de todo ello, la Tesorería General de la Seguridad Social, como órgano competente para la gestión de la recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social, establece mediante esta resolución un procedimiento administrativo de colaboración de las entidades financieras en la obtención de información y práctica por medios telemáticos del embargo de los pagos efectuados a través de los Terminales de Puntos de Venta a los deudores de la Seguridad Social, lo que se llevará a cabo conforme a las instrucciones establecidas en esta Resolución.

1.7. NORMAS LABORALES Y DE PROTECCIÓN SOCIAL

— Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas (BOE 11-1-2023)

(Convalidación mediante Resolución de 24 de enero de 2023, del Congreso de los Diputados en BOE 27-1-2023)

Con este Real Decreto Ley se pretende dar cumplimiento a la Reforma 7 «revisión de las subvenciones y bonificaciones a la seguridad social», del Componente 23 del Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que tiene como objetivo simplificar el sistema de incentivos a la contratación y aumentar su eficacia mediante una mejor orientación, teniendo en cuenta la revisión del gasto (spending review) llevada a cabo por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), y su adecuación a los nuevos principios contenidos en la regulación del marco contractual introducido por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

La Exposición de Motivos señala, críticamente, que el mandato de realización de una política orientada al pleno empleo contenido en el art. 40 CE ha sido objeto de tratamiento a través de un amplio e intenso conjunto normativo e institucional que bajo la denominación de «política de empleo» se ha referido, no solo ni exclusivamente a las denominadas políticas activas de empleo y dentro de estas a la actividad de fomento del empleo, sino también a la propia regulación sustantiva de la normativa laboral. De forma que en las últimas décadas se ha atribuido a las reformas de la regulación de las condiciones de trabajo un papel excesivamente central en la política de fomento del empleo, con efectos no siempre positivos, como se ha puesto de manifiesto con la opción legal de promocionar la contratación temporal como instrumento de fomento del empleo.

En la actualidad no existe un marco jurídico único para la regulación de los incentivos a la contratación y otras medidas de empleo financiadas con reducciones o bonificaciones en las cotizaciones sociales, existiendo una excesiva fragmentación y dispersión de normas que va en detrimento de la transparencia, eficacia y eficiencia de tales medidas. A ello se añaden otros problemas como la desactualización o falta de homogeneización de algunas medidas, principalmente, en las cuantías de los incentivos; la ausencia de un régimen común de disposiciones generales aplicables a todas ellas y las debilidades en los sistemas de información, coordinación y evaluación existentes.

I. Por lo que se refiere al contenido de la regulación de incentivos:

1. El Real Decreto-ley tiene por objeto regular los incentivos destinados a promover la contratación laboral, así como otros programas o medidas de impulso y mantenimiento del empleo estable y de calidad financiados mediante bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, o desarrollados mediante otros instrumentos de apoyo al empleo.

2. Se establecen los objetivos de la norma, unos generales, en el marco de las políticas activas de empleo, y otros específicos, y se contemplan servicios garantizados de información, formación y acompañamiento.

3. Se determinan las personas destinatarias de las medidas de fomento del empleo.

-El artículo 4 se refiere a las personas destinatarias de la contratación laboral incentivada:

a) Se presta especial atención a las personas vulnerables o de baja empleabilidad (personas de atención prioritaria), considerándose como tales las personas incluidas en alguno de los colectivos de atención prioritaria previstos en la Ley de Empleo.

b) Por otro, incluye como destinarias a personas trabajadoras que, en determinados supuestos, vean transformados sus contratos temporales en indefinidos o que vean mejorada su contratación por conversión de contratos indefinidos a tiempo parcial en contratos indefinidos a tiempo completo, o de contratos fijos discontinuos a contratos indefinidos ordinarios.

-El artículo 5 se refiere a las personas trabajadoras destinatarias de otros programas o medidas de impulso y mantenimiento del empleo estable.

-El artículo 6 contiene las definiciones de personas destinatarias de las medidas de fomento del empleo.

4. Los artículos 7 y 8 se refieren a la determinación y los requisitos de los beneficiarios.

-Podrán serlo las empresas u otros empleadores, las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas, las sociedades laborales o cooperativas por la incorporación de personas socias trabajadoras o de trabajo, así como las entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro.

-No podrán ser beneficiarios las Administraciones Públicas así como los organismos públicos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas.

-El artículo 9 regula las obligaciones de mantenimiento del empleo, que se unifican para todos los contratos incentivados.

-Se desarrollan las cuantías y duración y mantenimiento de beneficios; exclusiones para beneficiarse de los incentivos a la contratación; incompatibilidad y concurrencia de beneficios; y, por último, reintegros.

-Se establecen las exclusiones a los incentivos a la contratación.

5. El capítulo II referente a los incentivos y otros instrumentos de apoyo al empleo, contiene:

-Bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta.

-Bonificaciones por la contratación de mujeres víctimas de violencia de género, de violencias sexuales y de trata de seres humanos, así como en diversos supuestos de conciliación.

- Bonificaciones por la contratación de personas en situación de exclusión social y desempleadas de larga duración y víctimas del terrorismo.

-Bonificaciones a la contratación formativa y su transformación en contratos indefinidos, así como a la contratación indefinida o la incorporación como persona socia en la cooperativa o sociedad laboral de personas que realizan formación práctica en empresas, las bonificaciones a la formación en alternancia y las previstas de manera específica para el contrato predoctoral.

-Bonificaciones de apoyo al empleo en la economía social y en ámbitos o sectores específicos.

6. Dentro del capítulo II, la sección 2.ª prevé otros instrumentos de apoyo al empleo, tales como:

– Acuerdos por el empleo en el marco de la negociación colectiva (artículo 32).

– Reserva de empleo (artículo 33).

– Planes de igualdad en las empresas (artículo 34).

– Pactos locales y comarcales de empleo (artículo 35).

7. Se regulan un conjunto de normas comunes a las bonificaciones en la cotización, relativas a la aplicación, control, coordinación de los beneficios en las cotizaciones de la Seguridad Social y acreditación de los requisitos.

8. El capítulo III se refiere a la financiación y evaluación de estos incentivos.

9. En la disposición final segunda se reforma la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo:

-Se da nueva redacción a su artículo 36, a fin de mantener el importe de la bonificación en la cotización a la Seguridad Social que venía siendo de aplicación con anterioridad a las modificaciones operadas por 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 determinados trabajadores incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos que residen y ejercen su actividad en las Ciudades de Ceuta y Melilla.

-Se modifica también el artículo 38, al objeto de incluir expresamente a los socios trabajadores o de trabajo de las sociedades cooperativas encuadrados en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o, como trabajadores por cuenta propia, en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, entre los beneficiarios de la bonificación en él regulada.

10. En relación con la Ley 5/2011, de 29 de marzo se incluye además una modificación en su art. 10 relativa a la capitalización de las prestaciones por desempleo en el caso de incorporación como personas socias en cooperativas y en sociedades laborales.

11. Se incluyen dos modificaciones esenciales para el adecuado funcionamiento del sistema de protección por desempleo en la Disposición final octava. Dichas modificaciones afectan al RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo (se modifican los arts. 33, relativo al procedimiento para el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas, y el art. 34, sobre la compensación de prestaciones por desempleo), y al RD 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

12. La disposición final cuarta procede a *reformar y añadir distintos preceptos en la LGSS*.

-Se efectúan modificaciones en los artículos 16, 138 y 139 LGSS a fin de incorporar en dichos preceptos las facultades de revisión de oficio que corresponden a la Administración de la Seguridad Social en materia de actos de encuadramiento ante incumplimientos de las prescripciones legales aplicables al respecto.

Esta nueva regulación evita que la impugnación de los actos de encuadramiento sea trasladada a la Jurisdicción Social y se mantenga en la Jurisdicción competente para conocer de esta materia, la Contencioso-Administrativa. Esta medida en ningún caso altera el derecho de empresarios y trabajadores a la tutela judicial efectiva ya que los actos que, en este sentido, se dicten por la Administración Pública podrán ser objeto de impugnación ante la referida Jurisdicción.

-Se modifica el artículo 36 LGSS con el objeto de regular las especialidades del sistema de liquidación simplificada en el supuesto de que la Tesorería General de la Seguridad Social ejercite sus facultades de comprobación de liquidaciones de cuotas en función de datos o criterios incorporados con fecha posterior a la práctica de la liquidación.

-El artículo 153 bis es objeto de modificación para establecer que los seis meses que se deben utilizar para el cálculo de la base de cotización promedio a que dicho precepto se refiere son los inmediatamente anteriores al mes previo al del inicio de la situación, posibilitando de esta manera el cálculo inmediato de dicha base de cotización promedio.

13. Una parte importante de las modificaciones operadas en la LGSS conciernen a la compatibilidad entre la pensión de jubilación y la actividad artística, tanto por cuenta propia, como por cuenta ajena.

La disposición final segunda del Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía y su desarrollo por el Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, permitían, por vez primera, la compatibilidad entre la percepción de la pensión contributiva de jubilación del sistema de la Seguridad Social y los ingresos obtenidos por la realización de cualquier actividad de creación artística que genere derechos de propiedad intelectual.

Esta regulación, si bien facilitaba la actividad artística, se ha revelado insuficiente para permitir que todo el caudal intelectual revierta a la sociedad puesto que se centraba sólo en la creación artística que genera derechos de propiedad intelectual.

-Por ello, este real decreto-ley introduce en la LGSS el nuevo artículo 249 ter, que permite la compatibilidad de la actividad artística por cuenta propia o ajena con la percepción del importe íntegro de la pensión de jubilación en el sistema de Seguridad Social, sin más obligación que solicitar el alta y cotizar en el régimen que corresponda por contingencias profesionales

-Se establece esta misma posibilidad para los trabajadores por cuenta ajena, conforme al nuevo artículo 153 ter, con una cotización especial de solidaridad del 9 por ciento sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones, que se distribuirá entre empresarios y trabajadores.

Esta compatibilidad se extiende a las pensiones de jubilación del Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos mediante la modificación del artículo 318 d), así como la cotización durante la compatibilidad de la pensión y la actividad artística, aunque exclusivamente a cargo del trabajador, de acuerdo con el nuevo artículo 310 bis.

-Con el mismo objetivo de facilitar la actividad artística, se modifica el artículo 363.5 LGSS, de manera que los beneficiarios de una prestación no contributiva mantengan y compatibilicen el percibo de su pensión con rendimientos de su actividad artística que no superen el umbral del salario mínimo interprofesional.

-Se adiciona una nueva letra m) al apartado 2 del artículo 305 LGSS para incluir a quienes ejercen una actividad artística por cuenta propia entre los colectivos que se declaran expresamente comprendidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

-Con el fin de garantizar la necesaria seguridad jurídica y la coherencia interna, y su congruencia en relación con lo previsto respecto de los expedientes de regulación temporal de empleo, se modifica la disposición adicional cuadragésima cuarta LGSS, para asegurar la cobertura de las exigencias comprometidas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en su componente 23.

-Se atiende a la especial situación de autónomos artistas con bajos ingresos, entendida en los términos previstos en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, estableciendo en el artículo 313 bis una cotización reducida que permita a los autónomos artistas compatibilizar su actividad creativa y su inclusión en el sistema de Seguridad Social. La disposición transitoria quinta determina cuál será la base de cotización para 2023.

-Se incluye en la LGSS la regulación de la prestación especial por desempleo de las personas trabajadoras sujetas a la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas y auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad.

*Esta prestación estará dirigida a quienes no tengan derecho a la prestación contributiva por desempleo, salvo que la tengan suspendida y acrediten la actividad y cotizaciones en el sector artístico previstas para esta prestación especial por desempleo, que podrán optar por percibir la prestación especial generada por las nuevas cotizaciones efectuadas, en cuyo caso la prestación contributiva quedará extinguida.

*La duración de la prestación por desempleo será de 120 días y su cuantía será igual al 80 por ciento del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) mensual vigente en cada momento, salvo cuando la media diaria de las bases de cotización correspondientes a los últimos sesenta días de prestación real de servicios en la actividad artística sea superior a 60 euros, en cuyo caso será igual al 100 por ciento del IPREM.

14. La disposición final primera modifica el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, para extender a las pensiones de jubilación a cargo del Régimen Especial de la Seguridad Social de Clases Pasivas del Estado la misma compatibilidad respecto de la actividad artística por cuenta ajena o por cuenta propia que se establece para las pensiones de jubilación del resto de regímenes del sistema en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

15. En cuanto a la entrada en vigor de esta norma se prevé una demora de la entrada en vigor hasta el 1 de septiembre de 2023, vacatio legis que resulta necesaria para la adopción de las medidas de gestión imprescindibles para su aplicación y por razones de seguridad jurídica.

-No obstante, la prestación especial por desempleo de las personas trabajadoras sujetas a la relación laboral especial de las personas artistas y de las personas que realizan actividades técnicas y auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad tiene un período de vacatio hasta el 1 de julio de 2023

-Se establecen además otros períodos distintos de vacatio y excepciones a la misma en la Disposición final decimotercera.

— Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (BOE 1-3-2023)

Esta ley persigue la implementación de la Reforma 5 «Modernización de políticas activas de empleo» del Componente 23 «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo», del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y con ella se busca establecer el marco de ordenación de las políticas públicas de empleo y regula el conjunto de estructuras, recursos, servicios y programas que integran el Sistema Nacional de Empleo. Pretende, por tanto, promover y desarrollar la planificación, coordinación y ejecución de la política de empleo y garantizar el ejercicio de los servicios garantizados y la oferta de una adecuada cartera de servicios a las personas o entidades demandantes de los servicios públicos de empleo, a fin de mejorar la empleabilidad e impulsar la cohesión social y territorial.

Asimismo, con esta ley se persigue implantar un concepto nuevo de política de empleo y dotar al sistema de las herramientas de activación adecuadas para mejorar la empleabilidad de las personas demandantes de servicios de empleo.

La ley se estructura en seis títulos, dedicados respectivamente a la política de empleo, los servicios públicos y privados de empleo, las políticas activas de empleo la cartera de servicios y los servicios garantizados y compromisos de las personas y entidades demandantes de empleo, la financiación y la evaluación de la política de empleo.

1. El *Título I, sobre la política de empleo*, se divide en tres capítulos:

-El primero contiene disposiciones generales, dirigidas a concretar el objeto de la Ley, definir la política de empleo y otros conceptos básicos, sus objetivos y principios rectores.

La Ley pretende implantar un concepto moderno de la política de empleo, para dotar al sistema de las herramientas de activación adecuadas para mejorar la empleabilidad de las personas demandantes de servicios de empleo durante situaciones de tránsito, desempleo o cese de actividad, a través de una garantía de servicios que facilite un nivel de vida digno durante el proceso de búsqueda

de ocupación y ofrecer una atención singularizada a personas y entidades usuarias durante los procesos de intermediación o colocación laboral.

-El Capítulo II pretende reforzar la cohesión y mejorar la *gobernanza del Sistema Nacional de Empleo*, con una configuración más amplia, eficiente e inclusiva.

Conforman el Sistema Nacional de Empleo la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas. Las Corporaciones Locales y las demás entidades públicas, así como las privadas que participen en la implementación de políticas de empleo, en coordinación o colaboración con los servicios públicos, tendrán el carácter de colaboradoras de la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas.

-El Capítulo III pretende lograr la *convergencia* necesaria entre las políticas de empleo de las distintas administraciones con competencias en la materia para la consecución de objetivos comunes. Utiliza como instrumentos de planificación y coordinación de la política de empleo la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, que tendrá vigencia cuatrienal, el Plan Anual y el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo.

2. El *Título II se refiere a la ordenación básica de los servicios públicos de empleo* de las distintas administraciones territoriales y de las entidades privadas de empleo y se estructura en cuatro capítulos:

-El Capítulo I, de conformidad con la disposición adicional primera de la Ley, procede a la regulación de la *Agencia Española de Empleo*, en la que ha de transformarse el Servicio Público de Empleo Estatal y que supone el cambio de organismo autónomo en agencia estatal. En la Ley se autoriza su creación y mediante Real Decreto se regularán las condiciones de la transformación del Servicio Público de Empleo Estatal, O.A, en la Agencia Española de Empleo.

-El Capítulo II se refiere a los *servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas*, que garantizan, en el ámbito de sus respectivas competencias, la gestión y desarrollo de las políticas activas de empleo, así como la prestación de los servicios de empleo, comunes y complementarios, previstos en la Ley.

-El Capítulo III hace referencia a las *entidades colaboradoras* de los servicios públicos de empleo, que pueden tener carácter público, destacando en este sentido las entidades locales, así como también podrán ser entidades privadas que presten servicios de empleo. La prestación de estos servicios tiene naturaleza de servicio público, con independencia de la entidad que la realice.

-El Capítulo IV regula el *personal del Sistema Nacional de Empleo*, conformado por el personal de los servicios públicos de empleo de las distintas administraciones con competencias en materia de empleo, que procurarán mantener una plantilla que reúna perfiles técnicos y de gestión con la suficiente especialización.

El personal de las entidades privadas participará a través de los mecanismos de información y actuación que establece la Ley y la adecuación y profesionalización de sus plantillas se valorará a través de los correspondientes indicadores en los procedimientos de colaboración.

3. El *Título III tiene por objeto las políticas activas de empleo*, optando la ley por una configuración amplia e integradora de las mismas: son tales aquellos servicios y programas de orientación, intermediación, empleo, formación en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento dirigidas a impulsar la creación de empleo, mejorar la empleabilidad de las personas demandantes de los servicios de empleo y elevar sus posibilidades de acceso a un empleo, por cuenta ajena o por cuenta propia, digno y reducir las brechas de género.

Corresponde su diseño e implantación, en el ámbito de sus respectivas competencias, a la Agencia Española de Empleo y a los servicios de empleo de las Comunidades Autónomas. Sin

perjuicio de su eventual gestión mediante colaboración público-pública o público-privada, cuando así se considere adecuado. Tales políticas serán objeto de balances o memorias anuales, cuya elaboración queda encargada a la Agencia Española de Empleo y a los servicios autonómicos.

-El Capítulo II se refiere a la *empleabilidad*, que se erige en elemento nuclear de la política de empleo.

*La Ley configura el mantenimiento y la mejora de la empleabilidad como un derecho y un deber de las personas demandantes de los servicios públicos de empleo.

*Se establece la creación de herramientas de apoyo a la toma de decisiones para la mejora de la empleabilidad.

*El Sistema Nacional de Empleo mantendrá y actualizará el catálogo de instrumentos de empleabilidad.

*La mejora de las habilidades de comunicación oral y escrita, y el manejo útil de herramientas digitales y tecnológicas se configuran como competencias básicas para la empleabilidad.

*Se apela de manera especial, a la evitación de discriminaciones y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género, edad y discapacidad.

-El Capítulo III tiene por objeto la *intermediación*, configurado de manera amplia y omnicomprensiva. En la misma quedan así subsumidas cuatro categorías de actuaciones:

*la prospección y captación de ofertas de trabajo;

*la puesta en contacto de ofertas de empleo con personas que persiguen su colocación o recolocación;

*la selección de personas que se estiman idóneas para un puesto de trabajo;

*la puesta a disposición de la persona solicitante de empleo, especialmente para los colectivos de atención prioritaria del artículo 50, el conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral.

Los *Agentes de la intermediación* en el mercado de trabajo se realizará únicamente a través de:

a) Los servicios públicos de empleo.

b) Las agencias de colocación, sean agencias de colocación propiamente dichas o agencias especializadas en la recolocación o en la selección de personal.

c) Aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para o con las personas trabajadoras en el exterior.

Asimismo, las entidades colaboradoras o promotoras de programas de políticas activas de empleo aprobados por los servicios públicos de empleo, podrán realizar de manera complementaria actuaciones de intermediación dirigidas a la inserción laboral de las personas participantes en los mismos, sin que deban constituirse como agencias de colocación.

-El Capítulo IV se refiere a la *coordinación de las políticas activas y las políticas de protección frente al desempleo*.

-El Capítulo V se dedica a *colectivos de atención prioritaria* para la política de empleo.

*Se identifican estos colectivos que han de ser generadores de una acción de empleo suficientemente diferenciada.

*En la Ley son objeto de especial atención: aquellas personas que abandonan la condición de persona demandante de servicios de empleo pese a no haber obtenido éste; personas en situación de exclusión social; mujeres demandantes de servicios de empleo en aquellos ámbitos con mayor infrarrepresentación femenina; jóvenes y personas con discapacidad.

* Entre otros colectivos considerados de atención prioritaria se encuentran las personas LGTBI, en particular trans, las personas de mayores de cuarenta y cinco años, las personas migrantes, las personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable, las mujeres con baja cualificación, las mujeres víctimas de violencia de género, las personas en situación de exclusión social, las personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos étnicos o religiosos, así como las personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, las personas afectadas por drogodependencias o las víctimas del terrorismo.

*La perspectiva de género tiene que impregnar de modo transversal las políticas de empleo.

4. El *Título IV de la Ley incorpora el catálogo de servicios garantizados*, los compromisos a asumir y *la cartera de servicios* derivados de las políticas activas de empleo y se estructura en dos capítulos.

-La Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo incluirá:

a) Servicios de orientación para el empleo personalizada, integral e inclusiva.

b) Servicios de intermediación, colocación y asesoramiento a empresas.

c) Servicios de formación en el trabajo.

d) Servicios de asesoramiento para el autoempleo, el emprendimiento viable y la dinamización del desarrollo económico local.

5. El *Título V tiene por objeto el régimen presupuestario*. Se propone llevar a cabo una profunda revisión del marco financiero, para que la Ley no se convierta en una mera declaración de voluntad.

6. El *Título VI se refiere a la evaluación de la política de empleo*.

7. Dentro de las disposiciones adicionales y finales destacan:

-Disposición adicional sexta y Disposición adicional séptima. Acceso y consolidación del empleo de personas trabajadoras jóvenes y de las mujeres:

Para garantizar la igualdad real y efectiva en el acceso y consolidación del empleo de las personas trabajadoras jóvenes y de las mujeres, con carácter excepcional y en tanto la tasa de desempleo juvenil y la tasa de desempleo femenino no se equipare a la tasa de desempleo total, se entenderá que no constituye discriminación por motivos de edad y por motivos de sexo en el ámbito del empleo y la ocupación la configuración de condiciones de trabajo y empleo específicas, si están justificadas, objetiva y razonablemente, por la concurrencia de una finalidad legítima y resultan adecuadas y necesarias para favorecer el acceso y la consolidación del empleo de las personas jóvenes y de las mujeres, sin que, en ningún caso, puedan comportar discriminación por razón de sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Sin perjuicio de lo expuesto, en el caso de los jóvenes de dieciséis y diecisiete años, las medidas prioritarias deben focalizarse en promover su reincorporación al sistema educativo o la mejora de cualificaciones.

-La Disposición final octava modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores:

*Se *modifica el artículo 27, apartado 2 ET*, en relación con la inembargabilidad del salario mínimo interprofesional: Se establece que, a efectos de determinar la inembargabilidad del salario mínimo interprofesional, en su cuantía, tanto anual como mensual, «se tendrán en cuenta tanto el periodo de devengo como la forma de cómputo, se incluya o no el prorrateo de las pagas extraordinarias, garantizándose la inembargabilidad de la cuantía que resulte en cada caso. En particular, si junto con el salario mensual se percibiese una gratificación o paga extraordinaria, el límite de inembargabilidad estará constituido por el doble del importe del salario mínimo interprofesional mensual y en el caso de que en el salario mensual percibido estuviera incluida la parte proporcional de las pagas o gratificaciones extraordinarias, el límite de inembargabilidad estará constituido por el importe del salario mínimo interprofesional en cómputo anual prorrateado entre doce meses.»

*Se *modifica el apartado 2 del artículo 51 ET* estableciendo que, en el marco del procedimiento del despido colectivo, el informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social «además de comprobar los extremos de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas, se pronunciará sobre la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial, y constatará que la documentación presentada por esta se ajusta a la exigida en función de la causa concreta alegada para despedir».

— Contrataciones en origen. Orden ISM/1302/2022, de 27 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2023. BOE 29-12-2022

Mediante esta Orden se lleva a cabo una revisión en profundidad del modelo de orden para la gestión colectiva de contrataciones en origen, como consecuencia del Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, que ha introducido modificaciones sustanciales en el Título VIII (gestión colectiva de contrataciones en origen) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

Estos procedimientos están destinados a la cobertura de aquellas vacantes en las que, atendiendo a la situación nacional de empleo, se requiere la contratación de trabajadores extranjeros en origen. Esta contratación podrá realizarse:

- para cubrir puestos de naturaleza estacional, de temporada o campaña, a través de migración circular.

- pero también para la gestión colectiva de autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, a través de migración estable.

Estos dos modelos de contratación –estable y circular– podrán realizarse de forma genérica y nominativa, y admiten formas de tramitación ordinaria y unificada, según el número de empleadores involucrados.

Además, la reforma del Reglamento adecúa el marco de las autorizaciones de trabajo al nuevo marco de contratación establecido por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, minimizando los contratos temporales y permitiendo su adaptación al contexto económico actual:

*La contratación de trabajadores extranjeros en origen deja de basarse en formatos asociados a la naturaleza temporal de los contratos, siempre dentro del marco establecido por la Directiva 2014/36/UE, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros, que establece un tiempo máximo de nueve meses dentro de un periodo de doce meses para este colectivo.

*Los programas de migración circular cambian el paradigma de contratos temporales concedidos de año en año para adecuarse a la lógica de la contratación fijo-discontinua, en la que se compatibiliza el carácter imperativo del retorno anual al país de origen con la estabilidad de un contrato de naturaleza indefinida.

*El nuevo modelo de migración circular incorpora autorizaciones de cuatro años, que permitirán trabajar a estas personas extranjeras un máximo de nueve meses por año, en las condiciones establecidas por su autorización de residencia y trabajo.

*Tras la vigencia de esta autorización de cuatro años, existe la posibilidad de la prórroga por periodos de cuatro años de la misma, u optar por la residencia y trabajo en España, no asociada al retorno, a través de una autorización de residencia y trabajo de dos años de duración.

Esta orden entrará en vigor el 1 de enero de 2023 y mantendrá su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2023. En ella se regula:

-Las disposiciones generales relativas a la gestión colectiva de ofertas de empleo: características de las mismas; sujetos legitimados para solicitar la gestión colectiva de ofertas de empleo; garantías para los trabajadores; causas de denegación de la gestión colectiva de ofertas de empleo y de exclusión de trabajadores.

-Disposiciones relativas a los proyectos de migración circular: periodo anual de trabajo; cumplimiento del compromiso de regreso; requisitos y procedimiento de autorización de cambios de empleador y de provincia; prórroga y modificación de las autorizaciones de migración circular a autorizaciones de residencia y trabajo.

-Disposiciones relativas a los proyectos de migración estable: elementos básicos de la contratación colectiva para proyectos de migración estable y determinación de puestos estables.

-La gestión de ofertas genéricas de empleo en migración circular y estable: procedimiento y documentación; selección de los trabajadores en el exterior; procedimiento relativo a autorizaciones de residencia temporal y trabajo derivadas de la gestión de ofertas genéricas de empleo.

-La gestión de ofertas de empleo de carácter nominativo: modelos de solicitud y documentación; presentación de solicitudes y órgano de tramitación; tramitación y resolución.

-Los procedimientos de gestión de ofertas de empleo de forma unificada y concatenada.

-En los Anexos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII y X se establecen los diferentes modelos y documentación.

-En el Anexo IX se establecen las condiciones de habitabilidad de los alojamientos para trabajadores migrantes de temporada y campaña en la agricultura.

— Extranjeros. Resolución de 22 de febrero de 2023, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura para el primer trimestre de 2023.

Para la confección del presente Catálogo, el Servicio Público de Empleo Estatal ha tenido en cuenta criterios técnicos acerca del impacto sobre el empleo de la inclusión de las ocupaciones relacionadas con el sector de Marina Mercante, así como de los entrenadores y deportistas profesionales. Estos criterios se han establecido conjuntamente con las unidades de la Administración General del Estado, que por su ámbito de actividad tienen autoridad y conocimiento sobre las materias relacionadas con dichas ocupaciones.

— Salario mínimo interprofesional. Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023. BOE 15-2-2023

En cumplimiento del artículo 27.1 ET, se procede mediante este real decreto a establecer las cuantías que deberán regir a partir del 1 de enero de 2023, tanto para las personas trabajadoras que son fijas como para las que son eventuales o temporeras, así como para las empleadas y empleados de hogar.

Las nuevas cuantías representan un incremento del 8 por ciento respecto de las previstas en el Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022, cuyos efectos fueron prorrogados mediante el artículo 100 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, el real decreto incorpora reglas de afectación en una disposición transitoria única con el objetivo de evitar que el incremento del salario mínimo interprofesional provoque distorsiones económicas o consecuencias no queridas en los ámbitos no laborales que utilizan el salario mínimo interprofesional a sus propios efectos.

Con esta subida del 8 por ciento, de acuerdo con el Informe presentado en junio de 2021 por la Comisión Asesora para el Análisis del Salario Mínimo Interprofesional se atiende al derecho a una remuneración equitativa y suficiente y se culmina el objetivo de que el salario mínimo interprofesional alcance el 60 por ciento del salario medio en 2023, cumpliendo lo dispuesto por el Comité Europeo de Derechos Sociales en aplicación de la Carta Social Europea.

-El salario mínimo para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, queda fijado en 36 euros/día o 1080 euros/mes, según el salario esté fijado por días o por meses.

-Para las personas trabajadoras eventuales, así como las temporeras y temporeros cuyos servicios a una misma empresa no excedan de ciento veinte días se fija en 51,15 euros por jornada legal en la actividad, que incluye la parte proporcional de la retribución de los domingos y festivos, así como de las dos gratificaciones extraordinarias correspondientes al salario de treinta días en cada una de ellas.

-Para las empleadas y empleados de hogar que trabajen por horas, en régimen externo, conforme al artículo 8.5 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, se fija en 8,45 euros por hora efectivamente trabajada, incluyendo todos los conceptos retributivos.

1.8. OTRAS NORMAS CON EFECTOS EN EL ÁMBITO LABORAL

— Lucha contra la corrupción. Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. BOE 21-2-2023

Con la aprobación de esta ley se incorpora al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019. Dicha Directiva regula aspectos mínimos que han de satisfacer los distintos cauces de información a través de los cuales una persona física que sea conocedora en un contexto laboral de una infracción del Derecho de la Unión Europea, pueda dar a conocer la existencia de la misma [«whistleblowers»]:

- Obliga a contar con canales internos de información a muchas empresas y entidades públicas porque se considera que es preferible que la información sobre prácticas irregulares se conozca por la propia organización para corregirlas o reparar lo antes posible los daños.

- Exige, además, la determinación de otros canales de información, denominados «externos», con el fin de ofrecer a los ciudadanos una comunicación con una autoridad pública especializada, lo que les puede generar más confianza al disipar su temor a sufrir alguna represalia en su entorno.

Estos dos claros objetivos de la Directiva, proteger a los informantes y establecer las normas mínimas de los canales de información, se incorporan en el contenido de esta ley.

1. El título I precisa la finalidad y el ámbito de aplicación de la ley:

-La finalidad de la norma es la de proteger a las personas que en un contexto laboral o profesional detecten infracciones penales o administrativas graves o muy graves y las comuniquen mediante los mecanismos regulados en la misma.

-En cuanto a su ámbito de aplicación, además de proteger a quienes informen sobre las infracciones del Derecho de la Unión previstas en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, esta ley abarca también las infracciones penales y administrativas graves y muy graves de nuestro ordenamiento jurídico.

Se amplía el ámbito material de la Directiva a las infracciones del ordenamiento nacional, pero limitado a las penales y a las administrativas graves o muy graves.

Se excluyen del ámbito de aplicación material los supuestos que se rigen por su normativa específica, esto es, por leyes sectoriales o por los instrumentos de la Unión Europea enumerados en la parte II del anexo de la Directiva (UE) 2019/1937.

-Respecto al ámbito subjetivo (personas que están protegidas frente a posibles represalias), se extiende la protección a todas aquellas personas que tienen vínculos profesionales o laborales con entidades tanto del sector público como del sector privado, aquellas que ya han finalizado su relación profesional, voluntarios, trabajadores en prácticas o en período de formación, personas que participan en procesos de selección.

Comprende en todo caso a: las personas que tengan la condición de empleados públicos o trabajadores por cuenta ajena; los autónomos; los accionistas, partícipes y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos; cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores.

También se extiende el amparo de la ley a las personas que prestan asistencia a los informantes, a las personas de su entorno que puedan sufrir represalias, así como a las personas jurídicas propiedad del informante, entre otras.

2. El título II de la ley contiene el régimen jurídico del Sistema interno de información que abarca tanto el canal, entendido como buzón o cauce para recepción de la información, como el Responsable del Sistema y el procedimiento.

-Se establece la preferencia por el Sistema interno de información, pero el informante puede elegir el cauce a seguir, interno o externo, según las circunstancias y los riesgos de represalias que considere.

-La configuración del Sistema interno de información debe reunir determinados requisitos, entre otros, su uso asequible, las garantías de confidencialidad, las prácticas correctas de seguimiento, investigación y protección del informante y la designación del responsable de su correcto funcionamiento.

-Se permite la comunicación anónima.

-La ley diferencia la extensión de la obligación de configurar estos canales internos en el ámbito de las organizaciones privadas de las que pertenecen al sector público:

a) En el ámbito privado:

*Estarán obligadas a configurar un Sistema interno de información todas aquellas empresas que tengan más de cincuenta trabajadores.

*En los grupos de empresas, la sociedad dominante debe implantar la adecuada organización y coordinación de los canales en cada una de las entidades que forman parte de aquel.

*Atendiendo al coste que esta nueva carga pueda generar en las empresas, la ley admite que aquellas que, superando la cifra de cincuenta trabajadores, cuenten con menos de doscientos cincuenta, puedan compartir medios y recursos para la gestión de las informaciones que reciban, quedando siempre clara la existencia de canales propios en cada empresa.

*No obstante, con independencia del número de empleados, se obliga a contar con un Sistema interno de información a todos los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, así como a las fundaciones que de los mismos dependan, siempre que reciban fondos públicos para su financiación. La razón de esta exigencia se ampara en el singular papel constitucional que tienen estas organizaciones conforme a los artículos 6 y 7 de la Constitución Española.

b) Con relación al sector público, la ley ha extendido en toda su amplitud la obligación de contar con un Sistema interno de información.

*Han de configurar tal Sistema todas las Administraciones públicas, las autoridades independientes u otros organismos que gestionan los servicios de la Seguridad Social, las universidades, las sociedades y fundaciones pertenecientes al sector público, así como las corporaciones de Derecho Público, todos los órganos constitucionales y de relevancia constitucional, así como aquellos mencionados en los Estatutos de Autonomía.

*Si bien la Directiva atribuye a los Estados miembros la decisión de dispensar de algunas obligaciones a los municipios de menos de diez mil habitantes, esta ley no contempla esta excepción, pero permite que estos municipios puedan compartir medios para la recepción de informaciones con otras Administraciones que ejerzan sus competencias en la misma comunidad autónoma, aunque ello no exime de que cada administración local tenga un responsable de su sistema interno de informaciones.

3. El título III de la ley regula el canal externo de información.

-Se crea la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., prevista en el título VIII, como responsable del canal externo de información, dotándolo de garantías de independencia y autonomía.

-Se regula el canal externo ante el que podrán informar las personas físicas, ya sea directamente, ya con posterioridad a la previa formulación de información ante el canal interno.

-Se regula el procedimiento de recepción de las comunicaciones, que pueden llevarse a cabo de forma anónima o con reserva de la identidad del informante, y de su forma, escrita o verbal; la fase instructora; la emisión de informe por la Autoridad Independiente de Protección del Informante; y, en su caso, la remisión al Ministerio Fiscal, o a la Fiscalía Europea, cuando resulten afectados los intereses financieros de la Unión Europea, o a otra autoridad u organismo competente.

-La resolución que adopte la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. no podrá ser objeto de recurso alguno, ni administrativo ni jurisdiccional, sin perjuicio de la posible

impugnación de la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador que se pudiera incoar a raíz de las investigaciones realizadas.

-El informante por el hecho de comunicar la existencia de una infracción penal o administrativa no tiene la condición de interesado, sino de colaborador con la Administración. De manera que las investigaciones que lleven a cabo se inician siempre de oficio y de conformidad con el procedimiento establecido en la LPAC.

-Se prevé el conjunto de derechos y garantías que ostenta el informante en el procedimiento de comunicación externa ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I.

-Se prevé la posible implantación de canales externos de información por parte de las comunidades autónomas.

4. El título IV regula la obligación de proporcionar información adecuada y accesible sobre los canales de comunicación interna y externa; la publicidad de la información y el registro de informaciones

5. El título V se ocupa de la revelación pública y las condiciones para la aplicación del régimen de protección establecido en el título VII: cuando se haya realizado la comunicación por canales internos y/o externos sin que se hayan tomado medidas apropiadas al respecto; o cuando se advierta una amenaza inminente para el interés general, o exista un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de una persona.

6. El título VI regula el régimen del tratamiento de datos personales que deriven de la aplicación de esta ley, que debe realizarse de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, Reglamento general de protección de datos, con la Directiva (UE) 2016/680 y con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

-Se establece que el dato de la identidad del informante nunca será objeto del derecho de acceso a datos personales y se limita la posibilidad de comunicación de dicha identidad sólo a la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad administrativa competente.

-Se establece la obligación de contar con un delegado de protección de datos.

7. El título VII constituye el eje de la ley: las medidas de protección para amparar a aquellas personas que alertan sobre infracciones graves que dañan el interés general; medidas de apoyo y de protección frente a represalias; y supuestos de exención y atenuación de la sanción, cuando una persona que hubiera participado en la comisión de la infracción administrativa objeto de la información sea la que informe de su existencia con anterioridad a que hubiera sido notificada la incoación del procedimiento de investigación o sancionador.

8. El título VIII regula la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I, su naturaleza y funciones, régimen jurídico y organización.

9. El título IX establece el régimen sancionador, necesario para combatir con eficacia aquellas actuaciones que impliquen represalias contra los informantes, así como los incumplimientos en el establecimiento de las reglas de los canales de comunicación.

10. La disposición transitoria segunda establece un plazo máximo de tres meses a partir de la entrada en vigor de la ley (a los veinte días de su publicación en el BOE) para el establecimiento de Sistemas internos de información y adaptación de los ya existentes por parte de las Administraciones, organismos, empresas y demás entidades obligadas a contar con un Sistema interno de información.

Como excepción, en el caso de las entidades jurídicas del sector privado con doscientos cuarenta y nueve trabajadores o menos, así como de los municipios de menos de diez mil habitantes, el plazo previsto se extenderá hasta el 1 de diciembre de 2023.

Los canales y procedimientos de información externa se regirán por su normativa específica, estableciéndose para su adaptación un plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley.

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

A) Cotización

— STS 43/2023, de 19-01-2023 Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Demanda contra sanción impuesta por el Consejo de Ministros a la empresa Centro Montajes SA, por impago de cuotas a la Seguridad Social. Notificación del acta de infracción. Reconocido aplazamiento de parte de las cuotas por TGSS sin revocación.

Declaración de preconcurso seguida en plazo de declaración de concurso. Se deja sin efecto la sanción por no ajustada a derecho al concurrir causa exculpatoria.

B) Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

— STS 129/2023, 31-01-2023 Sala Primera, de lo Civil. Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES

Seguro de invalidez o incapacidad absoluta vinculado a contrato de préstamo hipotecario. Fecha del siniestro. Coordinación de la jurisprudencia de la Sala con los pronunciamientos de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo: regla general y excepción. Designación de beneficiarios en este tipo de seguros: orden y consecuencias.

— STS 865/2022 27-10-2022 Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

La cuestión suscitada se centra en determinar si está prescrito el derecho a la indemnización de daños y perjuicios por la declaración de gran invalidez, en revisión por agravación de la incapacidad permanente absoluta que le fue reconocida al demandante en 2000, ambas como consecuencia de enfermedad profesional (asbestosis). El plazo para ejercitar dicha acción derivada de contingencias profesionales es de 1 año, ex art. 59.2 ET. El día inicial del plazo es aquel en el que pudieron ejercitarse las acciones, entendiendo que no puede iniciarse éste hasta que el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente. En el caso, la realidad del alcance definitivo de la enfermedad profesional no se ha conocido hasta que el trabajador ha sido declarado en situación de gran invalidez y, desde luego, solo cuando fue declarada la situación de gran invalidez quedaron fijadas las prestaciones de Seguridad Social a las que tenía derecho el afectado a fin de que, en su caso, las cantidades correspondientes pudieran deducirse de la cantidad global que pudiera reclamarse de la empresa demandada.

C) Cuidado de hijos, riesgo durante el embarazo y lactancia

— STS 997/2022 21-12-2022 Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

MATERNIDAD Y PATERNIDAD. Tiene derecho a la prestación (de paternidad) la adoptante del hijo biológico de su cónyuge aunque el padre ya haya disfrutado de la prestación (de maternidad) y exista convivencia familiar desde el nacimiento, acaecido tras "gestación subrogada". Aplica y desarrolla doctrina (incidental) de STS (Pleno) 685/2020 de 21 julio (rcud. 4015/2017). De conformidad con Ministerio Fiscal estima recurso frente a STSJ País Vasco 1198/2019.

— STS 111/2023 08-02-2023 Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Derecho al complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social del artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015, en la redacción anterior al Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero.

No se tiene derecho a dicho complemento porque el hecho causante de la pensión de incapacidad permanente fue anterior al 1 de enero de 2016.

D) Jubilación

— STS 971/2022 20-12-2022 Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Prestación de jubilación anticipada. Requisito de inscripción como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación. Solo cabe flexibilizar el requisito establecido por la LGSS si concurren circunstancias excepcionales pues este acceso a la prestación de jubilación tiene carácter extraordinario. Aplica y desarrolla doctrina de STS 947/2020 de 28 octubre (RCUD. 3264/2018). Desestima recurso frente a STSJ 1151/2018 Comunidad Valenciana.

— STS 984/2022 20-12-2022 Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Ayuntamiento de Sevilla. Acuerdo de jubilación parcial, con simultánea contratación de relevista, sucesivamente prorrogado año a año, después de la edad de jubilación ordinaria, hasta que es denegada la cuarta solicitud de prórroga.

Se discute si se trata de una válida extinción o de un despido a la vista de la interpretación del Acuerdo de negociación colectiva del mencionado Ayuntamiento. El acuerdo obliga a aceptar las solicitudes de jubilación parcial hasta la edad ordinaria de jubilación, pero no las sucesivas solicitudes de prórroga.

— STS 846/2022 25-10-2022 Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO

RCUD. La cuestión que se resuelve es la de determinar si procede declarar la responsabilidad de la empresa en el pago de la pensión de jubilación parcial, por incumplir la obligación de sustituir al trabajador relevista que cesa antes de que el sustituido acceda a la jubilación ordinaria o anticipada, cuando la actividad productiva ha estado paralizada durante un periodo de tiempo a consecuencia de un ERTE de suspensión de contratos de trabajo que afectó a la totalidad de su plantilla.

Se estudia el contrato de relevo y la Jubilación parcial, interpreta y aplica la D.A 2ª RD 1131/2002, que no es una norma con finalidad sancionadora sino de política de empleo y seguridad social. Se confirma la responsabilidad empresarial, y obligación de reintegro, por las prestaciones abonadas al jubilado parcial, pues hay un incumplimiento de la obligación de sustituir el relevista cuyo contrato se extingue antes de la jubilación ordinaria del relevado. No está justificada por el hecho de que la empresa haya tramitado un ERTE de suspensión de contratos de toda la plantilla, pues no es una circunstancia excepcional. Aplica criterios SSTS 16/9/2008, RCUD. 3719/2007; 19/9/2008, RCUD. 3804/2007; 9/2/2010, RCUD. 2334/2009; 17/11/2014, RCUD. 3309/2013, distinguiendo estas situaciones de aquellas otras ERE en las que se extinguen los contratos de la totalidad de los trabajadores de la empresa SSTS 10/5/2022, RCUD 139/2019, y 8/1/2015, RCUD 463/2014. Condena en costas a la empresa recurrente (1500€)

— STS 900/2022 11-11-2022 Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

El actor nacido en 1956 se prejubiló en virtud de oferta realizada por el Banco el 26/03/12 en las mismas condiciones del Acuerdo laboral del proceso de integración, el sindicato comunicó al INSS el 28/02/13 la lista de extinciones al amparo del art. 4.1 RD 1716/2012 figurando el actor, en el INSS figuraba causa de cese con código 54 cese involuntario, solicitó jubilación anticipada el 2/01/17 concedida por el INSS con posterior revisión por error al entender que se trató de extinción voluntaria. Por Sentencia firme TSJ Sala de lo contencioso se declaró que las indemnizaciones por despido debieron ser declaradas exentas. El JS estimó la demanda y declaró el derecho a la jubilación anticipada con efectos de 2/01/17. El TSJ desestimó el recurso. La Sala IV consideró que el acuerdo de prejubilación suponía una baja no voluntaria. Remite a su reiterada jurisprudencia y previa STS 5/07/2022, rcud 1382/20: las prejubilaciones son producidas en el marco de un ERE con la oferta voluntaria del Banco en virtud de la cláusula vinculada al Acuerdo para personal nacido en 1956 con el compromiso de abono hasta que cumpla 64 años la totalidad de la prestación contributiva por desempleo y cotizaciones desde que se produjo la desvinculación. Se acredita que el trabajador se incluye en el ámbito de aplicación de la Acuerdo de 22/12/10 al cumplir la edad de 55 años y ofertarle la Banca las mismas condiciones de aquel Acuerdo laboral. Concluye que la baja no fue voluntaria y desestimó el recurso.

— STS 928/2022 22-11-2022 Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Un trabajador autónomo solicita la pensión de jubilación y el INSS la deniega por no estar al corriente en el pago de sus cotizaciones, pero le invita al pago en el plazo de 30 días naturales. El accionante interpuso reclamación previa y posterior demanda judicial frente a la Resolución denegatoria. Se discute sobre el alcance del requisito de estar al corriente en el pago de las cotizaciones cuando se trata de las que ya han prescrito. El hecho de que se considere que el recurrente está al corriente en el pago de las cuotas exigibles en la fecha en la que se entiende causada la prestación, en los términos del artículo 28 del Decreto 2530/1970, no significa que las cuotas prescritas se consideren deudas satisfechas, a efectos de fijar el importe de la pensión de jubilación. Esta doctrina ha sido reiterada por la STS 905/2022 de 15 noviembre (RCUD 1390/2019). Hay que reconocer el derecho a la pensión de jubilación con cargo al RETA a quien en el momento.

— STS 84/2023, de 26-02-2023, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo. Ponente: CELSA PICO LORENZO

FUNCIÓN PÚBLICA Y PERSONAL. Prima de indemnización por jubilación voluntaria anticipada. Naturaleza de los incentivos a la jubilación anticipada de los empleados públicos municipales acordados por las Corporaciones Locales, que tienen reconocidos un coeficiente reductor de la edad de jubilación por razón de su actividad y si, en el caso concreto, ha lugar a su percepción. Cuestiones resueltas por SSTS de 5 de abril de 2022 (RC 850/2021) y STS 16.3.2022 recurso de casación 4444/2020 estableciendo que, las gratificaciones por jubilación tienen la consideración de retribución y necesitan de una norma legal de alcance general para su aplicación.

— STS 148/2023, de 08-02-2023, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo. Ponente: LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ

La Sala se pronuncia conforme a los precedentes. En concreto, se ajusta a la doctrina de la STS de 5 de abril de 2022 (RC 850/2021) que resolvía un supuesto similar del colectivo de bomberos, donde se consideró que se trataba de una jubilación ordinaria del colectivo, que tiene adelantada su edad de jubilación ordinaria por una norma específica, y no se trataba simplemente de una anticipación voluntaria de la jubilación general prevista legalmente, en los términos que se regula en el artículo 67 del EBEP y en el artículo 208 del TRLGSS.

La singularidad del caso radica en que los miembros de este colectivo se jubilan a los 59-60 años, según el tiempo de cotización, y pasan a percibir íntegramente la pensión de jubilación, sin la tradicional merma que tienen, con carácter general, el resto de los funcionarios públicos. Así se regula en el R. D. 383/2008, de 14 de marzo, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor, en ese caso, de los bomberos.

El criterio se aplica por la sentencia en su fundamento derecho quinto con referencia a precedentes resueltos ya para los policías locales, STS de 16 de marzo de 2022 (RC 4444/2020), donde se indicó que las gratificaciones por jubilación anticipada previstas en acuerdos de entidades locales tienen naturaleza de retribución y, por consiguiente, sólo pueden considerarse ajustadas a Derecho en la medida en que tengan fundamento en alguna norma legal de alcance general, sin que exista la misma en los acuerdos locales cuestionados.

— STS 129/2023 10-02-2023 Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Reintegro de prestaciones indebidas. Prestación de jubilación parcial que se percibe después de la extinción del contrato a tiempo parcial, tras lo cual no se solicita la jubilación ordinaria. Posterior comunicación de la entidad gestora informando al beneficiario de la necesidad de solicitar la jubilación ordinaria, a pesar de lo cual se siguió abonando durante seis meses, momento en que se extinguió cuando ya se había solicitado la prestación por jubilación ordinaria.

Prestación percibida incorrectamente, que no indebidamente, que determina el reintegro parcial correspondiente al período en el que se solaparon ambas prestaciones. Voto Particular.

E) Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

— STEDH 19-01-2023 Caso Domenech Aradilla y Rodríguez González c. España

Art 1 P1 - Goce pacífico de los bienes - Negativa de las autoridades nacionales a otorgar una pensión de supervivencia a los solicitantes debido a la aplicación retrospectiva imprevista de un nuevo requisito de acceso a la pensión – Medidas impugnadas que imponen una carga excesiva a los demandantes – Ausencia injustificada de un período de transición para el cambio legislativo – Equilibrio justo entre intereses contrapuestos no golpeados. El Tribunal considera que la medida controvertida, aunque destinada a eliminar una diferencia de trato anterior que debía ser abordada por el legislador, no logró un justo equilibrio entre los intereses en juego. Por lo tanto, el objetivo por lo demás legítimo de las medidas impugnadas no puede, a juicio del Tribunal, justificar su efecto retroactivo, que afecta negativamente a la seguridad jurídica, y la ausencia de medidas transitorias que garanticen un justo equilibrio entre los intereses en juego. Las medidas impugnadas tuvieron como consecuencia privar a los demandantes de su legítima expectativa de recibir prestaciones de supervivencia. Tal injerencia fundamental impuso una carga excesiva a los demandantes (ver, mutatis mutandis, Pressos Compania Naviera SA y otros c.

Bélgica, 20 de noviembre de 1995, § 43, Serie A no. 332).

Por lo tanto, ha habido una violación de sus derechos en virtud del artículo 1 del

Protocolo No. 1 de la Convención.

— STS 886/2022 02-11-2022 Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO

La Sala IV estima el recurso del INSS y aprecia la existencia de cosa juzgada negativa, desestimando la demanda de reclamación de prestación de viudedad.

Consta que, tras el fallecimiento del causante, la actora solicitó pensión de viudedad, cuya denegación fue confirmada por sentencia firme de 2016. En 2018 reclama de nuevo la prestación, alegando la condición de violencia de género, omitida en el proceso previo. La Sala IV aborda la cuestión de si debe apreciarse la excepción de cosa juzgada material.

Tras apreciar la existencia de contradicción y remitirse a lo establecido en los arts. 222 y 400 LEC, considera la Sala que la cosa juzgada no sólo viene referida a los hechos, fundamentos y pretensiones del previo proceso, sino también a los que pudieron invocarse y no se hicieron valer, pues los efectos negativos y preclusivos de la cosa juzgada se extienden tanto a los aducidos como a los que pudieron aducirse, sin que pueda reservarse su alegación para proceso posterior. Teniendo en cuenta que en el proceso de 2016 la actora pudo invocar su condición de víctima de violencia de género, pues el causante falleció en 2016, esto es, años después de entrar en vigor la ley 26/2009.

En definitiva, no existen hechos distintos o fundamentos jurídicos que no pudieran haber sido invocados en el primer proceso, y quedó precluida la posibilidad de alegar la condición de víctima de violencia de género en el actual y ulterior proceso, por lo que se acoge la excepción de cosa juzgada.

— STS 60/2023 24-01-2023 Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Las prestaciones se rigen por las normas vigentes en el momento del hecho causante, por lo que no es posible revocar una resolución en origen ajustada a derecho porque los requisitos de acceso a la prestación hayan cambiado cuando la sala de suplicación examina la impugnación, aplicando una previsión normativa que entró en vigor tiempo después del hecho causante a situaciones anteriores a la entrada en vigor de la norma.

La Disposición Transitoria 18.2 del TRLGSS de 1994, introducida por la Ley 27/2011, no es aplicable a los hechos causantes producidos con anterioridad al 01/01/2013, de forma que, aunque la previsión legal existiera en el momento de producirse el hecho causante, como sucede en el caso enjuiciado, lo cierto es que no entró en vigor hasta la citada fecha.

En consecuencia, las pensiones de viudedad derivadas de fallecimiento producido durante la vacatio legis de la Ley 27/2011 no quedan sujetas a sus previsiones intertemporales respecto de personas carentes del derecho a percibir pensión compensatoria. Adicionalmente, las reglas contempladas en el apartado 2 de la Disposición Transitoria 18ª de la LGSS/1994 (13ª de la LGSS/2015) solo se aplican a casos en que el matrimonio duró más de diez años y desde su crisis (separación o divorcio) hasta la muerte no han transcurrido más de diez años, siendo innecesario cumplir con los requisitos de hijos comunes o edad al morir el causante. Reitera doctrina incluida en SSTS nº 119/2017 y 957/2022.

— STS 108/2023 07-02-2023 Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Viudedad poligámica. Existencia de cosa juzgada porque el INSS interesa la revisión de acto declarativo que fue convalidado judicialmente.

Ausencia de contradicción: aquí se debate sobre viudedad derivada de matrimonio celebrado entre varón español casado y mujer marroquí al amparo de la ley coránica; en el caso referencial se trata de matrimonio en Méjico que contrae varón español ya casado, sin referencia especial a la nacionalidad de la nueva esposa. Desestima recurso frente a STSJ Andalucía (Málaga) 1853/2019 de 6 noviembre.

F) Desempleo

— STS 103/2023 02-02-2023 Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Subsidio por desempleo. La beneficiaria no comunica temporáneamente que la unidad familiar había percibido unas rentas que excedían del límite máximo.

Extinción por sanción al incurrir en falta grave, ex arts. 25.3 y 47.1) de la LISOS. No se aplica el principio de insignificancia. Reitera doctrina STS 19 de febrero 2016, recurso 3035/2014 (Pleno); 23 de noviembre de 2021, recurso 2799/2019; 19 de abril de 2022, recurso 602/2019; y 27 de septiembre de 2022, recurso 4313/2019, entre otras.

— STS 130/2023 14-02-2023 Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

Extinción del subsidio de desempleo por no comunicación a la Entidad Gestora de la estancia fuera del territorio nacional por tiempo superior a 15 días. Competencia funcional.

Dictado de la resolución de reanudación de la prestación con posterioridad a dicha salida al extranjero. Desarrolla doctrina.

G) Mejoras voluntarias

— STS 965/2022 20-12-2022 Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Interpretación del art. 45 del convenio colectivo de empresas de publicidad de Cantabria que concede complemento de IT hasta el 100%, en un caso de baja médica sin efectos económicos tras alta anterior por denegación de IP. El TS admite la existencia de contradicción, pues, aunque la recurrida y la referencial se refieren a normas convencionales diferentes, existe plena identidad de regulaciones.

La Sala IV niega en este novedoso caso el derecho al complemento haciendo una interpretación literal, sistemática y teleológica del precepto del convenio: dados los términos en que está redactado el artículo 45 del convenio, mientras no existe subsidio por IT abonado a cargo de la Seguridad Social (sea una Entidad Gestora, sea una Mutua colaboradora) tampoco se activa la mejora voluntaria (a cargo de la empresa) contemplada por aquel. Se reitera doctrina sobre criterios para la exégesis de los convenios, la norma general de respeto al criterio de instancia salvo irracional, ilógico o infracción notoria de normas hermenéuticas, pero matiza ahora que corresponde verificar que la exégesis efectuada se adecúa a las reglas de interpretación de los artículos 3 y 1281 y ss. C.C.

H) Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos

— STS 42/2023 18-01-2023 Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Liberbank. Aportaciones al plan de pensiones correspondientes al periodo en que estuvieron suspendidas. El Acuerdo de 27 de diciembre de 2013 se refiere solamente a los trabajadores en activo de la empresa que causan baja durante la suspensión de aportaciones o antes de finalizar el plazo de aportaciones extraordinarias. No pueden incluirse los que causaron baja en la empresa en el año 2011.

No se vulnera el derecho a la igualdad respecto de los trabajadores en activo en la empresa porque no son términos de comparación homogéneos. La STS de fecha 18 de noviembre de 2015, recurso 19/2015, declaró la validez de lo acordado en materia de suspensión de aportaciones a los Planes de Pensiones.

El efecto de cosa juzgada de la citada sentencia colectiva excluye que el citado Plan de Pensiones del Banco de Castilla-La Mancha SA necesite el refrendo de la Comisión de Control. En el mismo sentido, sentencia del recurso 86/2021, deliberada el mismo día.

I) Aspectos procesales de Seguridad Social

— STS 973/2022 20-12-2022 Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Se cuestiona si la Comunidad Autónoma de Madrid debe ser condenada en costas en su condición de responsable de la gestión de las Pensiones no Contributivas de la Seguridad Social

cuando sea desestimado su recurso. La Sala comprueba la suficiencia del escrito de interposición y concluye que tiene razón la Fiscal cuando denuncia que el escrito no cumple con los requisitos que exigen el apartado 1.b) y el apartado 2 del artículo 224 LRJS que obliga a fundamentar la infracción legal cometida por "la sentencia impugnada", y a razonar "el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas".

El escrito de interposición se limita a hacer un análisis de la sentencia recurrida y de la sentencia de contraste, pero no contiene motivo de casación alguno, ni expresa qué concreta infracción legal ha cometido la sentencia impugnada. La sentencia recuerda que no hay alusión a la norma en que se basa la exención de costas, ni al conjunto del que se desprende que la CAM posea la consideración (subrogada) de Entidad Gestora de la Seguridad Social y esa carencia resulta especialmente llamativa porque la STS 850/2018 de 20 septiembre (rcud 56/2017), seguida por otras muchas, ya puso de relieve que los órganos de las Comunidades Autónomas deben cumplir requisitos importantes para que puedan ser considerados titulares del beneficio de asistencia jurídica gratuita en cuanto entidades gestoras de la Seguridad Social.

— STS 974/2022 20-12-2022 Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

El acceso a suplicación de las sentencias por razón de la cuantía o modalidad procedimental es apreciable de oficio puesto que afecta al orden público procesal y a la competencia funcional.

Notoriedad de la afectación general al existir en la Sala un determinado número de recursos respecto de la misma empresa y en los que se debate la misma cuestión de fondo, lo que supone una significativa litigiosidad real (y no meramente potencial) sobre la materia. Reitera doctrina contenida, entre otras, en sentencias de 20 de enero de 2021 (RCUD 3238/2019), 22 de enero de 2021 (RCUD 3229/2019) y 15 de noviembre de 2022 (RCUD 2578/2019). Se anula la sentencia recurrida, que declaró la irrecurribilidad en suplicación.

J) Delitos contra la Seguridad Social

— STS 47/2023, de 02-02-2023, Sala segunda, de lo Penal. Ponente: CARMEN LAMELA DIAZ

Delito contra la seguridad social. Sucesión de sociedades para evitar la ejecución. Al declararse por el Tribunal de instancia que las sociedades utilizadas son instrumentales y no condenar a las personas jurídicas, debe tomarse en consideración el total de lo defraudado por las personas físicas en cada ejercicio y no por cada sociedad.

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

3.1. PROTECCIÓN SOCIAL

-GUTIÉRREZ BENGOECHEA, M. VILA TIERNO, F (Dirs): *El futuro de las pensiones en un contexto de reformas y cambios tecnológicos*. Tirant lo blanch. 2022, 759 págs.

-LÓPEZ AHUMADA, E. (Dir): *Derecho del trabajo postpandemia y el modelo de protección laboral del futuro*, Cinca, 2022

-LOSADA MORENO, N.: *La incapacidad permanente ante la nueva realidad socio-laboral*, Laborum, 2023, págs. 236

-MIÑARRO YANINI, M.; MOLINA NAVARRETE, C.: *Una reinvención sistémica de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*, Bomarzo, 2023, 223 págs.

-MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España*. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social, Atelier, 2023, 255 págs.

-MONEREO PÉREZ, J.L./ RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, Laborum, 2ª edición revisada y ampliada, 2022, 400 págs.

-MONEREO PÉREZ, J.L. y MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E.: *La nueva regulación legal de los planes y fondos de pensiones tras la reforma creadora de los fondos de pensiones de promoción pública (Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo)*, Laborum (Col. Trabajos de Investigación), 2022, 450 págs.

-MORENO VIDA, M.N., DÍAZ AZNARTE, M.T. (DIRS): *La modernización de la asistencia sanitaria: cohesión territorial, atención sociosanitaria ante el envejecimiento y revolución digital en la sanidad*, Granada, Comares, 469 págs.

-TRUJILLO PONS, F: *Límites a la conectividad permanente en el trabajo. Salud y competitividad empresarial*, Ed. Aranzadi, 2023.

3.2. OBRAS DE CARÁCTER GENERAL Y OTRAS

-BLÁZQUEZ AGUDO, E., SIERRA HERNÁIZ, E. (Dirs.): *Transición justa desde la perspectiva de género*, Editorial Aranzadi, 2023, 240 págs.

-KELSEN, H.: *Sociedad y Naturaleza*, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.

-LANDABURU CARRACEDO, M.J.: *Derechos fundamentales, Estado social y trabajo autónomo*, Bomarzo Editorial, 2023, 407 págs.

-MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo Editorial, 2023, 217 págs.

-MARÍN ALONSO, I., IGARTUA MIRÓ, M.T., SOLÍS PRIETO, C. (Dirs.): *Digitalización, desarrollo tecnológico y Derecho del Trabajo: nuevas perspectivas de sostenibilidad*, Editorial Aranzadi, 2023, 498 págs.

-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.

-MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs), ORTEGA LOZANO (Coord): *Derecho administrativo y sancionador sociolaboral. Teoría y Práctica*. Laborum, 2023, 810 págs.

-SIERRA HERNÁIZ, E: *Transición justa desde la perspectiva de género*, Aranzadi, 2023

-VICENTE PALACIO, A. (Coord.): *Aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia social*, Atelier, 2023, 418 págs.

3.3. PROCESAL LABORAL

-POYATOS i MATAS, G.: Juzgar con perspectiva de género en el orden social, Editorial Aranzadi, 2022, 352 págs.

-VICENTE ANDRÉS, R.: *Accidentes de trabajo, Aspectos procesales* Ed. Bosch, 2023

4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

La desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público, por Jorge Baquero Aguilar. Colección trabajo de investigación. Editorial Laborum. Murcia, 2022.

Comentado por:
Raquel Vida Fernández
Profesora Colaboradora. Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Granada.
https://orcid.org/0000-0002-1254-3796

La monografía que presenta el profesor Baquero Aguilar es fruto de una excelente labor de investigación que, a buen seguro, será de interés general, tanto por la trascendencia de la materia que aborda, como por el rigor y la exhaustividad con que lo aborda.

Como es sabido, la vulneración, directa e indirecta, de los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público constituye uno de los elementos de mayor conflictividad, y con mayores repercusiones prácticas en la propia calidad y configuración de nuestras Administraciones Públicas. Pues bien, ese clásico y trascendental tema es el núcleo duro de esta obra que, a su vez, se extiende a otros aspectos y materias colaterales, vinculados al objeto de investigación, que son analizados por su interés para comprender la problemática y dinámica actual del empleo público, (entre otros: efectos de las subcontrataciones de servicios y su reversión, sucesión de empresas, o la nueva "*huida del Derecho administrativo*" de mano de la recuperación de las Agencias estatales…).

En palabras del propio autor, el análisis de la progresiva desnaturalización que en los últimos años han venido sufriendo los preceptos constitucionales en materia de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público de nuestro país, es el objeto de esta obra. Para ello realizan (y con ello nos aporta), un estudio en profundidad de la normativa, la jurisprudencia nacional y europea –con el trascendental papel que últimamente juega esta última, en nuestra regulación-, y las diferentes posiciones doctrinales, que muestran las principales cuestiones, causas y consecuencia de esta realidad, además de toda una serie de valientes propuestas de mejora que realiza el autor.

En un interesante Capítulo Primero, encontramos una visión rigurosa y crítica de la regulación del acceso al empleo público y sus implicaciones colaterales, incluyendo un recorrido histórico que parte desde finales del siglo XIX, hasta una completa visión de las últimas propuestas normativas sobre la materia, y la actual regulación, con particular atención al contenido del Real Decreto-Ley 36/2020, que aprobó medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia, (en conexión con la LGPE para los años 2021 y 2022). El análisis del contenido y el posible impacto de las previsiones de esta norma de urgencia, se realiza con especial atención a los aspectos con potenciales efectos perniciosos sobre los principios de acceso al empleo público. Así sucede con la rehabilitación de las Agencias Estatales como instrumento para el desarrollo del Plan de Recuperación; las posibles repercusiones sobre el empleo público temporal ante previsiones sobre creación o modificación de puestos de trabajo vinculados a la gestión de proyectos de recuperación, con la posibilidad de realizar contrataciones temporales de personal estatutario, o las indeterminaciones sobe la colaboración público-privada.

Conviene señalar que el tratamiento que se hace en esta obra, en relación al análisis normativo vinculado a la materia que se aporta, es absolutamente actual y enriquecedor. El autor se detiene en un elenco completo de normas: desde la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, pasando por la Ley 20/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, o el Real Decreto-Ley 32/2021, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, o la Ley 22/2021, de Presupuestos Generales del Estado para 2022, entre otras muchas.

La segunda parte de la monografía se centra en la descripción y análisis crítico del que el autor califica como "heterogéneo y complejo" sistema de empleo público. Resulta interesante para aproximar al lector al conocimiento de las diferentes categorías de empleados públicos que regula el Estatuto Básico del Empleado Público, y a los problemas vinculados a la dualidad de regímenes funcionarial y laboral, que cohabitan en las administraciones de nuestro país. Especial tratamiento se dedica a los tipos de personal laboral existentes en nuestro sistema de empleo público por su especial complejidad y litigiosidad, -con una lógica particular atención a la conflictiva categoría de personal laboral denominados "indefinidos no fijos"-. Su análisis enfoca la problemática general de la temporalidad en el empleo público, aportando una valoración crítica sobre el fracaso y la necesidad de articular medidas efectivas de exigencia de responsabilidades a los cargos que faciliten o permitan prácticas fraudulentas en materia de empleo público. Como no puede ser de otra forma, se incluye también un tratamiento particular de los funcionarios interinos y el interesante papel que viene jugando en torno a esta figura por parte de la jurisprudencia del TJUE (y su, no menos conflictiva, evolución). Cierra este capítulo el imprescindible análisis la última regulación aprobada en torno a la lucha frente a la temporalidad en el empleo público, que será de gran utilidad al lector: el Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio, -y la posterior Ley 20/2021-, es objeto de un completo análisis; a esto se añaden la Ley 22/2021, de Presupuestos Generales del Estado para 2022, y el Real Decreto-ley 32/2021, de medidas urgentes para la reforma laboral, que cierra el círculo de la última regulación con incidencia en relación a esta materia. Por último, es especialmente interesante el cuadro estadístico desde distintas perspectivas, que sistematiza el profesor Baquero sobre la evolución del empleo público en nuestro país, y que valora con unas originales conclusiones planteadas a modo de cuestiones retóricas que, a buen seguro, harán pensar al lector.

Por su parte el Capítulo Tercero, a modo colofón, constituye un estudio pormenorizado de la regulación de referencia en materia de acceso al empleo público, comenzando por los preceptos constitucionales, para pasar a la legislación predecesora a la actual (tanto preconstitucional, como postconstitucional), y centrarse de forma especial en la actual regulación legal aportada por el EBEP, y las normas reglamentarias de desarrollo. Especial interés despiertan, por ser la cuestión clave de esta obra y por su contenido crítico, los apartados que se dedica a los problemas que afectan a la selección del personal laboral y de funcionarios interinos. También son clave, el tratamiento sobre la apuesta por la mejora y profesionalización de órganos de selección como respuesta a la discrecionalidad técnica de los órganos de selección, (que blindarían posibles irregularidades en procesos de selección), y la controvertida historia de los procesos de consolidación de empleo y de funcionarización y laboralización en nuestro empleo público, (incluidos los actuales, vinculados a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre).

Para concluir, el autor recoge, a modo de epílogo, todas sus valientes y proactivas propuestas de *lege ferenda,* con el claro objetivo de aportar instrumentos de mejora en la regulación y forma de funcionamiento de diversos aspectos que inciden en la desnaturalización de los principios constitucionales de acceso al empleo público, que son denunciados en esta obra. Algunas de estas ideas vienen referenciadas en el cuerpo del libro, pero en este último apartado se enriquecen en contenido y se exponen de forma sistemática. En concreto, en doce epígrafes, que muestran de forma clara y concisa las diversas medidas que, en opinión del autor, deberían acometerse, desde diferentes perspectivas (del Derecho de la función pública, del Derecho del Trabajo, de la normativa de contratos del sector público, del Derecho Sancionatorio, de los sistemas y órganos de selección, de la dirección pública profesional, de la descentralización administrativa, de los procesos de estabilización, de la regulación de contratas y subcontratas y sucesión de empresas, de la protección de los derechos de los empleados públicos).

Es este un trabajo maduro, exhaustivo, y de cómoda lectura, que aportará al lector una visión global, crítica y a la vez abierta, de las diversas realidades y aristas que afectan a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, en pro de una mejora en las garantía

del "mejor" acceso al empleo público de nuestro país, que es sin duda una de los más conflictivas cuestiones que le afectan y, por tanto, más interesante y trascendental de cara a lograr unas mejores Administraciones Públicas del futuro.

-La jurisprudencia como fuente del derecho, por Clemente de Diego, F., Granada, Editorial Comares, 2016, páginas: 93.

Comentado por:
Sheila López Vico
Personal Investigador Predoctoral en Formación-FPU
Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-2608-3436

Como parte de la prestigiosa colección *Crítica del Derecho* dirigida por el prof. José Luis Monereo Pérez y publicada por la editorial Comares, tenemos el placer de recensionar la obra titulada "La jurisprudencia como fuente del derecho". Por medio de la misma se recoge el trabajo que sobre dicho tema publicó en su día Felipe Clemente de Diego, político, catedrático de Derecho civil español y expresidente del Tribunal Supremo de Justicia.

El papel de la jurisprudencia en el elenco de las fuentes del derecho recogidas en nuestro sistema legal no constituye, ni mucho menos, una cuestión exenta de debate. Habiendo esgrimido la doctrina a lo largo de los años tanto argumentos a favor como en contra en torno a la posibilidad de considerar o no la jurisprudencia como una fuente del derecho. Asimismo, partiendo del marco jurídico, social y económico en el cual nos encontramos actualmente, esta cuestión no hace sino adquirir nuevos tintes de complejidad ante el papel predominante que han venido adquiriendo los mecanismos de "soft law" y la tendencia mostrada por nuestro legislador de reducir el contenido impositivo de la normativa laboral, recogiendo un contenido mínimo cuyo desarrollo recae posteriormente en la negociación colectiva o, en su defecto en la propia autonomía individual de las partes.

A dicha tendencia legislativa reduccionista y, como se vio en la reforma del año 2012, en muchas ocasiones desreguladora o remercantilizadora, se le debe de unir también la crisis de afiliación y representatividad que ha sufrido también la representación colectiva en nuestro país y que ha tratado de revertirse por medio de la última reforma laboral operada en el año 2021. Los problemas estructurales que la autonomía colectiva sufre en nuestro país, junto a la expansión de nuevas formas de trabajo como es el teletrabajo que diluyen aún más la solidaridad y confraternidad en el marco de la empresa, derivan en que en múltiples ocasiones los Convenios Colectivos no se pronuncien sobre aspectos relevantes de la relación laboral o, aun haciéndolo, no colmen los vacíos e incertidumbres que se derivan de la existencia de una normativa legal reducida en la mayoría de las ocasiones al mínimo. Por todo ello, ha venido adquiriendo una importancia creciente los pronunciamientos judiciales en el marco de las relaciones laborales, al permitir estos disipar las dudas que surgen de la aplicación a cada caso concreto de dichas normas generales.

Pues bien, este planteamiento de renovada actualidad es el que se aborda por medio de la presente obra, en la que junto a la teoría en su día defendida por De Diego recoge el prof. Monereo Pérez, como director de la obra, un estudio preliminar en el cual se recoge un análisis crítico y riguroso acerca de la creación judicial del Derecho. Para ello, parte el autor realizando un sucinto recorrido por las distintas teorías que diversos e importantes autores han sostenido en torno a esta cuestión. Tras lo cual, incorpora el prof. Monereo Pérez una alusión a la incidencia que las citadas tendencias presentan en esta cuestión. Finalmente, y antes de recoger el trabajo que sobre esta materia escribiera De Diego, adelanta ya el autor de este estudio preliminar donde encaja la posición del mismo en el marco de las diversas teorías analizadas y como incide en su fundamentación teórica el marco social e ideológico existente en el momento en el cual se publicó la misma.

De este modo, la estructura de la obra objeto de recensión se articula en tres partes diferenciadas. En primer lugar, el estudio preliminar realizado por el prof. Monereo Pérez al que ya hemos hecho alusión. En segundo término, y entrando propiamente a analizar la obra de De Clemente, se recoge el prólogo realizado por el mismo. Finalmente se cierra esta monografía transcribiendo el trabajo realizado por este autor sobre la materia que venimos analizando y que da título a la monografía.

Por lo tanto, y para finalizar esta recensión, cabe entrar propiamente a resaltar los puntos más relevantes de esta tercera y última parte. En el desarrollo de su trabajo, comienza el autor recogiendo, antes de entrar propiamente a analizar el papel de la jurisprudencia en nuestro sistema de fuentes, un estudio general sobre nociones básicas y nucleares del derecho que deben de ser conocidas antes de plantearse cual es la naturaleza y papel de la jurisprudencia en nuestro sistema legal. Así, entre otros, se alude al concepto y tipos de reglas jurídicas, su obligatoriedad y naturaleza, que debe de entenderse por fuente del derecho, cuando nos encontramos ante una fuente mediata o inmediatas, principal o subsidiaria, etc.

Sentado dicho análisis general, entra el autor propiamente a analizar que debe de entenderse por jurisprudencia, cual es su naturaleza, estructura y que valor tiene la misma como fuente del derecho. En este punto vuelve a relucir la mutabilidad que presenta la jurisprudencia en función del momento social y económico en el cual nos encontremos, evidenciando así el autor como se produce un continuo ajuste y reajuste dirigido a adaptar la interpretación y solución dada por los tribunales en cada caso particular al momento histórico y social en el que se encuentre y, más importante aún, al texto legal sobre el cual se articule, al no ser este último tampoco permanente e inamovible.

Pues bien, finalmente, plasma el autor su posición doctrinal en torno a la cuestión que da nombre al presente estudio, y que no es otra que la naturaleza o no de la jurisprudencia como fuente del derecho, tomando para ello en consideración tanto las fuentes que el mismo denomina como mediatas como aquellas de carácter inmediato. Asimismo, construye el autor su discurso aludiendo a los más importantes pronunciamientos doctrinales de la época en torno a la cuestión objeto de análisis y recurre también a las disposiciones legales existentes en otros países en aras de aportar una visión más amplia y rica sobre el tratamiento que en otros sistemas se le da a esta cuestión. De este modo, a lo largo de las diversas páginas, y pese a la ambigüedad que en muchos puntos presenta el autor, puede apreciarse como el mismo muestra una postura avanzada para su época y por tanto, contraria al positivismo jurídico dominante, lo cual muestra la relevancia que este texto clásico presenta en el estudio de tema que, por su relevancia, constituye una constante en nuestro sistema jurídico.

Tal y como ha podido extraerse de las breves pinceladas recogidas a través de la presente recensión, la cuestión que se aborda por medio de esta obra no solo no ve agotada su relevancia a un debate meramente doctrinal de carácter decimonónico, sino que por el contrario nos encontramos ante una cuestión nuclear en toda disciplina jurídica que además, ante los cambios disruptivos que se han producido en el marco social y económico en el cual nos encontramos, adquiere una actualidad renovada que justifica de manera clara la necesidad de abordar de nuevo la misma.

Por todo ello, no puedo sino concluir recomendando la atenta lectura de esta monografía que, al tratar una cuestión nuclear en la disciplina del Derecho en general, no ve agotada su relevancia e idoneidad a un momento histórico determinado y, en consecuencia, alzándose como lectura de obligada referencia para cualquier operador jurídico.

La libertad en el estado moderno, por Harold J. Laski, Granada, Editorial Comares, 2021, páginas: 225

Comentado por:
Sheila López Vico
Personal Investigador Predoctoral en Formación-FPU
Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-2608-3436

Como parte de la prestigiosa colección *Crítica del Derecho* dirigida por el prof. José Luis Monereo Pérez y publicada por la editorial Comares, tenemos el placer de recensionar la obra titulada "La libertad en el estado moderno".

Por medio de la misma se recoge uno de los escritos clásicos que se alza como referencia en el estudio del derecho y que no es otro que el que bajo dicho mismo título realizó en su día Harold J. Laski.

La presente obra se encuentra articulada en dos bloques principales, por un lado un estudio preliminar realizado por el prof. Monereo Pérez y rubricado "Harold J. Laski y las trayectorias del socialismo democrático en el mundo anglosajón", y por otro lado, el trabajo realizado en por Harold J. Laski en el año 1930 y que ha sido reeditado por medio de la presente monografía.

Pues bien, recogida dicha estructura formal cabe entrar propiamente a analizar el contenido de cada una de las partes que la conforman.

El primero de dichos grandes bloques, como hemos indicado, lo conforma el estudio preliminar realizado por el prof. Monereo Pérez. En el mismo, profundiza el autor en la concepción que Harold J. Laski mostró sobre el Estado y que es lo que diferencia la tesis por el seguida de la de otros pensadores de la época, como es sin ir más lejos la postulada por Kelsen.

Pues bien, la línea de investigación adoptada por el autor nos permite ver de manera progresiva la evolución que sufrió la tesis seguida por Laski, y como el mismo transitó de un pluralismo extremo a una más atenuado de naturaleza fabiana hasta la asunción crítica del marxismo.

Así, se parte recogiendo la concepción de Laski del Estado como la cúspide del Estado Social moderno, una sociedad de individuos y no solo un orden puramente legal, separándose así de la visión formalista presente en otros escritos de la época. Para el mismo, además, cobra un papel central la incidencia que la globalización e internacionalización presenta ya en esta época en el sistema en torno al cual se construye dicha figura del Estado, y en consecuencia, fue un fiel defensor de la idea de que la concepción del Estado soberano de carácter nacional estaba siendo superado por un nuevo orden de carácter internacional, en el que resulta imperativo establecer una acción unificada entre los distintos Estados. Laski aboga, de este modo, por la construcción de un nuevo orden internacional de colaboración política.

Asimismo, apuesta en dicho marco de modernización de la noción de Estado por la transición pacífica a un socialismo democrático y constitucional con base, como no podía ser de otra forma, en un pluralismo social y político, por un lado, y por otro en la búsqueda de la igualdad y la justicia social.

A lo largo de todo el estudio se pone de manifiesto por el autor diversas ideas clave que resultan fundamentales para comprender las bases del sistema jurídico y social en el cual actualmente nos encontramos, y del mismo modo, la incidencia que en el mismo presentan las diversas contingencias jurídico, políticas y sociales que se suceden. Así, se habla entre otras muchas cuestiones de la incidencia que la guerra mundial, la internacionalización, la Alemania nazi, etc., tuvieron en la instauración del socialismo democrático y como la respuesta del Estado y de la sociedad a la que representa presenta

un distinto signo y orientación atendiendo a que nos encontremos en momentos de crisis o en épocas de bonanza económica.

En definitiva, el estudio preliminar que encabeza la obra objeto de recensión, nos permite apreciar de manera lineal y concisa la evolución que a lo largo de su vida y atendiendo a las condiciones sociales, económicas y políticas que le rodean, sufrió la teoría seguida por Harold J. Laski.

Tras lo cual, se recoge el estudio realizado en la década de los años treinta titulado "la libertad en el estado moderno" y que fue llevado a cabo por Harold J. Laski. Obra cuyos principales fundamentos hemos ido reseñando al analizar el estudio preliminar que la antecede y que, por su relevante papel en el marco de la teoría del derecho es ampliamente conocida.

Así, como hemos ya adelantado, pone este autor sobre la mesa razonamientos muy avanzados a la época en la cual se enmarca, resaltando ya en dicho momento la incidencia que la internacionalización estaba llamada a tener en la soberanía del Estado, abogando por la constitución de un Estado sobre la base del respeto de la igualdad y de la justicia social, defendiendo la necesidad de que la ciudadanía tomase partido en las decisiones de carácter político y, propugnando, -aunque con un carácter más atenuado que en sus primeros escritos como consecuencia de la incidencia que tuvieron posteriormente en su formación diversos pensadores de la época- un sistema democrático de carácter pluralista.

Nos encontramos, en consecuencia, ante una obra de una gran calidad jurídica, en la que, además de devolver al debate una obra clásica de obligada referencia para todo aquel que quiera conocer en su profundidad y críticamente las bases que constituyen nuestro ordenamiento jurídico, se incorpora, por medio del estudio preliminar -realizado por el prof. Monereo Pérez-, una visión más amplia sobre el marco jurídico, legal y social en el cual se enmarca dicha obra, al hacer alusión, entre otras cuestiones, a otras teorías que en dichas fechas fueron propugnadas por otros importantes pensadores de la época, tanto a favor como en contra de la sostenida por Harold. Laski.

Por todo ello, no puedo sino concluir recomendado la lectura atenta de la presente obra a todo operador jurídico, al constituir esta una rica fuente de conocimientos laborales que, por la materia tratada y la metodología utilizada para ello, no ve ni verá agotada su idoneidad y relevancia pese a los cambios que puedan producirse en nuestro marco económico, social y político.

Laborum

Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social

nº 34 (1er Trimestre 2023)
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. ACCIDENTES DE TRABAJO

— Criterio de Gestión INSS nº 3/2023, de 9 de febrero de 2023. Accidente de Trabajo en pluriactividad.

Tras el Criterio de Gestión del INSS 22/2022 se concluyó 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 al 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 sólo en el régimen en el que se estaba desempeñando esta actividad y no en un régimen distinto.

No obstante, se plantea el problema relativo a si en los supuestos en los que en aplicación del criterio anterior al 22/2022, se calificó como profesional la contingencia en las dos prestaciones causadas, se debe mantener la misma contingencia para las futuras prestaciones que, en su caso, se reconozcan y tengan su origen en la misma lesión corporal. Asimismo, se plantea en relación con las recaídas en los procesos de incapacidad temporal, esto es, respecto a si la contingencia de los procesos reconocidos con anterioridad al criterio una vez reanudados por recaída deben calificarse de acuerdo con la declaración inicial o de acuerdo con el nuevo criterio.

A este respecto se considera que cuando, en aplicación del anterior criterio de gestión, se haya calificado como profesional la contingencia en las prestaciones causadas en distintos regímenes derivadas del mismo accidente o enfermedad profesional acaecidos por la actividad realizada solo en uno de ellos, se mantenga la contingencia que se haya reconocido para las futuras prestaciones que, en su caso, se reconozcan y tengan su origen en la misma lesión o patología.

De esta manera el nuevo criterio se aplicará únicamente a trabajadores en situación de pluriactividad respecto de hechos causantes producidos por contingencia profesional con posterioridad al nuevo criterio, conforme a cual debe tenerse en cuenta en qué régimen se estaba realizando la actividad que ha ocasionado el accidente laboral o la enfermedad profesional, a fin de calificar la contingencia como común o como profesional en cada uno de los regímenes dependiendo de que fuera aquel o no en el que se realizaba dicha actividad, proceder que deberá seguirse a partir de ese momento respecto de futuras prestaciones que puedan causarse en los respectivos regímenes que se deriven de esa misma lesión o patología.

Por tanto:

1. En los supuestos en los que, en aplicación del criterio anterior al 22/2022, se calificó como profesional la contingencia en las prestaciones causadas en los dos regímenes del sistema de Seguridad Social, se debe mantener la misma contingencia en las futuras prestaciones que, en su caso, se reconozcan y tengan su origen en la misma lesión corporal.

2. En los casos de recaídas, la contingencia de los procesos de Incapacidad Temporal y calificados conforme al anterior criterio será la misma que la declarada inicialmente.

2. JUBILACIÓN

— Criterio de Gestión de INSS nº 5/2023. Pensión de jubilación demorada con complemento por mínimos. Tanto alzado.

Se plantea si procede la aplicación del apartado 2.b) del artículo 210 TRLGSS, a elección de la persona interesada y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el precepto, en supuestos en los que la pensión inicialmente reconocida no alcance el importe mínimo establecido anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el tipo de pensión que corresponda y haya de reconocerse un complemento por mínimo hasta alcanzar dicho importe.

El artículo 210.2 TRLGSS establece que:

"*Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la que resulte de aplicar en cada caso lo establecido en el artículo 205.1.a), siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el periodo mínimo de cotización establecido en el artículo 205.1.b), se reconocerá a interesado por cada año completo cotizado que transcurra desde que reunió los requisitos para acceder a esta pensión, un complemento económico que se abonará de alguna de las siguientes maneras, a elección del interesado:*

(...)

b) Una cantidad a tanto alzado por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía vendrá determinada en función de los años de cotización acreditados en la primera de las fechas indicadas, siendo la fórmula de cálculo siguiente:

1º. Si ha cotizado menos de 44 años y 6 meses:

Pago único = 800 (Pensión inicial anual/500) elevado 1/1,65.

2º Si ha cotizado, al menos, 44 años y 6 meses la cifra anterior de aumentará en un 10 %.

Pago único = 880 (Pensión inicial anual/500) elevado 1/1,65.

c) Una combinación de las opciones anteriores en los términos que se determine reglamentariamente. La elección se llevará a cabo por una sola vez en el momento en que se adquiere el derecho a percibir el complemento económico, no pudiendo ser modificada con posterioridad. De no ejercitarse esta facultad, se aplicará el contemplado en la letra a).

La percepción de este complemento es incompatible con el acceso al envejecimiento activo regulado en el artículo 214.

El beneficio establecido en este apartado no será de aplicación en los supuestos de jubilación parcial, ni en el de jubilación flexible a que se refiere el párrafo segundo del artículo 213.1, ni en los supuestos de acceso a la jubilación desde una situación asimilada al alta".

Toda que la norma no establece limitación alguna, cuando se trate de supuestos en los que la pensión inicialmente reconocida no alcanza el importe mínimo establecido anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y deba aplicarse el correspondiente complemento por mínimos, se

podrá optar por la modalidad de abono del complemento de demora recogida en el apartado 2.b) del artículo 210 del TRLGSS. Para el cálculo de la cantidad a tanto alzado se tomará el valor de la pensión inicial anual reconocida sin complemento por mínimos.

3. APLICACIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES DE COORDINACIÓN

— Criterio de gestión del INSS nº 2/2023, de 7 de febrero de 2023. Totalización en caso de retiro de aportes totales o parciales por parte del interesado en su cuanta de capitalización individual.

Se plantea cuales son los efectos en la totalización de periodos de seguro de los retiros totales o parciales de aportes por parte del interesado en su cuanta de capitalización individual.

Los convenios bilaterales y multilaterales de Seguridad Social suscritos por España, a excepción del convenio celebrado con la República de China) prevén la totalización de periodos de seguro. En determinados Estados como Andorra, Bolivia, Chile, Colombia, El Salvador, Méjico, Perú y República Dominicana, con sistemas de capitalización se prevé en su legislación la posibilidad de que el interesado pueda retirar parcial o totalmente los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual.

En este contexto, a efectos de la totalización de periodos cuando el interesado haya retirado aportes de su cuenta de capitalización individual, se pueden distinguir dos situaciones:

— Si el interesado ha solicitado el retiro total de sus aportes, ha de entenderse que los periodos correspondientes a los mismo desaparecen, por lo que no pueden considerarse periodos de seguro en el otro Estado ni pueden, por tanto, ser totalizados por la dirección provincial que esté tramitando el expediente.

— Cuando el interesado haya solicitado un retiro parcial de sus aportes, los periodos correspondientes a los mismos se reducirán proporcionalmente según el porcentaje del retiro que se haya producido. Se entenderá que los aportes retirados se corresponden a los periodos más antiguos cumplidos en el Estado en el que se haya producido el retiro parcial. Una vez determinado el periodo de seguro correspondiente -según lo indicado- el mismo podrá ser tenido en cuenta por la dirección provincial a efectos del reconocimiento de la pensión de que se trate.

En el contexto del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), el Comité Técnico Administrativo ha acordado que cuando se produzca un retiro de aportes del fondo de capitalización individual, la institución competente del Estado en el que se haya producido dicho retiro, comunicará a los demás Estados Parte los periodos de aportes. Dicha comunicación incluirá información sobre la cuantía del retiro y la protección que supone el retiro sobre el total del fondo.

Respecto de los demás países, deberá solicitarse que comuniquen los retiros que se produzcan y en caso de ser parciales, el porcentaje que dicho retiro supone sobre el monto total de la cuenta de capitalización,

4. SISTEMA ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR

— Criterio de gestión del INSS nº 1/2023. Situación asimilada al alta de paro involuntario de las personas trabajadoras encuadradas en el Sistema Especial de Empleados de Hogar.

Se plantea si la situación asimilada a la de alta por paro involuntario prevista en el artículo 36.1.1º del Reglamento General de Inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones

de datos de trabajadores en la Seguridad Social (RGI), aprobado por Real Decreto 84/1996, de 12 de enero, de las personas trabajadoras encuadradas en el Sistema Especial de Empleados de Hogar (SEEH), integrado en el Régimen General, que son baja en el mismo por causa no imputable a su voluntad, de acuerdo con el régimen de extinción de la relación laboral establecido en el artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio de hogar familiar.

El Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, ha suprimido el apartado d) del artículo 251 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), que excluía de la acción protectora del SEEH la correspondiente al desempleo.

El Real Decreto-ley 16/2022, ha modificado el artículo 267.1.a) del TRLGSS, introduciendo el apartado 8º, que reconoce como situación legal de desempleo la extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo recogido en el artículo 11.2 del RD 1620/2011.

Teniendo en cuenta las citadas modificaciones tendentes a homogeneizar la acción protectora en el Régimen General, para las prestaciones causadas desde el 09/09/2022 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2022) por las personas encuadradas en el SEEH, se considera situación asimilada a la de alta "la situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo", regulada en el artículo 36.1.1º RGI, en las mismas condiciones que para el resto de trabajadores del Régimen General.

El INSS viene interpretando que los trabajadores por cuenta ajena encuadrados en el Régimen General se encuentran en situación asimilada a la de alta en paro involuntario, a efectos de causar derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, cuando concurran los siguientes requisitos:

a) Que el cese en el último trabajo no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. Se presumirá que el cese es involuntario cuando la extinción del contrato se hubiese producido por alguna de las causas listadas en el artículo 267.1.1. TRLGSS.

b) Que exista demanda de empleo actualizada o renovada en el momento del hecho causante de la prestación de que se trate, ante la correspondiente oficina de empleo.

c) Que se acredite voluntad de trabajar, desde el cese en el último empleo hasta el momento del hecho causante de la prestación de que se trate, lo que se acreditará de la siguiente forma:

1.- Mediante demanda ininterrumpida de empleo, a partir del plazo legalmente establecido para solicitar la prestación de desempleo sin que ésta se vea afectada en su duración.

2.- Se considerará que la demanda de empleo es ininterrumpida, aunque se haya demorada la inscripción o se haya interrumpido, siempre que esos periodos sin demanda inscrita no superen, en conjunto, la tercera parte del tiempo transcurrido desde el cese en el último trabajo hasta el hecho causante de la prestación y no alcancen veinticuatro meses de forma continuada.

3.- No se computarán las interrupciones en la demanda inferiores a veinticuatro meses, que se hayan producido por la realización de trabajos, por cuenta ajena o propia, excluidos de protección por desempleo.

4.- Se exigirá, además, una inscripción continuada de al demanda de empleo en los seis meses inmediatamente anteriores al hecho causante de la prestación, salvo casos de accidente, cuando esa demanda se haya renovado después de una interrupción de seis o más meses sin realizar trabajos, o de veinticuatro o más meses realizando actividades que no pueden dar lugar a una situación legal de desempleo, ni, por lo mismo, de paro involuntario.

5.- Se entenderá por último que, desde el inicio de la prestación o subsidio de desempleo hasta su extinción, la demanda de empleo se mantiene ininterrumpida aunque, de hecho, por no haberse renovado en algún momento, se hubiese sancionado con la suspensión de la prestación o del subsidio.

En los restantes supuestos, la situación del causante no se considerará situación de paro involuntario, por faltar la voluntad de permanecer en el mercado de trabajo, separándose del sistema de la Seguridad Social, y por no acreditar la exigencia de "*la inscripción como desempleado en la oficina de empleo*" a la que se refiere el artículo 36.1.1º RGI.

Por tanto, siempre que se den todas las condiciones señaladas anteriormente, e independientemente del momento en el que las mismas se hayan producido, para las prestaciones causadas a partir del 09/09/2022 por las personas encuadradas en el SEEH, la situación de paro involuntario se considerará situación de asimilada al alta.

5. INGRESO MÍNIMO VITAL

— Criterio de gestión del INSS nº 4/2023, de 15 de febrero de 2023. Acreditación del impago de alimentos

El artículo 20 Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital (LIMV), relativo al cómputo de los ingresos y patrimonio para la percepción de la prestación de ingreso mínimo vital, establece, en su apartado 1.f) 4º, que: "*Se considera renta exenta para la persona obligada al abono, la pensión de alimentos en favor de los hijos que debe ser satisfecha de conformidad con lo previsto en el artículo 93 del Código Civil, siempre que se haya producido el pago de la misma.*

Asimismo, en la unidad de convivencia que debe recibir la pensión por alimentos será renta exenta cuando no se hubiera producido el abono por la persona obligada al pago".

Dado que las anualidades por alimentos percibidas en virtud de decisión judicial están, a su vez, consideradas como rentas exentas para la determinación del impuesto sobre la renta de las personas físicas, si el solicitante de la prestación de ingreso mínimo vital alega no percibirla, se ha venido requiriendo la aportación por el interesado de una declaración responsable que acredite tal extremo, sin perjuicio de que si del resultado de las funciones de verificación o supervisión del cumplimiento de los requisitos para el acceso y mantenimiento de la prestación, la entidad gestora constatara contradicción entre la declaración responsable y los datos recabados en el ejercicio de dichas funciones, de acuerdo con el artículo 19 LIMV podrá proceder en cualquier momento a la revisión motivada por al constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones de los beneficiarios, así como a la reclamación de las cantidades que, en su caso, se hubiesen percibido indebidamente por tal motivo.

nº 34 (1er Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Novedades Normativas y de Gestión de la Tesorería General de la Seguridad Social

Javier Aibar Bernad
Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social
https://orcid.org/0000-0002-3927-5736

— REAL DECRETO-LEY 1/2023, DE 10 DE ENERO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN LABORAL Y MEJORA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS ARTISTAS.

Para una mejor contextualización de las medidas recogidas en el Real Decreto-Ley 1/2023 (en adelante RDL 1/2023), su Preámbulo se remonta al Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante PNRR) aprobado para España, destacando su Componente 23 sobre «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo», encuadrado en el área política VIII «Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo».

Dicho componente tiene como objetivo impulsar, en el marco del diálogo social, la reforma del mercado laboral español para adecuarlo a la realidad y necesidades actuales y de manera que permita corregir las debilidades estructurales, con la finalidad de reducir el desempleo estructural y el paro juvenil, corregir la dualidad, mejorar el capital humano, modernizar la negociación colectiva y aumentar la eficiencia de las políticas públicas de empleo, dando además un impulso a las políticas activas de empleo, que se orientarán a la capacitación de las personas trabajadoras en las áreas que demandan las transformaciones que requiere la economía española.

Dentro de las reformas e inversiones propuestas en el citado Componente se incluye la Reforma 7, sobre «revisión de las subvenciones y bonificaciones a la Seguridad Social», que tiene como objetivo simplificar el sistema de incentivos a la contratación y aumentar su eficacia mediante una mejor orientación. Se pretende, se cita en el Preámbulo, dar solución a los problemas detectados en el marco normativo vigente, así como su adecuación a los nuevos principios, contenidos en la regulación del marco contractual introducido por el Real Decreto-ley 32/2021, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

Teniendo en cuenta los objetivos descritos del PNRR, la norma pone en marcha las medidas necesarias para llevar a cabo la transformación que el mismo señala. En tal sentido, respecto de los incentivos a la contratación laboral, se hace referencia al artículo 40.1 de la Constitución Española, donde se confiere el mandato a los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico, y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica, añadiendo que, de manera especial, realizarán una política orientada al *pleno empleo*.

Asimismo, se cita en el Preámbulo del RDL 1/2023 que, en el ámbito propio de las políticas activas, las distintas Administraciones Públicas con competencias han desarrollado una importante labor de fomento del empleo a través de un conjunto amplio, pero poniendo de manifiesto que ha sido disperso y complejo, con actuaciones dirigidas a la creación del empleo y en general al perfeccionamiento y mejora del mercado de trabajo.

También se pone de manifiesto que en la actualidad no existe un marco jurídico único para la regulación de los incentivos a la contratación y otras medidas de empleo financiadas con reducciones o bonificaciones en las cotizaciones sociales, sino excesivas normas, que provocan una fragmentación en detrimento de la transparencia, eficacia y eficiencia de tales medidas. A lo anterior hay que añadir la existencia de otros problemas, que han de ser igualmente abordados, como ocurre con la desactualización o falta de homogeneización de algunas medidas, principalmente, en las cuantías de los incentivos.

A continuación, se aborda el extenso contenido de las disposiciones de la norma objeto de nuestro análisis, dada la importancia de la reforma estructural que introduce. Es importante señalar que la entrada en vigor de estas disposiciones se producirá el próximo 01.09.2023, aunque con algunas excepciones.

En definitiva, el Real RDL 1/2023 tiene como uno de sus objetivos principales la regulación de los incentivos destinados a promover la contratación laboral, así como otros programas o medidas de impulso y mantenimiento del empleo estable y de calidad, financiados mediante bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, o desarrollados mediante otros instrumentos de apoyo al empleo. A ello dedica los artículos 1 a 42, así como las disposiciones adicionales primera a undécima, las disposiciones transitorias primera y segunda, la disposición derogatoria y las disposiciones finales tercera, séptima y décima. Además, el RDL 1/2023 incorpora, en su disposición final 4ª, la modificación de los artículos de la Ley General de la Seguridad Social relacionados con la cotización a la Seguridad Social de las personas que realicen actividades artísticas.

A continuación, realizaremos un análisis de las principales medidas contempladas en el RDL 1/2023, dados su amplitud y alcance.

Objetivos y ámbito de aplicación

Conforme a lo anterior, se establecen como objetivos del RDL 1/2023 los siguientes:

a) El impulso prioritario de la contratación y el mantenimiento del empleo estable y de calidad de las personas y colectivos considerados vulnerables o de baja empleabilidad.

b) Excepcionalmente, tales medidas podrán tener por objeto la contratación temporal y siempre limitada a incentivar el tránsito de las situaciones formativas en prácticas o mediante contrato laboral, en contratos indefinidos, así como la contratación temporal directamente vinculada a la conciliación.

c) La garantía del principio de igualdad y no discriminación en la regulación y aplicación de las medidas de fomento del empleo y la contratación.

d) El impulso de la mejora de la calidad del empleo del conjunto de las personas trabajadoras.

e) El fomento de la contratación de personas con discapacidad, priorizando aquellas con mayores dificultades y, en general, el tránsito al empleo ordinario.

f) El impulso de la creación neta de empleo y su mantenimiento.

g) El fomento del trabajo autónomo y de la economía social como instrumento eficaz de generación de trabajo estable y de calidad.

h) El reconocimiento e impulso de la participación de otros agentes en el desarrollo de instrumentos o medidas que favorezcan el cumplimiento de los objetivos de esta norma.

i) El reconocimiento de la dimensión sectorial y territorial de las ayudas al empleo.

El RDL 1/2023 tiene por objeto regular los incentivos destinados a promover la contratación laboral, así como otros programas o medidas de impulso y mantenimiento del empleo estable y de calidad, financiados mediante bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, o desarrollados mediante otros instrumentos de apoyo al empleo. Y asimismo, se aplicarán las disposiciones del de su capítulo I a las subvenciones públicas que, en materia de empleo, se establezcan por disposiciones dictadas al amparo de competencias estatales para el fomento de la contratación laboral y la financiación de otros programas de activación para el empleo.

Será de aplicación igualmente el RDL 1/2023 a instrumentos de apoyo al empleo referidos a los acuerdos por el empleo adoptados en el marco de la negociación colectiva, la reserva de empleo, las cláusulas sociales en la contratación pública, los planes de igualdad en las empresas y los pactos locales o comarcales de empleo (art. 1)

Se identifican las personas destinatarias de la contratación laboral incentivada (art. 4):

— Personas de atención prioritaria, que figuren registradas en los servicios públicos de empleo como demandantes de servicios de empleo en situación laboral de desempleadas.

— Personas trabajadoras que vean transformados sus contratos en contratos indefinidos, en los supuestos previstos o que vean mejorada su contratación por conversión de contratos indefinidos a tiempo parcial en contratos indefinidos a tiempo completo, o de contratos fijos discontinuos en contratos indefinidos ordinarios en los supuestos previstos en esta norma.

Además, se identifica a personas destinatarias de otros programas o medidas de impulso y mantenimiento del empleo estable, cuando aquellos se financien mediante bonificaciones en la cotización y en los señalados por la Administraciones Pública, cuando se financien mediante subvenciones públicas.

Definiciones de las personas destinatarias de las medidas de fomento del empleo

En el RDL 1/2023 se establecen distintas definiciones de personas destinatarias de las medidas de fomento del empleo, como las personas de atención prioritaria, o con discapacidad o en situación de riesgo o de exclusión social, mujeres víctimas de violencia de género, mujeres víctimas de trata de seres humanos, de explotación sexual o laboral y mujeres en contextos de prostitución, mujeres víctimas de violencias sexuales y víctimas del terrorismo (art. 6).

Determinación y requisitos de los beneficiarios

Podrán beneficiarse de los incentivos previstos en el RDL 1/2023 (art. 7):

a) Las empresas u otros empleadores

b) Las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas

c) Las sociedades laborales o cooperativas por la incorporación de personas socias trabajadoras o de trabajo

d) Las entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro

No podrán ser beneficiarios la Administración General del Estado, la Administración de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local, así como los organismos

públicos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas.

Para ser beneficiario se requerirá (art. 8):

a) No haber sido inhabilitado para obtener subvenciones y ayudas públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

b) Respecto de los beneficios en las cotizaciones de la Seguridad Social y sobre las subvenciones públicas, no haber sido excluido del acceso a las ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo, por la comisión de infracciones graves o muy graves no prescritas.

c) Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

d) Contar con el correspondiente plan de igualdad, en el caso de las empresas obligadas legal o convencionalmente a su implantación.

Existe la obligación de mantenimiento en el empleo. En las bonificaciones a la contratación laboral indefinida, incluida la transformación de contratos en los supuestos previstos en esta norma, y por la incorporación con carácter indefinido, como personas socias trabajadoras o de trabajo en cooperativas y sociedades laborales, el beneficiario deberá mantener a la persona destinataria de estas medidas en situación de alta, o asimilada a la de alta con obligación de cotizar, en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, al menos tres años desde la fecha de inicio del contrato, transformación o incorporación bonificados.

Cuantías y duración de los beneficios.

La cuantía y la duración de las bonificaciones en la cotización se regirán por lo establecido en cada uno de los programas o medidas previstos. Cabe destacar acerca de los incentivos a la contratación laboral, que sus cuantías se establecen por cada contrato suscrito a tiempo completo. En los supuestos de contratación a tiempo parcial, las citadas cuantías se reducirán proporcionalmente en función de la jornada establecida. Se identifican también los supuestos en los que no se aplicarán los incentivos a la contratación previstos en el RDL 1/2023 y las incompatibilidades y la concurrencia de beneficios (art- 10, 11 y 12).

Los diferentes Incentivos y otros instrumentos de apoyo al empleo (art. 14 y ss.)

1.- Bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta

a) Contratación laboral de personas con capacidad intelectual límite o readmitidas tras cesar en la empresa por incapacidad permanente total o absoluta.

b) Contratación de mujeres víctimas de violencia de género, de violencias sexuales y de trata de seres humanos y explotación sexual o laboral,

Bonificaciones por la contratación indefinida de mujeres víctimas de violencia de género, de violencias sexuales y de trata de seres humanos, tanto con fines de explotación sexual como laboral.

— Bonificaciones en los contratos de duración determinada que se celebren con personas desempleadas para sustitución de personas trabajadoras en determinados supuestos.

— Bonificaciones en la cotización de las personas trabajadoras sustituidas durante las situaciones de nacimiento y cuidado del menor o la menor, ejercicio corresponsable del cuidado del menor o de la menor lactante, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

— Bonificación en los supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, así como en los supuestos de enfermedad profesional.

c) Contratación de personas en situación de exclusión social y desempleadas de larga duración y victimas del terrorismo.

— Bonificaciones por la contratación indefinida de personas en situación de exclusión social.

— Bonificación por la contratación indefinida de personas desempleadas de larga duración.

— Bonificaciones por la contratación indefinida de personas víctimas del terrorismo.

d) Contratación formativa y su transformación en contratos indefinidos y contratación de personal investigador en formación.

— Bonificaciones por la realización del contrato de formación en alternancia.

— Bonificación por la transformación en indefinidos de contratos formativos y de relevo.

— Bonificación por la contratación indefinida o la incorporación como persona socia en la cooperativa o sociedad laboral de personas que realizan formación práctica en empresas

— Bonificaciones a la formación en alternancia

— Bonificación por la contratación de personal investigador bajo la modalidad de contrato predoctoral.

e) Apoyo al empleo en la economía social y en ámbitos o sectores específicos

— Bonificaciones por la incorporación de personas trabajadoras como socias trabajadoras o de trabajo a cooperativas y sociedades laborales.

— Bonificación por la transformación en contratos fijos-discontinuos de contratos temporales suscritos con personas trabajadoras por cuenta ajena agrarias.

— Medida de apoyo a la prolongación del periodo de actividad de las personas trabajadoras con contratos fijos-discontinuos en los sectores de turismo y comercio y hostelería vinculados a la actividad turística.

— Bonificaciones respecto de personas contratadas en determinados sectores de actividad y ámbitos geográficos.

f) Otros instrumentos de apoyo al empleo.

— Acuerdos por el empleo en el marco de la negociación colectiva.

— Reserva de empleo.

— Planes de igualdad en las empresas.

— Pactos locales o comarcales de empleo.

2.- Normas comunes a las bonificaciones en la cotización

Abordamos la aplicación, control, coordinación y acreditación de los incentivos

En la aplicación de las bonificaciones en la cotización, la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS) aplicará los beneficios en las cuotas de la Seguridad Social en las liquidaciones de cuotas practicadas a través del sistema de liquidación directa y sistema de liquidación simplificada, utilizando para ello los programas y aplicaciones disponibles para la gestión liquidatoria y recaudatoria de la Seguridad Social. a aplicación de los beneficios de cuotas se realizará automáticamente en función de los datos de que disponga la TGSS (art. 36)

Respecto al control y verificación de los requisitos objetivos para el acceso y mantenimiento de las bonificaciones, y actualización de las liquidaciones de cuotas por corrección de datos, una vez aplicadas las bonificaciones de cuotas, el Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante SEPE), realizará el control o verificación de los requisitos objetivos para el acceso y mantenimiento de las bonificaciones de cuotas. Por su parte, el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, vigilará el cumplimiento de los requisitos y exclusiones, así como de las obligaciones, establecidas en relación con los beneficios de cuotas de la Seguridad Social (art. 37).

Desde el punto de vista de la coordinación administrativa, la TGSS pondrá a disposición del SEPE, la relación de personas trabajadoras respecto de las que las empresas hayan comunicado los datos del artículo 36. De igual forma, la TGSS pondrá a disposición del SEPE, la información sobre las bonificaciones de cuotas efectivamente aplicadas mensualmente en las liquidaciones de cuotas, para que este último pueda comprobar la procedencia y exactitud de las bonificaciones de cuotas a cargo de su presupuesto, y proceder, en su caso, a solicitar el inicio del procedimiento de recaudación a la TGSS.

La TGSS y el SPEE, pondrán a disposición de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la información disponible sobre la aplicación de los beneficios de cuotas (art. 38).

La acreditación de los requisitos de los beneficiarios de bonificaciones se podrá realizar según los casos, ante la TGSS, por la Administración de Justicia, declarando si el beneficiario resulta en su caso inhabilitado para obtener subvenciones y ayudas públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social; por el órgano competente para autorizar ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo; por las Administraciones Tributarias, incluidas las de régimen foral, sobre si el beneficiario se halla al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias (art. 39).

Para la aplicación de los efectos de las bonificaciones en la cotización y en el momento de comunicar la solicitud de alta o la variación de datos de sus personas trabajadoras, las empresas

proporcionarán los datos que establezca la TGSS a través del Sistema de Remisión Electrónica de Datos (RED), que tendrán el carácter de declaración responsable (art. 40).

Financiación y evaluación previstas en el RDL 1/2023

Las bonificaciones en la cotización que están previstas en el RDL 1/2023, se financiarán con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del SPEE, y los incentivos a la contratación y otros programas de empleo subvencionados por los servicios públicos de empleo, se financiarán con cargo a los créditos específicamente consignados cada año en el presupuesto de gastos del SPEE (art. 40).

Con la periodicidad que se determine en el marco del modelo integrado de seguimiento y evaluación de las políticas activas de empleo y, al menos, junto con las evaluaciones intermedia y ex post que se realicen de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, vigente en cada momento, a los dos años de su aprobación y a su finalización, respectivamente, el Ministerio de Trabajo y Economía Social realizará una evaluación del impacto de las medidas incluidas en real decreto- ley financiadas con bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social (art. 41).

Modificaciones normativas que introduce el RDL 1/2023

El RDL 1/2023 incorpora, en su Disposición Final 4ª, modificaciones de la Ley General de la Seguridad Social, en los artículos que se indican a continuación, con distintos tipos de vigencia:

— Art. 153 ter, sobre cotización de las personas pensionistas de jubilación cuando realicen actividades artísticas.

— Art. 249 quater, sobre compatibilidad de la pensión de jubilación con la actividad artística.

— 310 bis, sobre cotización de los perceptores de pensión de jubilación cuando realicen actividades artísticas.

— 313 bis, sobre cotización de los artistas con bajos ingresos integrados en el Régimen Especial para trabajadores por cuenta propia o autónomos -RETA.

— Art. 153 bis, sobre cotización en los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato.

— Art. 16, 36, 138 y 139, sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, y sobre facultades de comprobación.

También se modifican, de la Ley 20/2007, de Estatuto del trabajo autónomo, los siguientes artículos:

— Artículo 36, sobre bonificaciones para los trabajadores autónomos de Ceuta y Melilla.

— Artículo 38, sobre bonificaciones de cuotas para trabajadores autónomos durante el descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.

Regulación específica de diferentes tipos de bonificaciones en función del colectivo de trabajadores receptores de la medida y de las distintas situaciones contempladas

La Disposición adicional primera y siguientes del RDL 1/2023 aborda diferentes formas de bonificación, atendiendo principalmente a los sujetos destinatarios del incentivo, como son a

titulo de ejemplo, los casos de la contratación indefinida de personas jóvenes con baja cualificación beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, personas trabajadoras por cuenta propia o autónoma, personas con discapacidad, personal investigador, o contratos de duración determinada que se celebren para sustitución de trabajadoras víctimas de violencia de género o de violencias sexuales.

La disposición final segunda procede a la modificación de la Ley 20/2007, del Estatuto del trabajo autónomo, en concreto en los apartados dedicados a los trabajadores autónomos de Ceuta y Melilla, y a la bonificación de cuotas para trabajadores autónomos durante el descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.

La disposición final tercera modifica la Ley 5/2011, de Economía Social, en especial en lo que se refiere a tres cuestiones: los incentivos a la incorporación de personas trabajadoras a cooperativas y sociedades laborales, uno de los apartados sobre capitalización de la prestación por desempleo a los beneficiarios de prestaciones cuando pretendan incorporarse como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales, y las bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para las personas socias trabajadoras o socias de trabajo de las sociedades cooperativas, en período de descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.

Asimismo, la disposición final décima, efectúa una modificación del Real Decreto 475/2014, sobre bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social del personal investigador.

REAL DECRETO 99/2023, POR EL QUE SE FIJA EL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL PARA 2023.

Como se indica en el Preámbulo del Real Decreto 99/2023, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023 (en adelante RD/SMI), se dictó en cumplimiento del mandato al Gobierno para fijar anualmente el salario mínimo interprofesional (en adelante SMI), contenido en el artículo 27.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), procediéndose a establecer las cuantías que deberán regir a partir del 1 de enero de 2023, tanto para las personas trabajadoras que son fijas, como para las que son eventuales o temporeras, así como para las empleadas y empleados de hogar.

Las cuantías aprobadas suponen un incremento del 8% respecto de las previstas en el anterior Real Decreto 152/2022, por el que se fijó el SMI para 2022, y son el resultado de aplicar el mandato del artículo 27.1 del ET, donde se determina que el Gobierno fijará anualmente, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, el salario mínimo interprofesional teniendo en cuenta: a) el índice de precios de consumo; b) la productividad media nacional alcanzad; c) el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional, y, d) La coyuntura económica general.

Sobre la nueva cuantía alcanzada para el SMI, se destaca especialmente en el Preámbulo del RD/SMI, que con la subida del 8%, de acuerdo con el Informe presentado en junio de 2021 por la Comisión Asesora para el Análisis del Salario Mínimo Interprofesional se atiende, de un lado y de manera efectiva, al derecho a una remuneración equitativa y suficiente que proporcione a las personas trabajadoras y a sus familias un nivel de vida decoroso; y, de otro, se culmina el objetivo de que el salario mínimo interprofesional alcance el 60% del salario medio en 2023, dando cumplimiento a lo dispuesto por el Comité Europeo de Derechos Sociales en aplicación de la Carta Social Europea y satisfaciendo el compromiso adquirido por el Gobierno de alcanzar la equivalencia al término de la actual legislatura.

Igualmente, se pone de manifiesto que el incremento del salario mínimo interprofesional contribuye a promover un crecimiento y una recuperación de la actividad económica sostenida, sostenible e inclusiva, y al cumplimiento de la Agenda 2030.

El salario mínimo para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, queda fijado en 36 euros/día o 1080 euros/mes, según el salario esté fijado por días o por meses. En el salario mínimo se computa únicamente la retribución en dinero, sin que el salario en especie pueda, en ningún caso, dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero de aquel.

Este salario se entiende referido a la jornada legal de trabajo en cada actividad, sin incluir en el caso del salario diario la parte proporcional de los domingos y festivos. Si se realizase jornada inferior se percibirá a prorrata (art. 1).

REAL DECRETO 37/2023, DE 24 DE ENERO, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 1221/1992, DE 9 DE OCTUBRE, SOBRE EL PATRIMONIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Se justifica en el Preámbulo del Real Decreto, que era necesaria una revisión y adaptación del texto reglamentario que regula el patrimonio de la Seguridad Social, con el objeto de que los bienes inmuebles que forman parte del citado patrimonio, sin perder tal carácter, además de estar afectos, con carácter prioritario, a los fines de la Seguridad Social, puedan ser destinados a fines de utilidad pública a través de su adscripción o cesión de uso. Con ello se busca maximizar la disposición y utilización de los referidos inmuebles, contribuyendo, desde esta perspectiva, a facilitar la mejora del bienestar de los ciudadanos.

A lo anterior se añade otro motivo para llevar a cabo la reforma, el de adecuar la gestión del patrimonio de la Seguridad Social a las últimas recomendaciones realizadas por el Tribunal de Cuentas, de fiscalización operativa sobre la eficiencia en el uso de los inmuebles de la Seguridad Social, con especial referencia a la eficiencia energética.

ORDEN 74/2023 POR LA QUE SE DESARROLLAN LAS NORMAS LEGALES DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL, DESEMPLEO, PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD, FONDO DE GARANTÍA SALARIAL Y FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EJERCICIO 2023

El artículo 122 de la Ley 31/2022 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, estableció las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023, facultando a los titulares del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y del Ministerio de Trabajo y Economía Social para dictar las normas necesarias para la aplicación y desarrollo de lo previsto, lo que se ha efectuado a través de la Orden 74/2023 por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la seguridad social, desempleo, protección por cese de actividad, fondo de garantía salarial y formación profesional para el ejercicio 2023 (en adelante OCT).

A continuación, abordaremos algunas de las cuestiones principales tratadas por la OCT, dada su amplia extensión.

Tope máximo y mínimo de cotización

A continuación, analizamos el contenido más significado de la OCT, comenzando por destacar el tope máximo de la base de cotización al Régimen General, que será, a partir de 1 de enero de 2023, de 4.495,50 euros mensuales. Cabe recordar que el anterior tope máximo era de 4.139,40 euros, lo que supone un incremento del 8,60%.

Desde el 1 de enero de 2023, el tope mínimo de cotización será equivalente al salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementado por el prorrateo de las percepciones de vencimiento superior al mensual que perciba el trabajador, sin que pueda ser inferior a 1.166,70 euros mensuales (art. 2). Recordemos en este punto que el artículo 19.2 de la Ley General de la Seguridad Social establece que el tope mínimo se corresponderá con las cuantías del SMI vigente en cada momento, incrementadas en un sexto.

Los tipos de cotización

En cuanto a los tipos de tipos de cotización (art. 4) quedan establecidos de la siguiente forma:

— Para las contingencias comunes, el 28,30%, del que el 23,60% será a cargo de la empresa y el 4,70% a cargo del trabajador, sin que haya habido variaciones.

— Para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se aplicarán los tipos de la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre (modificada por la Ley de Presupuestos para 2019).

— Para el mecanismo de equidad intergeneracional, el 0,6% aplicable sobre la base de cotización por contingencias comunes, del que el 0,5% corresponderá a la empresa y el 0,1% al trabajador.

— Las horas extraordinarias (art. 5) quedan sujetas a una cotización adicional y no será computable a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones. Se distingue entre aquellas que se hacen por fuerza mayor, del 14%, del que el 12% será a cargo de la empresa y el 2% a cargo del trabajador, y el resto, 28,30%, del que el 23,60% será a cargo de la empresa y el 4,70% a cargo del trabajador.

Cotización durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural…

Sobre la cotización durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, nacimiento y cuidado del menor y ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, y en los casos de compatibilidad del subsidio por nacimiento y cuidado del menor con períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, se dispone (art. 6) que las empresas tendrán derecho a una reducción del 75% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante la situación de incapacidad temporal de aquellos trabajadores que hubieran cumplido la edad de 62 años. La base de cotización aplicable para las contingencias comunes será la correspondiente al mes anterior al del hecho causante aplicable a cada de las contingencias de que se trate.

Cotización en la situación de alta sin percibo de remuneración

Respecto a la cotización en la situación de alta sin percibo de remuneración (art. 7), cuando el trabajador permanezca en alta en el Régimen General de la Seguridad Social y se mantenga la obligación de cotizar, sin que perciba remuneración computable, se tomará como base de cotización la mínima correspondiente al grupo de su categoría profesional. A efectos de cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se tendrá en cuenta el tope mínimo de cotización establecido. Las citadas bases de cotización se aplicarán exclusivamente, y de forma proporcional al número de días, respecto del período en que los trabajadores permanezcan en esta situación.

Cotización en la situación de desempleo protegido y durante la percepción de la prestación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo

Para la cotización en la situación de desempleo protegido y durante la percepción de la prestación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (art. 8) se establecen distintas reglas, de ellas destacamos dos principales:

— Durante la percepción de la prestación por desempleo por extinción de la relación laboral, la base de cotización a la Seguridad Social de aquellos trabajadores por los que exista obligación legal de cotizar, será la base reguladora de la prestación por desempleo, con respeto en todo caso, del importe de la base mínima por contingencias comunes prevista para cada categoría profesional, teniendo dicha base la consideración de base de contingencias comunes a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social.

— Durante la percepción de la prestación por desempleo por suspensión temporal de la relación laboral o por reducción temporal de jornada, o durante la percepción de la prestación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, la base de cotización a la Seguridad Social será la misma que la establecida para las bases de cotización en los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato.

Cotización en los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato

En el caso de las bases de cotización en los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato (art. 9), ya sea por decisión del empresario al amparo de lo establecido en los artículos 47 o 47 bis del Estatuto de los Trabajadores, o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, se aplicarán diferentes bases de cotización.

Cotización en la situación de pluriempleo

Cuando el trabajador se encuentre en situación de pluriempleo se aplicarán las siguientes normas (art. 10):

A) Para las contingencias comunes:

1) El tope máximo de las bases de cotización, establecido en 4.495,50 euros mensuales, se distribuirá entre todas las empresas en proporción a la remuneración abonada al trabajador en cada una de ellas.

2) Cada una de las empresas cotizará por los conceptos retributivos computables que satisfaga al trabajador, con el límite que corresponda a la fracción del tope máximo que se le asigne.

3) La base mínima correspondiente al trabajador, según su categoría profesional, se distribuirá entre las distintas empresas y será aplicada para cada una de ellas en forma análoga a la señalada para el tope máximo. Si al trabajador le correspondieran diferentes bases mínimas de cotización por su clasificación laboral, se tomará para su distribución la base mínima de superior cuantía.

B) Para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales:

1) El tope máximo de la base de cotización, establecido en 4.495,50 euros mensuales, se distribuirá entre todas las empresas en proporción a la remuneración abonada al trabajador en cada una de ellas.

2) El tope mínimo de cotización se distribuirá entre las distintas empresas y será aplicado para cada una de ellas en forma análoga a la señalada para el tope máximo.

3) La base de cotización será para cada empresa la que resulte conforme a lo señalado en el artículo 1 OCT, con los límites que se le asignen.

Cotización de los artistas

A partir de 1 de enero de 2023, la base máxima de cotización por contingencias comunes para todas las categorías profesionales de los artistas será de 4.495,50 euros mensuales (art. 11).

El tope máximo de las bases de cotización en razón de las actividades realizadas por un artista, para una o varias empresas, tendrá carácter anual y se determinará por la elevación a cómputo anual de la base mensual máxima señalada.

La base de cotización aplicable durante los períodos de inactividad de los artistas, en los que se mantenga voluntariamente la situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, será la base mínima vigente en cada momento por contingencias comunes, correspondiente al grupo 7 de la escala de grupos de cotización de dicho régimen. El tipo de cotización aplicable será el 11,50%.

Para el mecanismo de equidad intergeneracional, se aplicará el tipo del 0,6% sobre la base de cotización por contingencias comunes, del que el 0,5% será a cargo del empleador y el 0,1% a cargo del trabajador.

Cotización en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrario

La base mínima varía en función del grupo de cotización de los trabajadores, desde 1.629 euros para ingenieros y Licenciados y personal de alta dirección (no incluido en el artículo 1.3.c) del ET), hasta 1.166 euros para los grupos 4 a 11. La base máxima, común para todos los grupos, asciende a 4.495,50 euros (art. 14).

Del mismo modo se establecen las bases diarias máximas y mínimas de cotización por jornadas reales.

La base mensual de cotización aplicable para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en este sistema especial, durante los períodos de inactividad, será de 1.166,70 euros.

Figura igualmente en la OCT para el colectivo la regulación de los tipos aplicables a la cotización de este colectivo de trabajadores para los períodos de actividad, de inactividad y para el mecanismo de equidad intergeneracional.

También se establecen las reducciones vigentes para 2023 aplicables a las aportaciones empresariales a la cotización a este sistema especial durante los períodos de actividad con prestación de servicios, que son fruto de la regulación establecida en su momento, cuando se procedió a la integración del Régimen Especial Agrario por cuenta ajena en el Régimen General como sistema especial.

Empleados de Hogar

Figuran ocho tramos en función de la retribución declarada por las personas titulares del hogar familiar, a las que corresponderá una base de cotización.

El tipo de cotización por contingencias comunes será el 28,30%, siendo el 23,60% a cargo del empleador y el 4,70 por ciento a cargo del empleado.

Para la cotización por contingencias profesionales, se aplicará el tipo de cotización previsto en la tarifa de primas aprobada por la Disposición adicional 4ª de la Ley 42/2006, siendo la cuota resultante a cargo exclusivo del empleador.

Trabajadores Autónomos

La base máxima de cotización para el colectivo de trabajadores por cuenta ajena será de 4.495,50 euros mensuales, con independencia de los rendimientos netos obtenidos por aquellos (art. 16).

Se determinan la tabla general y la tabla reducida, así como las bases máximas y mínimas aplicables a los diferentes tramos de rendimientos netos para 2023. La tabla reducida cuenta con 3 tramos, y la tabla general con 12 tramos. La base mínima oscila entre 751,63 euros y 1633,99 euros.

El tipo de cotización para las contingencias comunes será del 28,30%; para las contingencias profesionales el tipo aplicable será del 1,30%, del que el 0,66% corresponde a la contingencia de incapacidad temporal y el 0,64%, a las de incapacidad permanente y muerte y supervivencia.

Para el mecanismo de equidad intergeneracional, se aplicará el tipo del 0,6% sobre la base de cotización por contingencias comunes

En la OCT también se contienen las bases y tipos de cotización por formación profesional, por cese de actividad, y durante la situación de incapacidad temporal transcurridos sesenta días (art. 35).

La Disposición final primera modifica la Orden 2865/2003, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social. Los tres artículos reformados se refieren a la base mínima de cotización, incluyendo una nueva disposición transitoria.

Cotización en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios establecido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos

Las bases de cotización a este sistema especial serán las dispuestas, con carácter general, para el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (art. 17).

El tipo de cotización por contingencias comunes serán, respecto de las contingencias de cobertura obligatoria, cuando el trabajador haya optado por una base de cotización hasta 1.141,18 euros mensuales, del 18,75%. Si el trabajador cotizara por una base de cotización superior a 1.141.18 euros mensuales, a la cuantía que exceda de esta última le será de aplicación el tipo de cotización del 26,50%.

Respecto a la mejora voluntaria de la incapacidad temporal por contingencias comunes, el tipo de cotización a aplicar a la cuantía completa de la base de cotización del interesado será el 3,30%, o el 2,80% si el interesado está acogido a la protección por contingencias profesionales o por cese de actividad.

Para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se aplicarán los tipos de la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre

Trabajadores del Mar

Lo previsto en los artículos 1 a 10 de la OCT será aplicable a los trabajadores por cuenta ajena y asimilados incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, sin perjuicio, para la cotización por contingencias comunes, de la aplicación para los trabajadores incluidos en los grupos segundo y tercero, de los coeficientes correctores a los que se refiere el artículo 11 de la Ley 47/2015 (art. 18).

La base de cotización para todas las contingencias y situaciones protegidas en el régimen especial de los trabajadores incluidos en los grupos segundo y tercero a que se refiere el artículo 10 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, se efectuará conforme a lo dispuesto en la Orden ISM/25/2023.

Lo previsto en los apartados 2 a 5 y 8 del artículo 16 de la OCT se aplicará a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el grupo primero de cotización a que se refiere el artículo 10 de la Ley 47/2015.

Los tipos de cotización de los trabajadores por cuenta propia serán los siguientes: para las contingencias comunes, el 28,30%; para las contingencias profesionales el 1,30, del que el 0,66% corresponde a la contingencia de incapacidad temporal y el 0,64%, a las de incapacidad permanente y muerte y supervivencia.

Cotización adicional en contratos de duración determinada

Los contratos de duración determinada inferior a 30 días tendrán una cotización adicional de 27,53 euros a cargo del empresario a la finalización del mismo. Esta cotización adicional no se aplicará a los contratos que sean celebrados con trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, en el Sistema Especial para Empleados de Hogar o en el Régimen Especial para la Minería del Carbón, en la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades, técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad (art. 26).

La citada cotización adicional tampoco se aplicará a los contratos por sustitución, a los contratos para la formación y el aprendizaje ni a los contratos para la formación en alternancia.

Cotización por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional de los trabajadores por cuenta ajena

La base de cotización por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional de los trabajadores por cuenta ajena, en todos los regímenes de la Seguridad Social que tengan cubiertas tales contingencias, (a excepción de los trabajadores incluidos en los grupos segundo y tercero del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, cuya base de cotización se determina conforme a lo dispuesto en la Orden ISM/25/2023, como se ha citado), será la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art. 31).

Los tipos serán, en el supuesto del desempleo, para la contratación indefinida del 7,05%, del que el 5,50% será a cargo de la empresa y el 1,55%, a cargo del trabajador.

El tipo de desempleo para los casos de contratación de duración determinada, tanto si es a tiempo completo como a tiempo parcial del 8,30% (6,70 y 1,60 respectivamente).

Respecto al Fondo de Garantía Salarial, se establece un tipo del 0,20%, a cargo de la empresa.

Y para la formación Profesional, el tipo fijado es el 0,70% (el 0,60% a cargo de la empresa y el 0,10% a cargo del trabajador).

Contratos para la formación y el aprendizaje y en los contratos formativos en alternancia

Cuando la base de cotización mensual por contingencias comunes no supere la base mínima mensual de cotización, queda fijada una cuota única mensual de 56,71 euros por contingencias comunes, de los que 47,28 euros serán a cargo del empresario y 9,43 euros a cargo del trabajador; y de 6,51 euros por contingencias profesionales, a cargo del empresario (art. 44).

La cotización al Fondo de Garantía Salarial consistirá en una cuota mensual de 3,59 euros, a cargo del empresario.

Cuando la base de cotización mensual por contingencias comunes supere la base mínima mensual, se aplican otras reglas.

Para el mecanismo de equidad intergeneracional, se aplicará el tipo del 0,6% sobre la base de cotización por contingencias comunes, del que el 0,5% corresponderá al empresario y 0,1% al trabajador, sobre la base de cotización mínima del Régimen General de la Seguridad Social.

Pluriempleo

Se desarrollan las especialidades para la situación de pluriempleo, tanto para las contingencias comunes como para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como el modo de realizar el prorrateo (art. 10).

Contratos a tiempo parcial

La cotización a la Seguridad Social, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se efectuará en razón de la remuneración efectivamente percibida en función de las horas trabajadas en el mes que se considere. Para determinar la base de cotización mensual correspondiente a las contingencias comunes se fijan unas reglas especiales; lo mismo ocurre para liquidar la cotización mensual correspondiente a las contingencias comunes y el desempleo (art. 36).

— ORDEN ISM/25/2023, POR LA QUE SE ESTABLECEN PARA EL AÑO 2023 LAS BASES DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL MAR INCLUIDOS EN LOS GRUPOS SEGUNDO Y TERCERO.

Con la Orden 25/2023 se da cumplimiento al artículo 122, apartado ocho.2 de la Ley 31/2022, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, donde se establece que la cotización para todas las contingencias y situaciones protegidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, incluidos en los grupos segundo y tercero a que se refiere el artículo 10 de la Ley 47/2015, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, se efectuará sobre las remuneraciones que se determinen mediante orden del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, a propuesta del Instituto Social de la Marina, oídas las organizaciones representativas del sector. Tal determinación se efectuará por provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales, sobre la base de los valores medios de remuneración percibida en el año precedente.

En cuanto a la determinación de las bases de cotización, las bases únicas de cotización de los trabajadores incluidos en los grupos segundo y tercero, a que se refiere el artículo 10 de la Ley 47/2015, así como el artículo 54.2 y 3 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, para todas las contingencias y situaciones protegidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, quedan establecidas para el año 2023 en las cuantías que se reflejan en los anexos de la Orden 25/2023, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 47/2015, en relación con los coeficientes correctores.

— ORDEN ISM/1302/2022, POR LA QUE SE REGULA LA GESTIÓN COLECTIVA DE CONTRATACIONES EN ORIGEN PARA 2023.

En el Preámbulo de la Orden por la que se regula la gestión de las contrataciones en origen para 2023 (en adelante OCO), se alude al fundamento legal de esta materia, que se encuentra en la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Esta norma regula en su artículo 39 la gestión colectiva de contrataciones en origen, estableciendo que el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones podrá aprobar, de acuerdo con la situación nacional de empleo, una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de esa vía de gestión colectiva de contrataciones en origen en un período determinado, a los que sólo tendrán acceso aquellos trabajadores extranjeros que no se hallen o residan en España

Asimismo, el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, aprobado por Real Decreto 557/2011, desarrolla en su Título VIII la gestión colectiva de contrataciones en origen.

Dichos procedimientos están destinados a la cobertura de aquellas vacantes en las que, en atención al resultado del análisis de la situación nacional de empleo, se requiere la contratación de trabajadores extranjeros en origen. Esta contratación podrá realizarse para cubrir puestos de naturaleza estacional, de temporada o campaña, a través de migración circular. También cabe la posibilidad de gestión colectiva de autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, a través de migración estable.

Los dos modelos de contratación, estable y circular, podrán realizarse de forma genérica y nominativa, y admiten formas de tramitación ordinaria y unificada, según el número de empleadores involucrados.

Prosigue el Preámbulo de la OCO señalando que la reforma del Reglamento 4/2000, adecúa el marco de las autorizaciones de trabajo al nuevo marco de contratación establecido por el Real Decreto-ley 32/2021, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, minimizando los contratos temporales y permitiendo su adaptación al contexto económico actual, muy distinto del existente en el año de aprobación de la norma objeto de esta reforma.

Es importante destacar que la contratación de trabajadores extranjeros en origen, en adecuación al citado Real Decreto-ley, deja de basarse en formatos asociados a la naturaleza temporal de los contratos, para que los programas de migración circular cambien el paradigma de contratos temporales concedidos de año en año, para adecuarse a la lógica de la contratación fijo-discontinua, en la que se compatibiliza el carácter imperativo del retorno anual al país de origen con la estabilidad de un contrato de naturaleza indefinida.

El nuevo modelo de migración circular que detalla la Orden incorpora autorizaciones de cuatro años, que permitirán trabajar a estas personas extranjeras un máximo de nueve meses por año, en las condiciones establecidas por su autorización de residencia y trabajo.

— RESOLUCIÓN DE 5 DE DICIEMBRE DE 2022, DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE MODIFICA EL ÁMBITO TERRITORIAL DE DETERMINADAS UNIDADES DE RECAUDACIÓN EJECUTIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como se cita en el Preámbulo de la Resolución objeto de comentario, las necesidades de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social en vía de apremio, hacen conveniente modificar la demarcación territorial de determinadas unidades de recaudación ejecutiva dependientes de las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social en Araba/Álava, Burgos, Castelló/Castellón, Girona, Madrid, València/Valencia, Bizkaia y Zaragoza, a fin de conseguir una mejor gestión del cargo asumido por ellas y una equilibrada redistribución de sus plantillas, habida cuenta de la progresiva disminución de estas, llevando a cabo, en algunos casos, un reagrupamiento de sus respectivos medios materiales y humanos en una misma sede física. Se modifica asimismo la sede de una de las unidades de recaudación ejecutiva dependientes de la Dirección Provincial de esta Tesorería General en Madrid.

— RESOLUCIÓN DE 7 DE DICIEMBRE DE 2022, DEL INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, POR LA QUE SE ESTABLECE EL ÁMBITO TERRITORIAL Y COMPETENCIAL DE SUS DIRECCIONES PROVINCIALES.

Para mejorar la agilidad en la ejecución de los procedimientos de gestión y de conseguir una mayor eficacia en la actuación del Instituto Social de la Marina, se ha considerado necesaria una nueva modificación del ámbito competencial para determinadas funciones, concretamente para las relacionadas con las prestaciones económicas reconocidas.

— RESOLUCIÓN DE 29 DE DICIEMBRE DE 2022, DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE DICTAN INSTRUCCIONES CONTABLES EN MATERIA DE REINTEGRO DE PAGO INDEBIDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La Resolución tiene por objeto regular el procedimiento contable para la tramitación de los expedientes por reintegro de pagos indebidos de prestaciones del sistema de la Seguridad Social.

La mencionada resolución se aplicará en el ámbito de las entidades gestoras y Tesorería General de la Seguridad Social, así como también, con carácter general, en las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y con las especificaciones propias que para ellas se determinan en presente resolución.

— RESOLUCIÓN DE 7 DE FEBRERO DE 2023, DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MEDIANTE LA QUE SE ESTABLECE UN PROCEDIMIENTO DE COLABORACIÓN DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN LA GESTIÓN DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN Y PRÁCTICA DEL EMBARGO POR MEDIOS TELEMÁTICOS DE LOS PAGOS EFECTUADOS A TRAVÉS DE TERMINALES DE PUNTO DE VENTA A DEUDORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Esta Resolución incide en el procedimiento que tiene por objeto la obtención por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social, de información y realización de la práctica del embargo por medios informáticos y telemáticos de los pagos que se vayan a efectuar a los deudores de la Seguridad Social, como consecuencia de las operaciones realizadas a través de Terminales de Punto de Venta. El embargo de los citados pagos sólo se podrá efectuar cuando el importe de la deuda contraída con la Seguridad Social sea superior a tres euros.

En el Preámbulo de la Resolución se pone de manifiesto que el uso de la tarjeta de crédito o débito constituye un medio de pago cada vez más habitual. Este medio de pago se instrumenta a través de los Terminales de Puntos de Venta, cuya operativa consiste en que el titular de un establecimiento mercantil contrata dicho servicio con una entidad financiera. Esa entidad financiera abona a aquel el importe obtenido de los pagos efectuados con tarjeta de crédito o débito en los Terminales de Puntos de Venta correspondientes.

El hecho de que el uso de este medio de pago se haya extendido notablemente, supone necesariamente un aumento de actuaciones ejecutivas por parte de los órganos de recaudación de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre los pagos efectuados a través de los Terminales de Puntos de Venta cuando los mismos se realizan a deudores de la Seguridad Social.

Para agilizar la práctica de este tipo de embargo, se ha estimado necesario articular un nuevo procedimiento administrativo de colaboración de las entidades financieras en esta materia por medios telemáticos, el cual dotará de mayor eficacia e inmediatez a la actuación recaudatoria en vía ejecutiva.

De esta forma, el procedimiento que se establece en la Resolución tiene por objeto la obtención de información y la práctica del embargo por medios informáticos y telemáticos de los pagos que

se vayan a efectuar a los deudores de la Seguridad Social como consecuencia de las operaciones realizadas a través de Terminales de Punto de Venta (art. 1).

— ACLARACIONES DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL SOBRE EL MECANISMO DE EQUIDAD INTERGENERACIONAL

Respecto de los trabajadores y las situaciones en las que se aplica la cotización adicional relativa al Mecanismo de Equidad Intergeneracional (en adelante MEI), la TGSS emitió los criterios que a continuación se exponen.

El MEI no resulta de aplicación a aquellos colectivos de trabajadores que no deben cotizar por la contingencia de jubilación, de ahí que se excluyan los siguientes trabajadores y situaciones:

— Trabajadores que se encuentren en las situaciones contempladas en los artículos 152 LGSS, sobre cotización al Régimen General a partir de la edad de jubilación, o 153 LGSS, sobre cotización en supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo, en los que las empresas y trabajadores quedan exentos de cotizar a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de dichas contingencias.

— Trabajadores que solo cotizan por contingencias profesionales.

Por el contrario, sí que resulta la aplicación del MEI, entre otros, a los siguientes colectivos:

— Jubilados parciales.

— Trabajadores con contratos para la formación y aprendizaje y contratos formativos en alternancia.

En las situaciones de incapacidad temporal en régimen de pago directo, resto de prestaciones de corta duración en régimen de pago directo por la correspondiente entidad gestora o mutua colaboradora con la Seguridad Social, o situaciones en las que no existe aportación a cargo del trabajador (situaciones de alta sin percibo de retribución, etc.), únicamente procede cotizar por la aportación a cargo de la empresa, es decir, al tipo del 0,5 %.

Laborum

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

nº 34 (1er Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Recientes modificaciones efectuadas en el reglamento de la ley orgánica de extranjería y otras modificaciones en materia de extranjería

Recent modifications made to the regulation of the Organic Law on Foreigners and other modifications related to immigration

Arcadio Delgado Castañeda *Inspector de Trabajo y Seguridad Social*

Cita Sugerida: DELGADO CASTAÑEDA, A.: «Recientes modificaciones efectuadas en el reglamento de la ley orgánica de extranjería y otras modificaciones en materia de extranjería». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 34 (2023): 237-255

Resumen

El Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, modifica el reglamento de la ley orgánica de extranjería, recogido en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, adoptando medidas para facilitar la concesión de autorizaciones de trabajo para cubrir las necesidades y desajustes del mercado de trabajo, favorecer la actividad laboral y profesional de los estudiantes, facilitar el ejercicio de la actividad por cuenta propia de los extranjeros y agilizar la tramitación de los expedientes de extranjería. A esta modificación reglamentaria le han seguido, en el año 2022, dos modificaciones legales que inciden en la materia de extranjería, en relación con la protección de las mujeres extranjeras víctimas de violencias sexuales y con la movilidad internacional.

Palabras clave

Reforma del reglamento de extranjería; autorización de trabajo; arraigo

Abstract

Royal Decree 629/2022, of 26 July, modifies the regulations of the organic law on foreigners, included in Royal Decree 557/2011, of 20 April, taking measures to facilitate the granting of work permits to cover the needs and imbalances of the labour market, to promote the work and professional activity of students, facilitate the self-employment of foreigners and expedite the processing of immigration files. This regulatory modification has been followed, in 2022, by two legal modifications that affect the matter of immigration, in relation to the protection of foreign women victims of sexual violence and international mobility.

Keywords

Reform of the immigration regulation; work permits; rooting

1. INTRODUCCIÓN

La extranjería se ha convertido en las últimas décadas en una de las cuestiones más relevantes de la sociedad española ante la cual los poderes públicos están obligados a adoptar medidas de todo tipo para optimizar las ventajas que sin duda tiene para todos los agentes implicados, y reducir los fenómenos menos favorables que a la misma pueden asociarse.

En este contexto, en el último año han sido varias las iniciativas normativas, si bien, respondiendo a finalidades diversas. Por orden cronológico, la primera intervención corresponde a la iniciativa del Gobierno de la nación, modificando el reglamento de la ley orgánica de extranjería, con la pretensión de agilizar determinados procesos de autorización para hacer frente, desde el ámbito migratorio, a los crecientes desajustes del mercado de trabajo español asociados a la escasez de mano de obra, así como para dar respuesta a situaciones no resueltas con la normativa reglamentaria. Se aprueba así el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley

Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril[1].

A esta primera iniciativa le sigue una modificación puntal del artículo 31 bis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, llevada a cabo por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual[2], para otorgar protección a las mujeres extranjeras víctimas de violencias sexuales.

Finalmente, se han modificado algunos artículos de la regulación sobre la movilidad internacional, recogida en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, por la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes[3], con la pretensión de facilitar la entrada no solo a profesionales altamente cualificados sino también al emprendimiento y la inversión.

En el presente trabajo se hace un estudio detallado de la reforma del reglamento de la ley orgánica de extranjería. Junto a ello, una referencia a las otras modificaciones normativas, con incidencia en la migración laboral.

2. MODIFICACIONES EN EL REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA

El Real Decreto 629/2022, de 6 de julio, aborda la modificación del reglamento de la ley orgánica de extranjería, con los objetivos declarados de agilizar la respuesta a los desajustes del mercado de trabajo asociados a la escasez de mano de obra, adecuar el marco normativo de autorizaciones de trabajo al modelo de contratación laboral vigente tras las modificaciones introducidas por la reforma laboral operada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, así como, finalmente, actualizar algunos elementos de figuras previstas en el reglamento de la ley orgánica de extranjería tras las novedades jurisprudenciales de los últimos años.

Con estos objetivos se modifican diecinueve artículos y dos disposiciones adicionales del reglamento, y se suprimen los seis artículos que regulaban la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada, como efecto derivado de la nueva normativa sobre contratación temporal tras la reforma laboral de 2021. En buena lógica, se ha querido acompasar la corrección del exceso de temporalidad del mercado de trabajo español con la regulación de las autorizaciones de trabajo para ciudadanos extranjeros, limitando las autorizaciones para actividades de temporada a la gestión colectiva de contrataciones en origen. No obstante, la entrada en vigor de la supresión de los citados artículos no se producirá hasta el 26 de julio de 2023[4].

El proyecto se tramitó con declaración de urgencia, prescindido de la consulta pública previa. Tampoco se negoció en el ámbito del dialogo social, como sí ocurrió en las reformas más amplias de la normativa reglamentaria de extranjería en los años 2004 y 2011, generando el malestar de las centrales sindicales mayoritarias, UGT y CCOO[5]. Algunas organizaciones no gubernamentales del sector, han resaltado los aspectos positivos de la reforma, criticando que las medidas adoptadas se orienten exclusivamente a facilitar el acceso al mercado laboral, sin abordar los problemas de la integración de la población migrante[6].

[1] BOE de 27 de julio de 2022.
[2] BOE de 7 de septiembre de 2022.
[3] BOE de 22 de diciembre de 2022.
[4] Disposición final única del Real Decreto 629/2022, de 26 de julio.
[5] https://www.ccoo.es/noticia:633525
[6] Notas de prensa: Reglamento de extranjería: una reforma necesaria, aunque limitada, firmada por CONVIVE Fundación Cepaim, Red Acoge, CEAR, Andalucía Acoge y Cáritas (https://www.caritas.es/main-files/uploads/2022/07/NP_Ley_Extranjeria-27-07-22.pdf)

En efecto, la mayor parte de los preceptos modificados del reglamento de la ley orgánica de extranjería tienen conexión con la migración laboral, y a estos vamos a referirnos. Junto a ellos, también se reforman otros, como el relativo a los medios económicos a acreditar por un extranjero para la obtención de una autorización de residencia por reagrupación a favor de sus familiares (artículo 54), o la inclusión de una nueva causa de extinción de las autorizaciones de residencia temporal (artículo 162.2.f) y de larga duración (artículo 166.1.f), por la condena del extranjero, en sentencia firme, por la comisión de delitos de trata de seres humanos o contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Siguiendo la sistemática recogida en el preámbulo de la norma, se puede agrupar la reforma de las distintas disposiciones del reglamento de la ley orgánica de extranjería teniendo en cuenta su incidencia sobre cuatro elementos:

1.- *Facilitar la concesión de autorizaciones de trabajo de cara a cubrir las necesidades y desajustes del mercado de trabajo*. En sintonía con los objetivos quinto y sexto del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular[7], la reforma pretende aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular y facilitar la contratación equitativa de trabajadores migrantes, salvaguardando las condiciones que garantizan el trabajo decente. El "ideal" de canalización de la migración laboral a través de mecanismos regulares choca en la práctica con la existencias de importantes bolsas de inmigrantes cuya irregularidad inicial o sobrevenida convierte a miles de personas en potenciales trabajadores, en situación de necesidad que demandan obtener recursos mediante su trabajo, lo que se ve favorecido por el interés de muchos empleadores por obtener sus servicios, atraídos estos por el déficit de derechos laborales reclamados y el menor coste de contratación, fundamentalmente por la ausencia de cotización al sistema de Seguridad Social.

Y para luchar contra estos incumplimientos, la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social encuentra dificultades para su persecución, en numerosas ocasiones por la existencia de un interés compartido en mantener la situación, ante las consecuencias derivadas del procedimiento sancionador, y en otras, por el ámbito particular en que se llevan a cabo (trabajos domésticos, actividades en explotaciones agrícolas y ganaderas familiares, entre otros).

El declarado interés de la reforma por reducir las "prácticas de economía informal que tienen elevados costes humanos, económicos, sociales y de gestión", se aborda tratando de equilibrar la potenciación de los mecanismos regulares de contratación, haciendo más atractivo para empresas y trabajadores extranjeros el uso de estos, con el establecimiento de medidas para facilitar la regularización de los trabajadores extranjeros sin autorización e impedir la irregularidad sobrevenida.

De este modo, la reforma contempla algunas medidas para facilitar el funcionamiento del mercado laboral a través de medios regulares de acceso. Así, se modifica la determinación de la situación nacional de empleo a través de la figura del Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura y del procedimiento de gestión de las ofertas de empleo ante los Servicios Públicos de Empleo (artículo 65). Se viene a reconocer que el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura no ha servido para la finalidad que fue concebido, al recoger, año tras año, ocupaciones que no responden a las necesidades reales de las empresas. Asimismo, se modifica ampliamente el mecanismo de la gestión colectiva de la contratación en origen (artículos 167 a 170).

Pero también se introducen modificaciones normativas dirigidas a facilitar la regularización de la situación de los extranjeros que encontrándose de manera irregular desean trabajar. Para ello se lleva a cabo cambios en la regulación de los arraigos laboral, social y familiar, y se crea un nuevo tipo de arraigo, el arraigo para la formación (artículo 124), destinado a ciudadanos extranjeros en situación irregular que cumplan el compromiso efectivo de formación para obtener una autorización de residencia, pretendiendo, con esta figura, un doble objetivo: "obtener personal con la formación necesaria para cubrir los puestos de trabajo que ofertan las empresas", e "incorporar al mercado laboral

[7] Aprobado por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2018 (A/RES/73/195)

a personas que se encuentran trabajando de manera precaria o directamente irregular". Asimismo, se regula el procedimiento para la concesión de autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales dirigida a aquellos extranjeros que se encuentren trabajando en situación irregular y opten por colaborar con la administración laboral en la persecución de la infracción (artículo 127).

En línea con lo anterior, y tratando de reducir los supuestos de irregularidad sobrevenida, se facilita la renovación de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena (artículo 71) y la compatibilidad de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena y propia (artículo 201) y se alarga la vigencia de las renovaciones de las autorizaciones de residencia y trabajo, tanto por cuenta ajena como propia (artículos 72 y 109).

Veamos ordenadamente todas estas modificaciones.

1.1.- Medidas para facilitar la contratación laboral de personas extranjeras a través de medios regulares de acceso al mercado de trabajo. Como hemos dichos, se lleva cabo la reforma de tres figuras existentes, el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, la gestión de la oferta en los Servicios Públicos de Empleo y la gestión colectiva de la contratación en origen.

1.1.1.- El Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura (artículo 65.1) se concibió como un instrumento para medir la situación nacional de empleo, esto es, la necesidad y disponibilidad del mercado de trabajo para permitir la concesión de autorizaciones de residencia y trabajo iniciales a extranjeros desde su país de origen. Su escasa virtualidad practica ha llevado a que se introduzcan las siguientes modificaciones:

— La determinación del procedimiento para su elaboración se deberá hacer mediante Orden del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, a propuesta de los titulares de los Ministerios de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y de Trabajo y Economía Social, y previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración. Se eleva así el rango de la norma que, hasta la fecha, se recogía en una Resolución del Servicio Público de Empleo Estatal[8]. No obstante esta previsión, hay que indicar que sobre la base de aquella resolución se ha elaborado el último Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura [9].

— Se prevé la incorporación al Catálogo de ocupaciones pertenecientes a los sectores económicos que se establezcan por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y, por tanto, la decisión de un órgano económico, al margen de los ministerios que tradicionalmente han tenido capacidad de decisión en materia de migración laboral.

— Se elimina la posibilidad de dejar fuera del Catálogo aquellas ocupaciones que por su naturaleza pudieran ser cubiertas por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación en actuaciones formativas programadas por los Servicios Públicos de Empleo, teniendo en cuenta su escasa virtualidad práctica, así como la creación de la nueva figura del arraigo para la formación.

1.1.2.- La gestión de las ofertas ante los Servicios Públicos de Empleo (artículo 65.2), se configura como un trámite necesario para que el empresario, como sujeto legitimado, puede poner en marcha el procedimiento de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena inicial, para cubrir un puesto de trabajo vacante y no incluido en el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.

[8] Resolución de 14 de noviembre de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establece un nuevo procedimiento de elaboración del Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura (BOE de 7 de diciembre de 2005).

[9] Resolución de 17 de junio de 2022, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para el tercer trimestre de 2022 (BOE de 21 de julio de 2022).

Se trata de certificar que no existen inscritos como demandantes de empleo, en las oficinas de empleo, ciudadanos españoles o extranjeros con autorización de trabajo que puedan cubrir una concreta oferta de trabajo. Para mejorar el procedimiento, se introducen las siguientes modificaciones:

— Se aclara que la oferta puede ser presentada por el empleador contratante directamente en las oficinas de empleo o a través del portal Empléate.

— Se reducen los plazos de tramitación de la oferta, pasando de quince a ocho días el periodo durante el cual el Servicio Público de Empleo debe dar publicidad de la oferta, de veinte a ocho días el plazo en el que el empleador debe comunicar al Servicio Público de Empleo el resultado de la selección de candidatos presentados, debiendo, además indicar los candidatos que han sido admitidos y los que han sido rechazados, así como la causa del rechazo, y de cinco a tres días el plazo con el que cuenta el Servicio Público de Empleo para certificar la insuficiencia de demandantes.

— Se elimina la obligación de incluir en el certificado tanto la cifra de personas inscritas en la provincia como demandantes de empleo para la ocupación de correspondiente, como la valoración sobre si se trata de una ocupación que pudiera ser cubierta por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación en actuaciones formativas programadas por los Servicios Públicos de Empleo

1.1.3.- La gestión colectiva de la contratación en origen, se configura en el artículo 39 de la ley de orgánica de extranjería[10], como un mecanismo destinado a la contratación programada de trabajadores que no se hallen o residan en España, para desempeñar determinados empleos, siendo seleccionados en los países de origen a partir de las ofertas genéricas presentadas por los empresarios. En la práctica ha tenido un papel indiscutible para cubrir la demanda de trabajadores, fundamentalmente en las campañas agrícolas que precisan un importante número de temporeros que no se cubren con los inscritos en las oficinas de empleo. Asimismo, se posibilita que en este instrumento se establezca un número de visados de búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a determinadas ocupaciones. Se reforman ahora diversos artículos del reglamento, y de modo particular, los artículos 167 y 170.

Con base en la normativa reformada se ha aprobado la orden de gestión colectiva de contrataciones en origen para 2023[11].

Se pueden destacar las siguientes modificaciones:

— Se aclara que la orden anual podrá recoger tres posibilidades de migración: estable, circular y mediante visados de búsqueda de empleo (artículo 167). La diferencia entre la migración estable y circular se vincula a si los puestos ofertados pueden o no ser cubiertos mediante contratos fijos-discontinuos, remitiéndose el reglamento de la ley orgánica de extranjería expresamente, en relación con los requisitos a cumplir, al artículo 16 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores[12]. Los modelos de contratación estable y circular podrán realizarse de forma genérica y nominativa.

[10] Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración (BOE de 12 de enero de 2000).

[11] Orden ISM/1302/2022, de 27 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2023 (BOE de 29 de diciembre de 2022).

[12] Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 24 de octubre de 2015).

— Los mayores cambios se producen en relación con la denominada migración circular, olvidando el modelo de contratos temporales anuales para adecuarse al contrato fijo-discontinuo, lo que requiere compatibilizar el carácter imperativo del retorno anual al país de origen con la estabilidad de un contrato de naturaleza indefinida. De este modo, las autorizaciones de trabajo vinculadas a la contratación colectiva en origen para la migración circular tendrán una duración de cuatro años, habilitando a trabajar por un periodo máximo de nueve meses en un año en un único sector laboral, y supeditando su vigencia al compromiso de retorno del trabajador al país de origen, y al mantenimiento de las condiciones que justificaron la concesión de la autorización. Se trata de autorizaciones dirigidas a cubrir puestos de naturaleza estacional, de temporada o de prestación intermitente con periodos de ejecución ciertos.

— La concesión de la autorización de trabajo para la migración circular se prevé inicialmente para un único empleador, si bien la orden anual de gestión colectiva de contrataciones en origen podrá contener especificidades en relación con los requisitos de las concatenaciones entre provincias y cambios de empleador. Así, la orden de gestión colectiva de contrataciones en origen para 2023, contempla formas de tramitación ordinaria (una oferta por un empresario o número reducido de empresarios para un número reducido de trabajadores), unificada (a través de una organización empresarial en representación de distintos empleadores) y concatenada (gestión enlazada de campañas o actividades que permite al trabajador desplazarse sucesiva e ininterrumpidamente a diferentes actividades en la misma o distinta provincia en un mismo proyecto o cadena de concatenación). De acuerdo con la reforma del reglamento de la ley orgánica de extranjería (artículo 170.3), las modificaciones derivadas de la concatenación no podrán suponer una ampliación del número de meses trabajados por año, ni alterar el sector para el que se concedió.

— El reglamento aclara los requisitos que para la gestión, selección e intervención social y concesión de autorizaciones de trabajo o de residencia y trabajo, deben recogerse en la correspondiente orden (artículo 170). De esta forma, se lleva al reglamento de la ley orgánica de extranjería disposiciones que se contemplaban antes en las órdenes anuales de gestión colectiva de contrataciones en origen. Así, de modo particular, el empleador debe poner a disposición del trabajador, un alojamiento adecuado y organizar los viajes de llegada a España y de regreso al país de origen.

— Por lo que respecta al alojamiento, este habrá de reunir las condiciones previstas en la normativa en vigor y las recomendaciones sanitarias, y deberá garantizarse la dignidad, habitabilidad e higiene adecuadas. La orden de gestión colectiva de contrataciones en origen para 2023, precisa que el cumplimiento de esta garantía por el empleador podrá ser objeto de certificación y/o verificación y que, en la migración circular, el alojamiento deberá facilitarse durante la vigencia del contrato de trabajo, extendiéndose más allá de su vigencia en caso de que concurran causas sobrevenidas de fuerza mayor, que deberá mantenerse hasta la finalización de estas causas. De manera expresa se prevé la ampliación de la permanencia hasta el día del viaje en supuestos de dificultad manifiesta en su organización, imputable al empleador, o causa sobrevenida que imposibilite la salida y viaje del trabajador.

— En el caso del sector agrícola, las condiciones mínimas del alojamiento se regulan con detalle en el anexo IX de la orden, previendo, de manera particular, que no podrán destinarse a alojamientos tiendas de campaña, autocaravanas o similares, ni edificaciones que se encuentren en sótanos o semisótanos, salvo que, al menos, un metro de su altura

se encuentre sobre rasante. Deberán estar alejados de cuadras, vertederos, depósitos, instalaciones o lugares donde haya o se emitan substancias y productos malolientes o perjudiciales para la salud. Dispondrán de un botiquín de primeros auxilios.

— Hay que recordar que tras la modificación del artículo 19.1.a) de la Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social[13], la actuación de la Inspección de Trabajo se podrá ejercer también en locales, viviendas, u otros lugares habilitados, aun cuando no se encuentren en las empresas, centros y lugares de trabajo en que se ejecute la prestación laboral, en los que residan, se alojen o puedan permanecer los trabajadores por razón de su trabajo durante los períodos de descanso, y hayan sido puestos a disposición de los mismos por el empresario, en cumplimiento de una obligación prevista en una norma legal, convenio colectivo o contrato de trabajo, siendo preciso el consentimiento expreso del titular o titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, esto es, del morador de la vivienda.

— En relación con la organización de los viajes, el empleador debe asumir, como mínimo, el coste del primer viaje y los gastos de traslado de ida y vuelta entre el puesto de entrada a España y el lugar del alojamiento. La orden de gestión colectiva de contrataciones en origen para 2023 precisa que la obligación se extenderá a cada uno de los desplazamientos anuales durante la vigencia de la autorización plurianual en la migración circular, y al primer desplazamiento en la migración estable. Además, el empleador debe garantizar que la persona, antes del inicio de su contrato, dispone de información clara y en un idioma que comprenda acerca de las garantías, derechos y obligaciones contraídas al participar en el programa de migración circular, sobre los términos y condiciones en los que se producirá su contratación y retribución, incluida la información contenida en la oferta de empleo de que la autorización trae causa, y además deberá de resolver todas las dudas que puedan tener los trabajadores antes de iniciar el contrato.

— La orden también obliga al empleador a informar a la representación legal de los trabajadores o, en su ausencia, a remitir la información a la Comisión Provincial de flujos migratorios, o en su caso, a la Comisión Provincial encargada de las campañas agrícolas, a fin de que las organizaciones sindicales puedan asesorar a los trabajadores llegados en el marco de la gestión colectiva de la contratación en origen.

— El artículo 170.6 exige que para aquellas ocupaciones que requieran una certificación de aptitud profesional o habilitación específica para el desempeño del trabajo, la autorización se supedite a la obtención de este requisito, de manera que podrá concederse una autorización de residencia de seis meses para la formación con el objetivo de obtener dicha certificación. Sin embargo, esta autorización no habilita para trabajar, de modo que completada la formación y acreditada ante el Área de Trabajo e Inmigración de la Delegación del Gobierno o, en el caso de Subdelegaciones del Gobierno, la Dependencia provincial del Área de Trabajo e Inmigración, procederá la concesión de la autorización de trabajo. De no superarse la formación, el trabajador estará obligado a retornar a su país de origen.

[13] Se modifica el artículo 19.1.a) de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 22 de julio de 2015), por el artículo quinto de la Ley 8/2020, de 16 de diciembre, por la que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación (BOE de 17 de diciembre de 2020).

— A la finalización de la vigencia de la autorización de trabajo para la migración circular, podrá solicitarse su prórroga por periodos iguales de vigencia. No obstante, se posibilita al extranjero que acredite haber cumplido el compromiso de retorno para solicitar, en el periodo de seis meses desde la finalización de la autorización, una autorización de residencia y trabajo por dos años de duración, prorrogables por otros dos, permitiéndole trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia y sin necesidad de retorno.

— Además, la orden anual debe contemplar también el retorno del trabajador extranjero a su país de origen, en los términos previstos por el contrato fijo-discontinuo y en la vigencia de su visado, y la notificación de dicho retorno. La orden de gestión colectiva de contrataciones en origen para 2023 (artículo 6) regula el cumplimiento del compromiso de retorno, previendo que en el plazo de un mes desde el término de la autorización de residencia y trabajo en España, el trabajador deberá personarse en la misión diplomática u oficina consular española correspondiente a fin de acreditar el cumplimiento de su compromiso de regreso, emitiendo aquella un justificante que recoja la fecha en la que el extranjero se presentó en la citada oficina.

Las empresas, individualmente o a través de las organizaciones empresariales en función de cómo se haya presentado la solicitud, deberán informar a la Subdelegación o Delegación del Gobierno, en un plazo de cuarenta y ocho horas, del listado de los trabajadores que han entrado en España y que han retornado a su país de origen tras la finalización de la actividad laboral. Deberán informar en un plazo de cuarenta y ocho horas desde que se produce, de las personas que han realizado un abandono injustificado del puesto de trabajo y no resultan localizables, así como del incumplimiento del compromiso de retorno en los términos previstos. El incumplimiento de estas obligaciones empresariales carece de tipificación en materia de extranjería.

1.2.- Medidas para facilitar la regularización de extranjeros en situación irregular. Se aborda la reforma de los arraigos laboral, social y familiar, se crea el nuevo arraigo para la formación y se aclara el procedimiento para la concesión de autorización por colaborar con la administración laboral.

1.2.1.- El arraigo laboral (artículo 124.1) permite la obtención de una autorización de residencia temporal a los extranjeros que careciendo de antecedentes penales acrediten permanecer en España de manera continuada durante un periodo mínimo de dos años y demuestren la existencia de relaciones laborales de duración no inferior a seis meses. Las modificaciones efectuadas por el Real Decreto 629/2022 han sido las siguientes:

— Se precisa que el extranjero se encuentre en situación de irregularidad en el momento de la solicitud, dejando fuera a los solicitantes de protección internacional[14].

— El interesado puede demostrar la relación laboral y su duración, aportando cualquier medio de prueba que acredite la existencia de una relación laboral previa realizada en situación legal de estancia o residencia. La lectura del precepto modificado plantea no pocas dudas. Hay que partir de la regulación anterior, que configuraba el arraigo laboral como un mecanismo para regularizar a extranjeros en situación irregular trabajando en la economía informal, por lo que limitaba los medios de prueba de la relación laboral y

[14] Hay que tener en cuenta que los solicitantes de protección internacional tendrán los derechos que se recogen en el artículo 18 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE de 31 de octubre de 2009), habiendo interpretado la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia n.º 173/2021 de 10 de febrero de 2021 que «el solicitante de asilo ostenta el derecho fundamental de la libertad de circulación por todo el territorio del estado español y de poder fijar libremente su residencia en todo el territorio nacional, si bien con la obligación de comunicarlo a la Administración».

su duración, a la resolución judicial que la reconociera o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acreditara.

Sin embargo el Tribunal Supremo[15] entendió que la norma no puede limitar la prueba de modo que el interesado puede demostrar las relaciones laborales previas por cualquier medio de prueba válido en derecho. De este modo la norma permite ahora cualquier medio de prueba, desapareciendo las referencias anteriores. Ahora bien, de manera expresa pero imprecisa, limita las relaciones laborales que pueden servir de base al arraigo laboral a las realizadas en "situación legal de estancia y residencia", dejando fuera aquellas otras realizadas en situación de irregularidad. Parece así que se deja el arraigo laboral para supuestos de irregularidad sobrevenida, por motivos diversos, llevando a la residencia por circunstancias excepcionales de colaboración con la administración laboral del artículo 127, tras la reforma, a los extranjeros que acrediten trabajar en situación de irregularidad. Con todo, la nueva regulación dificulta en la práctica la gestión de los expedientes de arraigo laboral, trasladando la valoración de las pruebas que al respecto se aporten en el expediente al criterio del órgano administrativo de gestión y resolución, lo que a falta de instrucciones generales al respecto puede dar lugar a soluciones diversas.

— Si se aclara que el trabajo debe haberse desarrollado dentro de los últimos dos años, pudiendo ser actividades por cuenta ajena, en cuyo caso, deberá acreditarse como mínimo una jornada de treinta horas semanales en el periodo de seis meses o de quince horas semanales en un periodo de doce meses, o por cuenta propia, lo que exigirá una actividad continuada de, al menos, seis meses.

— Evidentemente, la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social debe seguir siendo rigurosa en aquellos casos que se constate la actividad laboral de un extranjero sin la correspondiente autorización para trabajar y que se compruebe que venía trabajando con anterioridad, reflejando en el acta el periodo de tiempo trabajado, con el correspondiente incremento de la sanción[16].

1.2.2.- El arraigo social (artículo 124.2) habilita a residir a los extranjeros que, careciendo de antecedentes penales, acrediten una permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años, cuenten con contrato de trabajo adecuado y tengan vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presenten un informe de arraigo. Este mecanismo de regularización permanente, ampliamente utilizado, ha sido objeto de limitadas modificaciones:

— Se precisa que el contrato de trabajo debe garantizar al menos el salario mínimo interprofesional o el salario establecido, en su caso, en el convenio colectivo aplicable, con una jornada semanal no inferior a treinta horas en el cómputo global, en cuyo caso deberá garantizar al menos el salario mínimo interprofesional, o bien veinte horas en los casos que se acredite tener a cargo menores o personas que precisen medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

[15] Sentencia n.º 1184/2021 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2021. La misma Sala ha dictado otras resoluciones judiciales que confirman la doctrina anterior, en concreto las sentencias n.º 1802/2021 y 1806/2021.

[16] El art. 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE de 31/12/2003), contempla un incremento de la multa a imponer a quien emplee a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios.

— Se facilita la posibilidad de presentar más de un contrato, suprimiéndose el requisito de duración del contrato de trabajo que la norma venía exigiendo.

— Finalmente, se concreta que la posibilidad de exención del requisito de contar con un contrato de trabajo por disponer de medios económicos suficientes se refiera al cien por cien de la cuantía de la renta garantizada del Ingreso Mínimo Vital.

1.2.3.- El arraigo familiar (artículo 124.3) permite la autorización de residencia por circunstancias extraordinarias a extranjeros en situación irregular por razón de sus vínculos familiares. La reforma de esta figura ha sido relevante:

— Por un lado, se amplían los vínculos familiares que habilitan el arraigo familiar. Así, en primer lugar, al tutor de un menor de nacionalidad española, y a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad de nacionalidad española[17].

En segundo lugar, también se amplía al cónyuge o pareja de hecho acreditada de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española, a los ascendientes mayores de sesenta y cinco años, o menores de sesenta y cinco años a cargo, descendientes menores de veintiún años, o mayores de veintiún años a cargo, de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española, o de su cónyuge o pareja de hecho.

— En ambos casos se concede una autorización de residencia por cinco años, frente a la vigencia general de un año prevista en el artículo 130, autorización que habilita a trabajar por cuenta ajena y propia.

1.2.4.- El arraigo para la formación (artículo 124.4) se incorpora a los supuestos de arraigo, tomando como referencia la figura alemana de la estancia tolerada, para personas extranjeras que, careciendo de antecedentes penales, acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años y cumplan un compromiso efectivo de formación.

De cumplir los requisitos señalados, se concede una autorización de residencia temporal por un periodo de doce meses que podrá prorrogarse una única vez por otro período de doce meses en los casos que la formación tenga una duración superior a doce meses o su duración exceda la vigencia de la primera autorización concedida. Esta autorización de residencia no lleva consigo autorización para trabajar.

Respecto a la formación que habilita para este tipo de arraigo, y siguiendo las precisiones establecidas por Secretaría de Estado de Migraciones[18] podrá ser de los siguientes tipos:

— Formación reglada perteneciente al Sistema de Formación Profesional: lo que incluye los Títulos de Formación Profesional, los Cursos de Especialización, los Certificados de Profesionalidad (Certificados Profesionales) y los Certificados de Competencia.

— Formación conducente a la obtención de la certificación de aptitud técnica o habilitación profesional necesaria para el ejercicio de una ocupación específica.

[17] Hay que tener en cuenta la aplicación de las Instrucciones DGM 8/2020, sobre la residencia en España de los progenitores, nacionales de terceros países, de menores ciudadano de la Unión, incluidos españoles (https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2020/instruccion_progenitores_de_menores_ciudadanos_UE_y_nacionales.pdf)

[18] Instrucciones SEM 1/2022 sobre arraigo para la formación y otras cuestiones comunes a las autorizaciones de residencia temporal por motivos de arraigo previstas en el artículo 124 del Reglamento de Extranjería, aprobado por el RD 557/2011, de 20 de abril (https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2022/221010_InstruccionesArraigoFormacionOtras.pdf)

— Formación promovida por los Servicios Públicos de Empleo, incluida en el Catálogo de Especialidades Formativas.

— Titulaciones de máster oficial de las universidades, cursos de ampliación o actualización de competencias y habilidades formativas o profesionales en el ámbito de la formación permanente de las universidades, así como de otras enseñanzas propias de formación permanente.

Superada la formación y durante la vigencia de la autorización de residencia, el extranjero podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo, de dos años de duración, que habilitará a trabajar por cuenta ajena y estará condicionada al alta en la Seguridad Social.

Para ello deberá acreditar:

— Contrato de trabajo relacionado con la formación recibida y acreditada en el arraigo, que garantice al menos el salario mínimo interprofesional o el establecido por el convenio colectivo aplicable.

— Haber superado con aprovechamiento la formación, esto es, haber finalizado en su totalidad la formación de acuerdo con el programa lectivo o formativo y poder presentar un certificado de la entidad que imparte la formación que acredite este hecho.

1.2.5.- Dentro de los supuestos de residencia temporal por circunstancias excepcionales, el artículo 127 recoge su concesión a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales en cuestiones ajenas a la lucha contra redes organizadas. Se incorpora ahora al citado artículo el procedimiento para la concesión de la autorización temporal en el supuesto de colaboración con la administración laboral, del siguiente modo:

— La competencia corresponde a la Dirección General de Migraciones.

— Se concede a aquellas personas que acrediten ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, mediante cualquier medio de prueba, estar trabajando en situación irregular durante un periodo mínimo de seis meses en el último año.

— La solicitud puede presentarla la persona extranjera o de oficio la autoridad laboral.

— Deberá incorporarse la prueba que acredite la relación laboral previa, de manera expresa, la resolución judicial o administrativa relativa al acta de infracción.

La nueva regulación plantea no pocos problemas. En primer lugar, parece que hace descansar sobre el extranjero en situación irregular la prueba de encontrarse trabajando, lo que choca con el procedimiento de actuación inspectora. En realidad, será la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la que, a través de su actuación, constate que el trabajador extranjero está trabajando en situación irregular, tras la correspondiente investigación de acuerdo con las facultades que la ley le otorga para el desempeño de sus funciones[19], y valorando las posibles pruebas que pueda aportar el extranjero, que en muchos casos se limitará a la denuncia de los hechos, con identificación del lugar de prestación de servicios.

En segundo lugar, y como medio de prueba de la relación laboral en situación de irregularidad, se recuperan, aunque de manera ambigua, aquellos que antes se recogían para el arraigo laboral, esto es, la resolución judicial o administrativa relativa al acta de infracción. Respecto de la resolución

[19] Conforme al artículo 13 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 23 de julio de 2015).

administrativa, se entiende que será aquella que confirme el acta de infracción en la que se constata la prestación laboral del trabajador en el periodo exigido para la concesión de la autorización. Y respecto de la resolución judicial, está claro que podrá ser aquella que, en su caso, confirme los hechos del acta de infracción, bien sea en la impugnación judicial de la resolución administrativa sancionadora o en el procedimiento de oficio. Más dudas presenta que pueda aportarse como prueba una sentencia que reconozca una relación laboral, sin intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dado que la autorización se concede por colaboración con la administración laboral, lo que podría salvarse con la intervención inspectora con posterioridad a la resolución judicial.

1.3.- Medidas para reducir la irregularidad sobrevenida. Se lleva a cabo modificaciones en relación con las renovaciones y la compatibilidad de autorizaciones.

1.3.1.- En relación con la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, se reforma el artículo 71 ampliando las posibilidades de renovación con la reducción del tiempo exigido de actividad previa y los requisitos adicionales exigidos. De esta forma podrá renovarse la autorización cuando el trabajador acredite un periodo de actividad laboral de al menos tres meses por año y cuente con un contrato de trabajo, en los términos exigidos, o bien acredite que la relación laboral que dio lugar a la autorización se interrumpió por causas ajenas a su voluntad, y que ha buscado activamente empleo, inscribiéndose en el Servicio Público de Empleo competente como demandante de empleo.

1.3.2.- Además, se mejoran las condiciones de la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (artículo 72.1) y propia (artículo 109.7), aumentando su vigencia de dos a cuatro años, salvo que proceda una autorización de residencia de larga duración, y habilitando para trabajar tanto por cuenta propia como ajena, en ambos casos.

1.3.3.- Lo anterior lleva consigo la reforma de lo previsto para la compatibilidad de la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia (artículo 201), suprimiéndose la necesidad de acreditar la compatibilidad del ejercicio de ambas actividades lucrativas, en relación con su objeto y características, duración y jornada laboral, bastando por tanto, acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos para la obtención de cada una de las autorizaciones.

1.3.4.- Se facilita el tránsito de la residencia de los familiares reagrupados a residencia independiente (artículo 59), suprimiéndose la exigencia de un contrato de trabajo de un año de duración mínima, pudiendo aportarse uno o varios contratos de trabajo de los que se derive una retribución no inferior al salario mínimo interprofesional mensual referido a la jornada legal de trabajo o el que derive del convenio colectivo aplicable.

2.- *Favorecer la actividad laboral y profesional de los estudiantes*. Con el reconocimiento de la previa existencia de una normativa restrictiva para el trabajo de los estudiantes con autorización de estudios en España, otorgando la normativa comunitaria[20] margen suficiente de actuación, se reforma el régimen del trabajo de los estudiantes, mejorando las condiciones en las que pueden trabajar y facilitando el tránsito a la situación de residencia.

Respecto al régimen de la autorización de trabajo de los estudiantes, se introducen las siguientes modificaciones en el artículo 42 del reglamento de la ley orgánica de extranjería:

— Se elimina la restricción relativa a que los ingresos obtenidos por el trabajo autorizado no podían tener el carácter de recurso necesario para el sustento o estancia del estudiante

[20] Así, el artículo 7.1.e) de la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair* (DOUE núm. 132, de 21 de mayo de 2016), contempla como requisito para la concesión de autorización a estudiantes extranjeros el contar con recursos suficientes pudiendo estos provenir de un contrato de trabajo válido en el país de acogida.

extranjero, ni ser considerados en el marco del procedimiento de prórroga de estancia, con lo que ahora si se podrá justificar los recursos del trabajo al acreditar medios económicos necesarios para sufragar los gastos de estancia y regreso a su país, y, en su caso, los de sus familiares.

— Podrá autorizarse a trabajar por cuenta propia y ajena, cuando se trate de extranjeros con autorización de estudios concedida para realizar o ampliar estudios superiores, de formación reglada para el empleo o destinada a la obtención de un certificado de profesionalidad, o formación conducente a la obtención de la certificación de aptitud técnica o habilitación profesional necesaria para el ejercicio de una ocupación, siempre que la actividad laboral sea compatible con la realización de los estudios.

— Se suprime la imprecisa referencia al contrato a tiempo parcial y la limitación para los contratos a jornada completa, concretando ahora que la actividad laboral no podrá ser superior a treinta horas semanales.

— Se precisa que la vigencia de la autorización para trabajar coincidirá con la duración de la autorización de estancia, con lo que la pérdida de vigencia de la autorización de estancia llevará consigo la extinción de la autorización para trabajar.

Para facilitar el tránsito de la situación de estancia por estudios a la de residencia y trabajo, se modifica el artículo 199 de reglamento de la ley orgánica de extranjería:

— Se suprimen requisitos exigidos para la modificación de la situación, y en particular, la exigencia de permanencia previa en España durante al menos tres años como titular de una autorización de estancia.

— Se amplia el periodo en el que puede solicitarse la modificación de la autorización, que podrá hacerse en los mismos plazos señalados para la renovación de las autorizaciones de residencia, esto es, durante los sesenta días previos o los noventa posteriores a la vigencia de la autorización de estancia principal.

3.- *Facilitar el ejercicio de la actividad por cuenta propia de los extranjeros*. La realidad muestra el reducido recurso a la actividad emprendedora por parte de los ciudadanos extranjeros, utilizando la autorización inicial de trabajo por cuenta propia[21]. Ello puede deberse a las trabas que acompañan al procedimiento de concesión, plagado de exigencias documentales y que requiere de una importante inversión ligada al proyecto de actividad. Para tratar de hacer más atractivo a los extranjeros el inicio de proyectos empresariales en nuestro país, se revisa la regulación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, modificando los artículos 105 y 109 del reglamento de la ley orgánica de extranjería.

Así, se flexibilizan ligeramente los requisitos exigidos en el artículo 105.3 para la autorización inicial, de manera que se elimina la obligación de probar que se cuenta con recursos económicos suficientes para la propia manutención y alojamiento, que hacía el artículo 105.3, si bien deberá acreditarse que la inversión es suficiente para implantar el proyecto y crear el propio empleo y otros, en su caso. Ninguna modificación se recoge en cuanto a la documentación a aportar, por lo que se mantiene la exigencia de documentar el proyecto de actividad a realizar y la inversión económica precisa para su implantación. Ahora bien, en la práctica se admite que el informe de determinadas

[21] Según la memoria del Reglamento, durante 2021 «se concedieron al amparo de las normas reglamentarias una cifra tan escasa como 285 autorizaciones iniciales» (duración, y habilitará para trabajar por cuenta ajena y propia (BOE. Consejo de Estado: Dictámenes. Número de expediente: 1175/2022 (INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES)

entidades u organizaciones sirva para acreditar este requisito[22]. Lo que no sería posible es la simple declaración responsable del interesado.

Como ya se ha dicho, el artículo 109.7 amplia a cuatro años la vigencia de la renovación de la autorización inicial, renovación que habilitará también para trabajar por cuenta ajena, en consonancia con la modificación del artículo 72.1 para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, cuya vigencia también será de cuatro años, salvo que proceda una autorización de residencia de larga duración.

4.- *Agilizar la tramitación de los expedientes de extranjería*. Teniendo en cuenta la limitada capacidad de las Oficinas de Extranjería[23], se opta por la creación de una unidad flexible de gestión que, de manera centralizada, pueda prestar apoyo a las oficinas en la tramitación de los expedientes de extranjería, buscando la innovación en la gestión sobre la base de los principios de deslocalización y tramitación electrónica. Para ello, la disposición adicional única mandata la creación de la llamada Unidad de Tramitación de Expedientes de Extranjería, dependiente de la Dirección General de Migraciones, otorgando a tal fin un plazo, ya cumplido, de seis meses.

3. OTRAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

3.1. MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA POR LA LEY ORGANICA 10/2022

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, más conocida como "*ley del sólo si es si*", se promulga con la intención proteger el derecho a la libertad sexual, impulsando la prevención de las violencias sexuales y garantizar los derechos de las víctimas. La ley se refiere a 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.

Con esta finalidad tuitiva, se garantiza a las mujeres extranjeras, víctimas de violencias sexuales en situación irregular, el derecho a obtener una autorización de residencia por circunstancias excepcionales que le permita residir y trabajar. Para ello, la disposición final sexta de la ley orgánica modifica el artículo 31 bis de la ley orgánica de extranjería otorgando a las mujeres víctimas de violencias sexuales que denuncien su situación, un estatus similar al que venía recogido para las víctimas de violencia de género, y que se concreta en los siguientes derechos:

— En primer lugar, cuando la mujer que denuncie la situación de violencia sexual sea extranjera en situación irregular, no se incoará expediente sancionador por estancia irregular o se suspenderá el expediente incoado con anterioridad a la denuncia o la ejecución de las eventuales órdenes de expulsión o devolución acordadas.

[22] La Instrucción DGI/SGRJ/05/2007 preveía la incorporación a los expedientes de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia, de informes emitidos por determinadas organizaciones otorgándoles la consideración de medios de prueba del cumplimiento de ciertos requisitos reglamentarios, entre ello, la suficiencia de la inversión, sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba. En particular, se vienen admitiendo como tales los informe de la Federación Nacional de Asociaciones de Empresarios y Trabajadores Autónomos (ATA), la Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos (UPTA), la Confederación Intersectorial de Autónomos del Estado Español (CIAE), la Organización de Profesionales y Autónomos (OPA) y Unión de Asociaciones de Trabajadores Autónomos y Emprendedores (UATAE).

[23] A este respecto, la memoria del Reglamento pone como ejemplo que "el porcentaje de resolución global en plazo de los expedientes de circunstancias excepcionales (como el arraigo) es del 47 %, es decir, más de la mitad de las solicitudes se tramitan por encima del plazo establecido. Hay oficinas en las que más del 90 % de los expedientes se resuelven por encima de los nueve meses".

— En segundo lugar, la mujer podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales desde que se dicte la orden de protección a su favor o bien con el informe del Ministerio Fiscal recogiendo indicios de violencia sexual, pudiendo presentar también autorización de residencia por circunstancias excepcionales a favor de su hijos menores de edad o con discapacidad, que podrá ser también para trabajar si son mayores de dieciséis años y se encuentran en España en el momento de la denuncia.

— En tercer lugar, y mientras se tramitan las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales, se otorgará a la mujer (y a los hijos menores o con discapacidad) una autorización provisional de residencia que también autorizará a trabajar en el caso de la mujer o de los hijos mayores de dieciséis años.

Conviene advertir que esta ley otorga un nuevo papel a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de modo que el informe emitido por los funcionarios del Organismo, en el ejercicio de la actuación inspectora, puedan servir para acreditar las situaciones de violencia sexual. La competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en esta materia se conecta con las actuaciones de vigilancia y control de la normativa laboral y de prevención de riesgos laborales, de modo que las conductas de violencia en el trabajo, entre las se incluyen los supuestos de violencia sexual, contravienen no solo el derecho de las personas trabajadoras al respeto a la consideración debida de su dignidad, sino también el derecho a su seguridad y salud, bastando la existencia de un riesgo real y previsible de daño a la salud para que sean de aplicación las normas de prevención de riesgos laborales.

No precisa el artículo 37 de la Ley Orgánica 10/2022 el procedimiento de acreditación y, por tanto, las peculiaridades del informe a emitir, remitiéndose la concreción de los procedimientos, a los acuerdos que puedan alcanzarse en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad.

3.2. MODIFICACIÓN DE LA MOVILIDAD INTERNACIONAL POR LA LEY 28/2022

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, dedica un amplio título V a la internalización de la economía española, abordando con detalle, en la sección segunda, bajo la rúbrica de "movilidad internacional", diversos supuestos en los que el legislador consideró que, por razones de interés económico, debía facilitarse y agilizarse la concesión de visados y autorizaciones de residencia con el fin de atraer inversión y talento a nuestro país. De este modo se reguló un procedimiento ágil y rápido, tramitado ante un nuevo y único organismo, la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos, por tanto, fuera de la competencia de las limitadas de capacidad y muchas veces saturadas oficinas provinciales de extranjería. A través de esta norma, se vienen tramitando las autorizaciones para entrar y residir en España de inversores, emprendedores, profesionales altamente cualificados, investigadores y trabajadores que efectúen movimientos interempresariales[24].

La disposición final quinta de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, ha introducido importantes modificaciones en relación con la regulación anterior.

1.- Regulación de los "*teletrabajadores de carácter internacional*": la aportación más significativa es la incorporación de un nuevo supuesto dentro de aquellos que tienen por objeto facilitar la entrada y permanencia en España por razones de interés económico, y que está destinado a los que denomina "teletrabajadores de carácter internacional". La norma es sensible a la realidad que se ha

[24] En el año 2019 se concedieron 9.277 autorizaciones iniciales y 9.115 renovaciones, en aplicación de la Ley 14/2013. Después de la reducción de estas autorizaciones en los años 2020 y 2021, por efecto de la pandemia, en 2022 (hasta octubre), se concedieron 10.266 autorizaciones iniciales y 8.090 renovaciones (Últimos datos disponibles del Ministerio de Trabajo y Economía Social. https://www.mites.gob.es/estadisticas/pte/welcome.htm)

bautizado como "nomadismo digital", cuya aparición incipiente es más lejana en el tiempo pero que se ha extendido de manera singular con la pandemia. Se trata de trabajadores que pueden desarrollar su actividad laboral o profesional en remoto, lo que les permite elegir su lugar de residencia y poder desarrollar su vida en el país elegido, a kilómetros de la organización para la que trabajan y, en su caso, de los compañeros de empresa. Sin duda son muchos los atractivos que ofrece nuestro país, a lo largo de su geografía, para que los teletrabajadores se fijen en España como lugar de residencia, justificando las medidas adoptadas en el interés que supone la venida y estancia de ciudadanos con altas capacidades de gasto.

Los nuevos artículos 74 bis y 74 ter de la Ley 14/2013 definen la nueva situación y los requisitos que se exigen para su acreditación, contemplando los siguientes elementos:

— Se requiere que se trate de nacional de un tercer Estado, ya que la regulación, lógicamente, no es de aplicación a los ciudadanos de la Unión Europea y a aquellos extranjeros a los que les sea de aplicación el derecho de la Unión Europea por ser beneficiarios de los derechos de libre circulación y residencia.

— El motivo de permanencia en España será para ejercer una actividad laboral o profesional a distancia para empresas radicadas fuera del territorio nacional, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. Y se debe acreditar que estas empresas no son de nueva constitución, sino que tienen una actividad real y continuada de al menos un año y que la actividad se puede realizar en remoto.

— Si se trata de trabajadores por cuenta ajena, el titular de la autorización por teletrabajo de carácter internacional solo podrá trabajar para empresas radicadas fuera del territorio nacional, debiendo acreditar que existe relación laboral previa durante al menos los últimos tres meses anteriores a la solicitud y que dicha empresa permite al trabajador realizar la actividad laboral a distancia.

— En el caso de trabajadores por cuenta propia, se permitirá al titular de la autorización por teletrabajo de carácter internacional trabajar para una empresa ubicada en España, siempre y cuando el porcentaje de dicho trabajo no sea superior al veinte por ciento del total de su actividad profesional. En este caso se debe acreditar que el trabajador tiene relación mercantil con una o varias empresas no localizadas en España durante, al menos, los tres últimos meses.

A los extranjeros que pretendan venir a España, y acrediten, junto con otros, los requisitos señalados, se les concederá un visado para el teletrabajo de carácter internacional que les permitirá entrar y residir en España durante un máximo de un año, pudiendo solicitar, al finalizar su vigencia, una autorización de residencia para teletrabajo de carácter internacional, con una vigencia máxima de tres años, renovable por periodos de dos años, siempre que mantengan las condiciones que generaron el derecho de residencia. La autorización de residencia para teletrabajo de carácter internacional también puede solicitarse por aquellos extranjeros que se hallen en España de forma regular, con independencia de que las razones de su estancia previa en nuestro país sean otras muy diferentes, lo que abre la puerta a los estudiantes extranjeros a pasar de su situación de estancia por estudios a una autorización de residencia por esta vía.

Al añadirse este supuesto al resto de los inmigrantes "privilegiados", por razones de interés económico para nuestro país, se benefician de todas las ventajas que la ley les otorga en relación con los plazos reducidos de tramitación, con silencio positivo a su término, o la posibilidad de reagrupación familiar desde el inicio del traslado.

2.- Se introducen cambios para facilitar el procedimiento de concesión de las autorizaciones de estancia o residencia por interés económico, tales como la obligación de aportar certificado de antecedentes penales reducido a los países en los que hubiera residido en los último dos años, frente a los cinco anteriores, bastando una declaración responsable en relación con dicho periodo de cinco años (artículo 62.3.c), o la solicitud de forma electrónica para la residencia de emprendedores, pudiendo realizarse en una única instancia la tramitación de la autorización y visado de forma consecutiva (artículo 69.1).

3.- Se amplía la vigencia de las autorizaciones de dos a tres años, con el objetivo de atraer inversión y talento, para inversores (artículo 67.1), emprendedores (artículo 69.1), profesionales altamente cualificados (artículo 71), investigación (artículo 72.3) y traslado internacional (artículo 73.3). Además, se prevé la posibilidad de renovar la autorización por dos años, pudiendo obtener la residencia permanente a los cinco años, salvo en el caso de los inversores, cuya primera renovación sigue siendo por cinco años.

4.- Se introduce un nuevo apartado 4 en al artículo 76, para permitir en los diversos supuestos de estancia o residencia por interés económico que contempla la Ley 14/2013, la tramitación del alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social con el pasaporte, durante los seis primeros meses de residencia o estancia, cuando el extranjero no esté en posesión del NIE, sin perjuicio de que posteriormente lo obtenga, facilitando así el inicio de la actividad.

5.- Se amplia de doce a veinticuatro meses el periodo máximo en el que los extranjeros que finalicen los estudios de educación superior pueden permanecer en España, con el fin de buscar un empleo adecuado a su nivel de estudios o para emprender un proyecto empresarial (disposición adicional decimosétima). Hay que recordar que el extranjero debe documentar esta situación mediante la obtención de una autorización de residencia para la búsqueda de empleo o para emprender un proyecto empresarial, autorización que habilita para la búsqueda, pero no para el inicio de la actividad por cuenta propia o ajena, debiendo obtener la correspondiente autorización de trabajo, cuando la búsqueda concluya con éxito.

6.- Se amplia de seis a doce meses el periodo máximo de validez de la autorización de residencia para prácticas de titulados que hayan obtenido un título de educación superior o que estén realizando estudios conducentes a la obtención de un título de educación superior en España o en el extranjero, pudiendo renovarse hasta un periodo máximo de dos años (disposición adicional decimoctava).

— SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO SOCIAL Nº 171/2022 DE 23 DE DICIEMBRE DE 2022, SOBRE OBSTRUCCIÓN A LA LABOR INSPECTORA

La Sentencia desestima la demanda interpuesta frente al Acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por obstrucción a la labor inspectora, rechazando la caducidad del expediente sancionador y confirmando que la presentación deficiente de forma reiterada de la documentación requerida no permite dejar sin efecto la sanción impuesta, dado el carácter de los incumplimientos advertidos.

Como aspectos a destacar que afectan a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Sala concluye lo siguiente:

• Caducidad de las actuaciones inspectoras:

La Sentencia parte del análisis del artículo 21.4 de la Ley 23/2105, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social que prevé que las actuaciones comprobatorias no se dilatarán por espacio de más de nueve meses salvo que la dilación sea imputable al sujeto a inspección o a las personas dependientes del mismo, pudiendo ampliarse los plazos, entre otros motivos cuando las actividades de inspección revistan especial dificultad y complejidad.

En el supuesto que nos ocupa, según entiende la Sala, queda acreditado conforme a la documentación incluida en el expediente administrativo que, el plazo fue objeto de ampliación mediante resolución dictada por el Director Especial de la Inspección y notificada a la empresa mediante oficio con acuse de recibo, por la cual se ampliaban los plazos para llevar a cabo las actuaciones inspectoras iniciadas por un periodo de nueve meses más, atendiendo a la especial complejidad de las actuaciones, confiriéndose a la empresa 15 días para realizar alegaciones.

Pese a negarse por la empresa la recepción de dicha comunicación, no se objetó ninguna circunstancia a la existencia de dicho oficio por parte de la empresa en el acto de vista, como tampoco al hecho de no haberse realizado alegación alguna al mismo, por lo que, debe tenerse por acreditada la ampliación del plazo de las actuaciones inspectoras por un periodo adicional de nueve meses.

• Conducta objeto de sanción:

Entiende la Sala que la actuación imputada a la mercantil es la de perturbar, retrasar e impedir reiteradamente el ejercicio de las funciones que, en orden a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos tienen encomendadas los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, tal y como queda constatado en el acta de infracción.

La Sala advierte que la conducta desplegada por la empresa demandante tiene encaje legal en el precepto invocado como infringido. Se efectuaron a la empresa un total de hasta doce requerimientos de documentación o información atinente a aspectos relacionados con gastos de locomoción o manutención o estancia, complementos variables retribuidos durante las vacaciones, horas extraordinarias, desplazamientos realizados por determinados trabajadores y dietas. Tales requerimientos fueron atendidos de forma completa en alguno de los casos, si bien en el resto de los expresados en el acta de infracción, se apreciaron defectos de aportación. En otros casos ni siquiera se ha ofrecido por la empresa la información requerida por la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social.

Si bien es cierto que la empresa explica el por qué no se acompañan determinados datos o informaciones requeridas, cabe señalar que el modo en que se produce la aportación documental no es suficiente para dar cumplimiento al deber de colaboración que ha de imperar en el desarrollo de las actuaciones inspectoras. Concluye la sala que el envío de una documentación, en formato no adecuado, sin orden ni posibilidad alguna de cotejar los datos con una mínima diligencia supone que la actuación de la empresa produjo un retraso evidente de las actuaciones comprobatorias y obstaculizó un adecuado cumplimiento de la labor de inspección.

• Reiteración:

No cabe confundir reincidencia con reiteración de la conducta concurriendo la primera circunstancia cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguientes a la notificación de ésta, tal y como establece el artículo 41 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. En el supuesto que nos ocupa, no se sanciona la reincidencia, ni se aplica agravante en tal sentido, sino que la conducta reprochada administrativamente no es otra que la reiteración en la conducta empresarial de remitir de forma incompleta e inadecuada la documentación necesaria para dar cumplimiento efectivo y expedito a la labor inspectora, que se corroboró hasta en diez ocasiones distintas, lo que produjo un retraso y una obstaculización evidente de aquélla.

• Graduación de la sanción:

El art. 39.2 LISOS prevé como criterios de graduación de las sanciones "la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida". Es decir que, conforme a lo previsto en el precepto, no es la negligencia o intencionalidad del sujeto infractor el único parámetro a tomar en consideración para valorar la sanción a imponer, sino que se han tenido en cuenta otros criterios agravantes. Según explica la Sala, en el presente caso de hecho, son factores determinantes para la fijación de la misma la reiteración en el incumplimiento de los requerimientos efectuados a la empresa, constantes a lo largo de toda la actividad inspectora, la cifra de negocios de la empresa, dedicada a la prestación de servicios de seguridad con trabajadores presentes en todo el territorio nacional, el volumen de la plantilla de la empresa así como el número de trabajadores afectados, lo que conforma la presencia de elementos de juicio suficientes para situar la sanción en el grado medio, importe máximo de la horquilla prevista en el art. 40.1.c) LISOS (de 30.001 a 120.005 euros).

Laborum

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

nº 34 (1er Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Aspectos Sociales del semestre europeo 2023

Social Aspects of the European Semester 2023

Daniel Pérez del Prado *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad Carlos III de Madrid
https://orcid.org/0000-0001-7106-6769

Cita Sugerida: PÉREZ DEL PRADO, D.: «Aspectos Sociales del semestre europeo 2023». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 34 (2023): 259-277

Resumen

El presente estudio realiza un repaso de las principales previsiones y medidas previstas en el Semestre Europeo para el presente año. En concreto, se revisa tanto la fase previa como su inicio, prestando atención al ámbito laboral y social y, en particular, a las concretas referencias hechas para España. El objetivo final es analizar las líneas maestras en materia de regulación del mercado de trabajo, políticas de empleo y protección social previstas a nivel de la Unión Europea y para nuestro país para el presente ejercicio.

Abstract

This study provides an overview of the main forecasts and measures envisaged in the European Semester for this year. Specifically, it reviews both the upstream and downstream phases, paying attention to the labour and social spheres and, in particular, to the specific references made for Spain. The final objective is to analyse the main lines of labour market regulation, employment policies and social protection foreseen at European Union level and for our country for the current period.

Palabras clave

Semestre Europeo; UE; políticas de empleo; protección social

Keywords

European Semester; EU; employment policies; social protection

1. EL SEMESTRE EUROPEO: LA COORDINACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA UE

El llamado "Semestre Europeo" es el procedimiento o cauce a través del cual se articulan las medidas de control y seguimiento de las políticas públicas -destacando las económicas[1]- de los Estados miembros de la Unión Europea. Propuesto por la Comisión en 2010, el Consejo Europeo de 7 de septiembre de ese mismo año acordó su adopción para comenzar a aplicarse al año siguiente, instando a los Estados a adoptar los procedimientos nacionales necesarios para su desarrollo, comprometiéndose la Comisión a modificar el Reglamento (CE) 1466/97 del Consejo de 7 de julio de 1997 relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas[2] y aprobando la modificación del "Código de conducta". El objetivo era «establecer un Semestre Europeo para la coordinación de políticas y explicar el proceso y el calendario que permitirán una contribución europea a las políticas nacionales, llevando a una coordinación ex ante de las políticas más eficaz»[3].

[1] El objetivo era encauzar bajo un mismo canal los diversos procedimientos existentes de coordinación económica y presupuestaria Carrera Hernández, F. J., "Nuevos instrumentos para la gobernanza económica en la Unión Europea: el procedimiento de prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos - PDM", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 17, 44, 2013, p. 71. Gráficamente el autor señala que los procedimientos se han "acumulado", resultado jurídicamente distintos, aunque coherentemente aplicados (p.71).

[2] DOUE 02-08-1997, núm. 208.

[3] Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: «Reforzar la coordinación de*

El Semestre Europeo tiene su origen en la coordinación de políticas económicas y sociales[4] a que se refieren los arts. 5, 119, 136 y 156 TFUE y, en particular y por lo que aquí respecta, en la Estrategia Europea de Empleo y, especialmente, en el llamado método abierto de coordinación, que, desde la Estrategia de Lisboa, fue el referente sobre el que se articuló la acción política de los Estados miembros en estas dos materias[5].

Si algo lo caracteriza es su complejidad. Pensado para coordinar los procedimientos existentes de coordinación económica y presupuestaria, lo cierto es que cada uno de ellos ha mantenido su autonomía, lo que ha dado como resultado un mecanismo ciertamente enrevesado[6]. Las reformas posteriores no han hecho más que empeorar la situación, introduciendo variedades diferentes según se trate de un Estado miembro de la zona euro o de sus circunstancias económicas y presupuestarias[7].

El Semestre Europeo está pensado para dividir el año natural en dos partes diferenciadas. La primera, que sería el Semestre Europeo propiamente dicho, se caracteriza por un diálogo continuo, vía documentos, entre la Unión Europea y los Estados miembros, en el que la voz cantante la llevan los organismos europeos. La segunda parte del año, el semestre nacional, se dedica fundamentalmente a que los Estados miembros pongan en marcha las iniciativas acordadas, preparen sus presupuestos y se inicien los preparativos para el Semestre Europeo del siguiente año.

Para que el Semestre Europeo pueda comenzar en enero, son necesarios algunos preparativos previos, por lo que desde un punto de vista práctico puede decirse que éste se inicia en noviembre del año anterior, con la publicación de cuatro documentos diferentes por parte de la Comisión y que reciben en nombre de "Paquete de otoño". Tales documentos son: 1) el Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento, del que forma parte el Proyecto de informe conjunto sobre el empleo (ahora apellidado "de Crecimiento Sostenible"), 2) el Informe sobre el Mecanismo de Alerta, 3) las Recomendaciones para la zona del euro, y 4) el Dictamen sobre los proyectos de presupuestos. Mientras que los dos primeros afectan al conjunto de la Unión, los dos últimos atañen a la zona euro exclusivamente[8]. Además, desde 2015, se complementa con los documentos llamados "Puntos de vista de los interlocutores sociales" en los que tanto patronal como sindicatos europeos expresan su valoración del análisis y prioridades establecidas por la Comisión en el Estudio Prospectivo Anual. También pueden integrar el paquete otros documentos adicionales, por ejemplo, porque haya países bajo procedimiento de desequilibrio macroeconómico.

Estos informes son el paso previo para que, entre enero y febrero del año siguiente, el Consejo, en su formación como ECOFIN, adopte opiniones sobre cada uno de los cuatro informes anteriores. Éstas se plasman en los siguientes documentos: 1) Conclusiones del Consejo relativas al Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento; 2) Recomendaciones del Consejo relativas al Informe sobre el mecanismo de alerta; 3) Recomendaciones de política económica para la zona euro. De lo que se trata, por tanto, es de que exista una opinión consensuada acerca de cuál es la situación y qué se ha de hacer. En cuanto a los presupuestos, se debaten en el Consejo de diciembre antes de su

las políticas económicas para fomentar la estabilidad, el crecimiento y el empleo – Instrumentos para una mejor gobernanza económica de la UE». COM(2010)367 final, Comisión Europea, Bruselas, 2010, p. 3.

[4] Para un análisis genérico sobre el impacto de la Gobernanza económica y del propio Semestre durante la Gran Recesión, véase Pérez del Prado, D., *El impacto social de la Gobernanza económica europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

[5] En detalle, Miranda Boto, J.M., *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, cit., pp. 333-369.

[6] *Ibid.*, p. 72.

[7] López Escudero, M., "La nueva gobernanza económica de la Unión Europea", cit., p. 371.

[8] M. I. R. Quintana, «Semestre europeo 2015: las recomendaciones financieras, fiscales, económicas y laborales y sociales de la Comisión Europea. Recomendaciones dirigidas a España», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 7, 2015; «Política de empleo y crecimiento económico: semestre europeo 2015. El informe de la Comisión Europea sobre España», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 5, 2015.

aprobación definitiva por los Estados antes de final de año. Su tramitación, por tanto, reviste algunas peculiaridades, aun cuando estén encauzados también en el Semestre Europeo.

Además, la Comisión también se encarga de publicar en el mes de febrero una serie de informes por países, denominados "Documento de trabajo de los servicios de la Comisión" (*Commission Staff Working Document*). En el caso de que alguno de ellos haya incurrido en desequilibrio macroeconómico, el informe incluye lo que se conoce como "examen exhaustivo" (*"in depth review"*) relativo a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos. En estos informes se analiza la situación económica de cada Estado miembro y se formulan los objetivos para el año. Además, en este documento también se hace balance de la situación presupuestaria de los Estados miembros, a tenor de las últimas previsiones económicas de la Comisión. El propósito es servir de base para el inicio del "diálogo" entre los Estados miembros y la Comisión, que posteriormente se plasma en los planes nacionales de reformas y convergencia y en los informes específicos por países que explicaremos inmediatamente. Asimismo, los principales retos son resumidos en una Comunicación. Todos estos documentos integran el denominado "Paquete de invierno".

Con lo que podríamos denominar como "informes generales" y los "particulares"[9] por Estados miembros, se tienen todos los elementos de juicio necesarios como para iniciar ese "diálogo" con cada uno de los países de que venimos hablando. Esta primera fase se cierra con el Consejo europeo de primavera, que se celebra en marzo, y en el que se establecen los objetivos en materia económica y de empleo sobre la base del Informe prospectivo anual.

A lo largo del mes de abril los Estados miembros han de remitir los programas nacionales de reformas y los programas de estabilidad o convergencia (según se trate de países miembros de la zona euro o no respectivamente). El primero de ellos se centra en política económica y de empleo, mientras que los segundos tienen un marcado carácter presupuestario. En ambos casos, los Estados miembros muestran el modo en que pretenden alcanzar los objetivos comunes en estas materias. En cuanto al ámbito presupuestario, los Estados miembros deberán hacer públicos, preferentemente antes del 15 de abril y a más tardar el 30 de abril de cada año, sus planes fiscales nacionales a medio plazo. Dichos planes se incluyen en los programas de estabilidad.

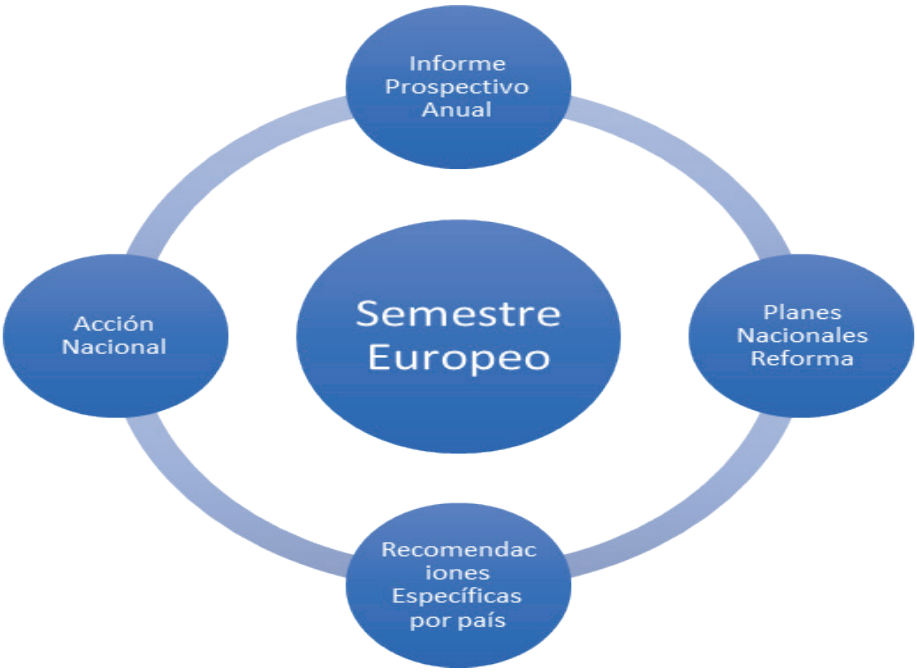
A la vista de los planes nacionales de reforma y de los programas de estabilidad y convergencia, la Comisión elabora una propuesta de Recomendación específica para cada país, que eleva al Consejo para que emita su opinión en el mes de junio. A esta última fase se la conoce como "Paquete de primavera".

Las recomendaciones específicas por países se debaten en el Consejo y se ratifican en el Consejo Europeo de junio, como paso previo a su adopción final por el Consejo (ECOFIN) en julio. De esta forma la Comisión evalúa los mecanismos propuestos por los Estados miembros en relación a los fines perseguidos y sugiere al Consejo, quien finalmente decidirá, qué tipo de recomendaciones, aportaciones u observaciones querrá realizar al Estado miembro en cuestión.

De esta forma, el Semestre finaliza con el Consejo Europeo de verano (y el ECOFIN posterior), que se celebra en junio y en el que emitirá la correspondiente recomendación a los Estados miembros sobre sus programas naciones de reforma y planes de estabilidad y convergencia. Como puede observarse, el conjunto del mecanismo se divide en dos partes diferenciadas: una primera de evaluación conjunta desde el ámbito europeo, en la que el Estado participa principalmente por cuanto que parte del Consejo; y una de diálogo, en la que Estado e instituciones europeas contrastan opiniones acerca del Estado del país y la forma de lograr los objetivos marcados. A partir de esta segunda fase, el Estado ha de poner en marcha las medidas acordadas, iniciándose de nuevo el ciclo de cara al siguiente ejercicio. La siguiente figura lo muestra más claramente:

[9] Pérez del Prado, D., *El impacto social de la Gobernanza económica europea*, cit., p. 70.

Figura 2. Semestre Europeo



Fuente: Comisión Europea.

Por último, debe advertirse que, en el caso de países de la zona euro, el Reglamento (UE) 473/2013 ha introducido la necesidad de que se coordine también el ciclo presupuestario, lo que se hace pivotar sobre dos elementos clave: los planes fiscales nacionales a medio plazo y los proyectos de presupuestos. Mientras que los primeros, como vimos, se examinan en el paquete de primavera y se incluye en el Programa de Estabilidad[10]; el segundo, por la propia naturaleza del ciclo presupuestario, hace que revista determinadas peculiaridades, como que los proyectos de presupuestos se examinen en octubre y noviembre, antes de su aprobación definitiva en diciembre por los parlamentos nacionales de cara a su aplicación al año siguiente. Así, este es el único elemento del Semestre Europeo que se desarrolla completamente en el paquete de otoño. De ahí que se diga que prolonga el Semestre más allá de junio[11].

No obstante, no debe perderse de vista que buena parte de la información que sirve de base a la elaboración del presupuesto se debate a lo largo del Semestre en su tracto normal. De hecho, el plan presupuestario a medio plazo, que abarca un período mínimo de tres años, contiene las líneas maestras que marcarán la elaboración de los presupuestos anuales y a través del cual se garantiza una programación presupuestaria coherente con los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública y de conformidad con la regla de gasto. Este plan se incluye, como acabamos de advertir, en el Programa de Estabilidad.

[10] Art. 29 Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. BOE de 30/04/2012, núm. 103 (en adelante, LO 2/2012).

[11] Sánchez Mayoral, J.; Antolín Ruiz de la Cuesta; B.; Rodríguez Sánchez, L., "Nueva gobernanza económica europea, reglas fiscales y evolución del presupuesto", *Revista española de control externo*, vol. 15, 44, 2013, Tribunal de Cuentas, p. 155.

2. PREVISIONES Y MEDIDAS SOCIALES EN EL SEMESTRE EUROPEO 2023

De acuerdo con lo explicado hasta ahora, del Semestre Europeo para el presente ejercicio ya hemos pasado la fase preparatoria y los primeros compases de la primera parte. Así, ya han sido aprobados por el Consejo el Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento Sostenible[12], el Informe sobre el mecanismo de alerta[13] y. el proyecto de Recomendación del Consejo sobre la política económica de la zona del euro[14]. También se incluye en el Paquete de otoño la propuesta de Informe conjunto sobre empleo[15]. ¿Cuáles son los análisis y medidas que se ponen encima de la mesa de cara al presente año? Veámoslo según cada tipo de documento.

En primer lugar, por lo que hace al Estudio Prospectivo Anual, la respuesta europea a la inestabilidad económica derivada de la guerra en Ucrania, se basa en lo que el informe denomina "las cuatro dimensiones" de la sostenibilidad competitiva y que define como «puntos de referencia estables para el marco de coordinación de las políticas económicas y de empleo de la UE frente a los cambios estructurales, al tiempo que proporcionan una orientación adecuada para hacer frente a los retos a corto plazo en los actuales tiempos turbulentos»[16]. Tales dimensiones son la sostenibilidad medioambiental, la estabilidad macroeconómica, la productividad y la equidad.

Pues bien, las referencias al ámbito laboral y social los encontramos en la productividad, para la que se dice que «requiere una mano de obra con las competencias adecuadas y la modernización de la educación y la formación, que debe ofrecer igualdad de oportunidades para todos»[17]; pero sobre todo en el ámbito de la equidad, donde se hace un llamamiento a promover medidas que eviten que el alza en los precios termine por afectar a los mercados de trabajo y que frenen la pobreza en general y la energética en particular; o a orientar las políticas de empleo a facilitar las transiciones, poniendo especial hincapié en la formación y el reciclaje. También se destaca el especial papel que a este respecto ha de tener el diálogo social sólido, pues «puede ayudar a garantizar que la fijación de salarios mitigue las pérdidas de poder adquisitivo, en particular para los trabajadores con bajos ingresos, limitando al mismo tiempo el riesgo de efectos secundarios sobre la inflación y preservando el empleo y la competitividad»[18]. En el ámbito particular de la Seguridad Social, el documento propone preservar y mejorar la adecuación y la sostenibilidad. También el de los sistemas de salud y cuidado.

Estas líneas de actuación conectan, como no podía ser de otro modo, en segundo lugar, con la propuesta de Informe conjunto de empleo. Este se divide en dos partes, un primer capítulo dedicado al análisis estadístico y económico de los mercados laborales de la Unión y de las condiciones de trabajo, empleo y protección social; y un segundo en el que se desarrolla este mismo estudio en relación a las

[12] Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión. al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento Sostenible para 2023. COM(2022) 780 final*, Estrasburgo, 2022, fecha de consulta 23 noviembre 2022, en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0780&from=ES.

[13] Comisión Europea, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social: Informe sobre el Mecanismo de Alerta de 2023 Elaborado de conformidad con los artículos 3 y 4 del Reglamento (UE) n.o 1176/2011 relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos. COM/2022/781 final*, Comisión Europea, Estrasburgo, 2022, fecha de consulta en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2022%3A781%3AFIN&qid=1669158965799.

[14] Comisión Europea, *Recomendación de Recomendación del Consejo sobre la política económica de la zona del euro. COM/2022/782 final*, Comisión Europea, Estrasburgo, 2022, fecha de consulta 23 noviembre 2022, en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022DC0782&qid=1676152091604.

[15] Comisión Europea, *Propuesta de Informe conjunto sobre el empleo de la Comisión y el Consejo*, Comisión Europea, Estrasburgo, 2022, fecha de consulta 23 noviembre 2022, en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0783&from=ES.

[16] Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión. al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento Sostenible para 2023. COM(2022) 780 final*, cit., p. 3.

[17] *Ibid.*, p. 9.

[18] *Ibid.*, p. 11.

orientaciones establecidas en la Decisión (UE) 2022/2296 del Consejo de 21 de noviembre de 2022 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros[19]. En esta segunda parte también se analizan las medidas puestas en marcha por los Estados miembros en relación a cada una de las orientaciones mencionadas.

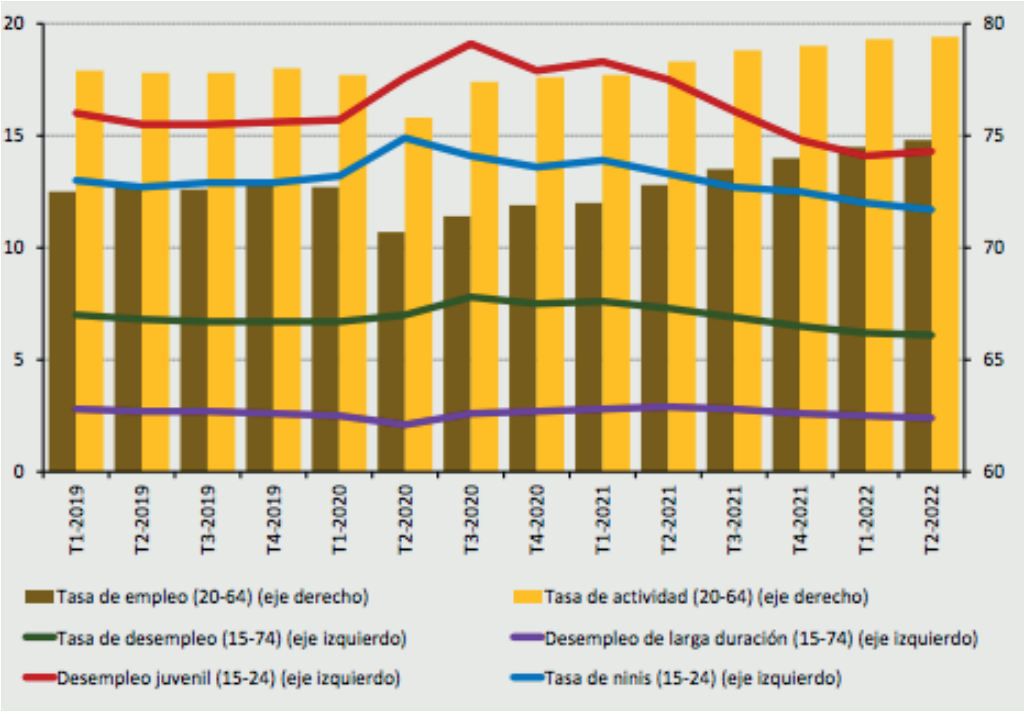
Centrándonos en la primera, el Informe destaca que tras dos graves crisis, la Gran Recesión y la derivada de la pandemia de Covid-19, seguidas de un breve lapso de "sólida" recuperación, los mercados laborales de la UE se enfrentan de nuevo a incertidumbres, ahora relacionadas con el impacto de la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania y con fuertes presiones inflacionistas. Tal descripción general se justifica en el siguiente gráfico.

Como puede comprobarse, el mercado laboral de la UE registró, en términos de empleo, muy buenos resultados en 2021 y siguió mejorando en el primer semestre de 2022, cuando la tasa de ocupación alcanzó su máximo histórico en el segundo trimestre de 2022 (74,8 y 74,3 % en la UE y en la zona del euro, respectivamente), 1,6 y 1,4 puntos por encima de los niveles anteriores a la crisis financiera. Por lo que respecta al paro, en septiembre de 2022, la tasa de desempleo de la UE alcanzó el mínimo histórico del 6 % en la UE (6,6 % en la zona del euro), 0,7 y 0,9 puntos menos que el año anterior. Al mismo tiempo, la tasa de personas que ni estudian ni trabajan (ninis) disminuyó al 11,7 % en la UE, desde el 13,3 % registrado en 2021, mientras que el desempleo juvenil alcanzó el 14,4 %, frente al 17,5 % del año anterior. Por último, la tasa de desempleo de larga duración aumentó ligeramente en 2021 y se ha mantenido en niveles relativamente estables desde entonces, siendo la variable que peor comportamiento a registrado comparativamente.

Sin embargo, como decíamos, las tensiones geopolíticas e inflacionarias amenazan esta tendencia positiva. A juicio de la Comisión, la previsión es que la economía se estanque en 2023 y crezca poco, hasta el 0,4%, en 2024. De ahí que se sostenga que «de cara al futuro, la actual situación de crisis energética exige una coordinación eficaz de las políticas económicas, sociales y de empleo que fomente un crecimiento integrador, generador de empleo y sostenible y proteja a las personas en situación de vulnerabilidad»[20]. También se destaca la preocupación por la situación de determinados grupos en el seno del mercado de trabajo. «La situación de los jóvenes en el mercado laboral -señala el informe- sigue siendo difícil, en particular para las mujeres y las personas de origen migrante, y requiere medidas estratégicas específicas y adaptadas»[21]. A los anteriores se unirían los jóvenes procedentes de entornos socioeconómicos desfavorecidos.

[19] DOUE 24.11.2022, l 304/69.
[20] Comisión Europea, *Propuesta de Informe conjunto sobre el empleo de la Comisión y el Consejo*, cit., pp. 3-4.
[21] *Ibid.*, p. 10.

Gráfico 1. Indicadores clave de los mercados laborales en la UE (% trimestral)

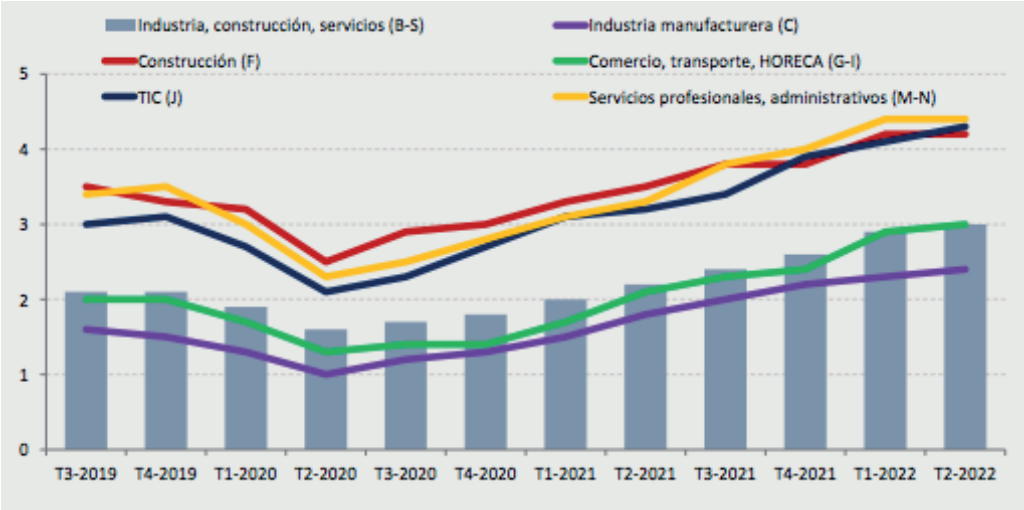


Fuente: Comisión Europea.

Al margen de esta proyección general, también se destacan determinados aspectos particulares de la evolución del mercado de trabajo europeo. El primero de ellos es la escasez de mano de obra en determinados sectores o actividades, como la asistencia sanitaria y los cuidados de larga duración, el software, las labores de ingeniería o las relacionadas con la transición energética.

En concreto, y tal y como puede comprobarse en el siguiente gráfico, la tasa de vacantes en la industria, la construcción y los servicios se situó en el 3 % en el segundo trimestre de 2022 para el conjunto de la EU-27 (representada en el gráfico por las barras), esto es, 0,8 puntos por encima de la registrada en el mismo trimestre del año anterior y también por encima de los niveles previos a la pandemia. Con todo, las actividades donde se registraron tasas de vacantes más elevadas fueron, por este orden, servicios profesionales y administrativos, tecnologías de la información y la comunicación y construcción, todas ellas por encima del 4% en el mismo trimestre de 2022 (ver líneas), prácticamente un punto más que en nivel alcanzado tan solo un año antes.

Gráfico 2. Tasa de vacantes de empleo en la UE por actividad económica (% trimestral)



Fuente: Nota: actividades de la NACE 2, B-S [industria, construcción y servicios (excepto las actividades de los hogares como empleadores y de organizaciones y organismos extraterritoriales], C (industria manufacturera), F (construcción), G-I (comercio al por mayor y al por menor; transporte y hostelería), J (información y comunicación), M-N (actividades profesionales, científicas y técnicas). F

También se observa una cierta inquietud por la evolución de los salarios y el poder adquisitivo, tal y como ocurría Estudio Prospectivo Anual. Ello es lógico si se tiene en cuenta la preocupación social y política por los efectos derivados de la inflación. Especialmente preocupante sería el efecto sobre los hogares con ingresos bajos y medios, para los que el incremento medio del coste de vida rondaría el 12%[22]. De ahí la especial atención que se presta a los mecanismos de garantía de ingresos, como los salarios mínimos, a los que la Comisión también ha dedicado especial tratamiento a nivel europeo[23].

A este respecto, tal y como muestra el siguiente gráfico, de los veintiún Estados miembros que cuentan con este tipo de instrumentos, en dieciséis los salarios mínimos reales disminuyeron en 2022. En el caso particular de España, la subida aprobada para ese año fue de un 1,6%, lo que no impidió que lo salarios en términos reales cayeran un 5%. En todo caso, no deber perderse de vista el importante esfuerzo que ha hecho nuestro país para equiparar el SMI a los estándares exigidos el Comité Europeo de Derecho Sociales[24] y que lo han llevado a incrementarse un 47% entre 2018 y 2023. Esfuerzo que, sin embargo, no se ha traducido en un incremento salarial vía convenio de la suficiente entidad como para compensar la caída de poder adquisitivo en crisis anteriores y amortiguar la presente derivada de la excesiva inflación. En el último año, los salarios reales se habrían reducido 5,6 puntos de acuerdo

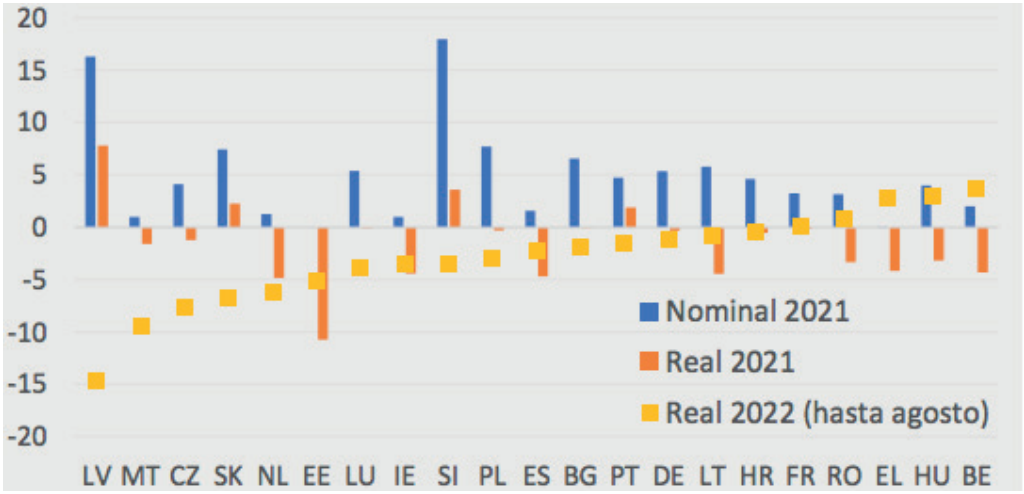
[22] *Ibid.*, p. 18.

[23] Nos estamos refiriendo a la 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. Para una primera aproximación, véase Álvarez Alonso, D., «La Directiva 2022/2041 sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea», *Los Briefs de la AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022, fecha de consulta 31 octubre 2022, en https://www.aedtss.com/la-directiva-2022-2041-sobre-salarios-minimos-adecuados-en-la-union-europea/; Gimeno Díaz de Atauri, P., «El SMI aprobado y la conformidad con la Directiva de salarios mínimos adecuados», *El Foro de Labos*. Para más detalle, Gimeno Díaz de Atauri, P., «La Directiva de salarios mínimos adecuados: contenido e impacto de su trasposición al ordenamiento jurídico español», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 6, 2022, pp. 37-70.

[24] Monereo Pérez, J.L., «El valor jurídico de la Carta Social Europea revisada y su significación», *Documentación Laboral*, 125, 2022, Cinca, pp. 9-31.

con los datos del INE[25]. Los estudios centrados en el período de la Gran Recesión apuntan a retrocesos que rondan el 11% entre 2008 y 2017[26].

Gráfico 3. Cambio en los salarios mínimos legales en términos reales y nominales (% trimestral)



Fuente: Comisión Europea. Nota: los Estados miembros están clasificados en orden decreciente de la magnitud del aumento de los salarios mínimos legales en términos reales en 2022.

Por otra parte, en un contexto económico inestable, resulta lógico el interés por la evolución de la temporalidad. A este respecto, el bosquejo general estaría representado por lo descrito en los siguientes dos gráficos. A saber, que, a pesar de las enormes diferencias entre países, el empleo de duración determinada aumentó ligeramente en 2021 en la mayoría de los Estados miembros gracias a unas condiciones económicas más favorables. Posteriormente, en 2022, se habría producido un ligero repunte, propulsado por el crecimiento general del empleo, que tendería a moderarse a mitad de año. En ese momento el 13,3 % de las personas trabajadoras tenían contratos temporales, 0,4 puntos menos que en el mismo trimestre del año anterior.

En el caso particular de nuestro país, los datos evidencian que seguiría a la cabeza del empleo temporal en la UE, con una tasa de temporalidad superior al 23% y de transición hacia el empleo indefinido que apenas supera el 5%. Aun así, como en el caso anterior, los datos deben tomarse con cautela, pues se refieren al período 2018-2019 y, por tanto, no recogería los efectos beneficos que a este respecto estaría teniendo la reforma laboral 2021. Utilizando cifras comparables a las que aquí se analizan, 2022 habría cerrado con una tasa de temporalidad del 17,9%, es decir, seis puntos menos, que sería aún menor en el sector privado, alcanzando el 14.8%, muy cerca de la media europea[27].

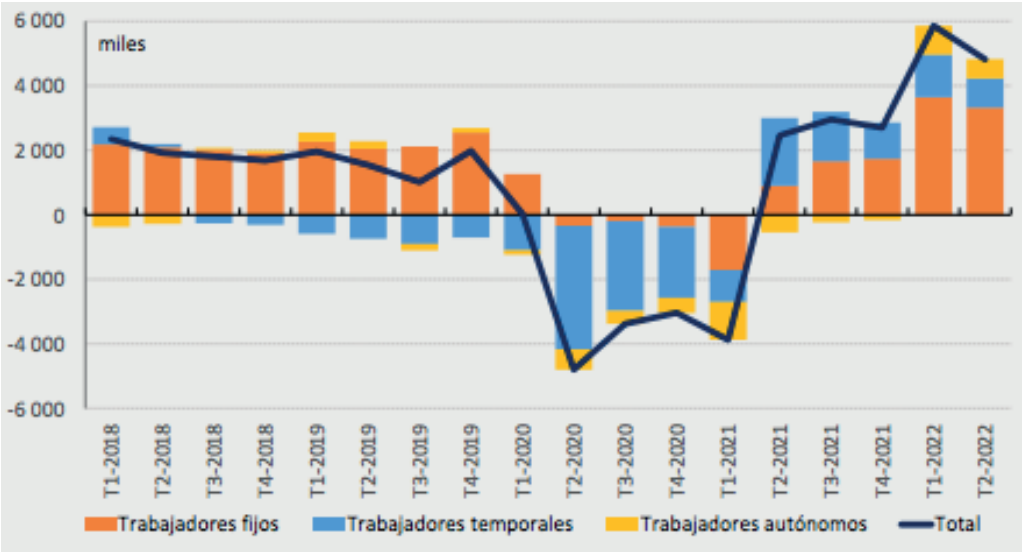
Gráfico 4. Cambios en el empleo por situación profesional (miles, 20-64 años, variación interanual basada en

[25] La inflación habría cerrado el año en el 8,4, mientras que los salarios pactados en convenio habrían subido un 2,8. Fuente: INE.

[26] Gómez Rufián, L., «Evolución de la dinámica salarial en el periodo 2008 – 2017 según el Índice de Precios del Trabajo: salarios nominales y reales, derivas salariales y correlación el salario - ciclo económico», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11, 2019, Aranzadi Thomson Reuters, p. (ejemplar electrónico).

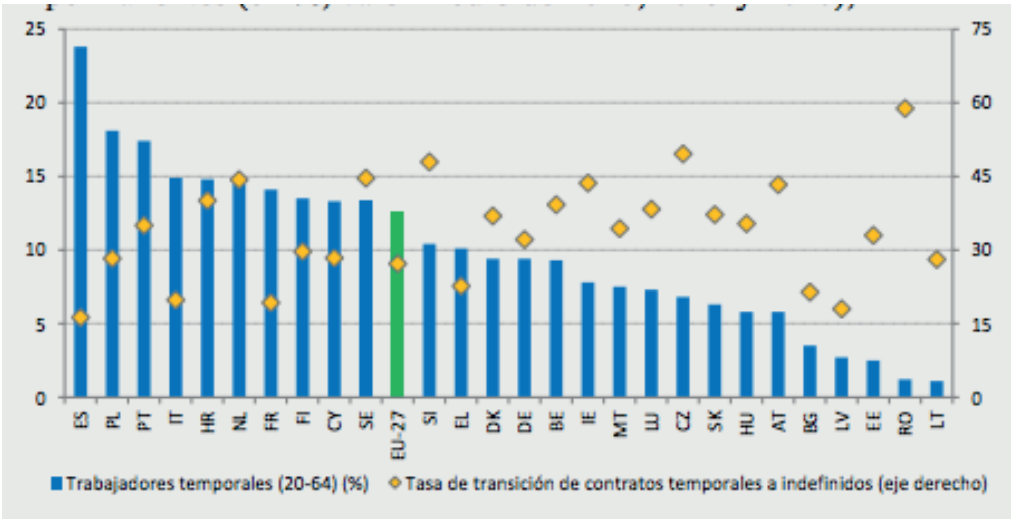
[27] Gimeno Díaz de Atauri, P., «LA REFORMA LABORAL DE LA CONTRATACIÓN 2021 EN LAS FUENTES ESTADÍSTICAS OFICIALES: SEGUNDO AVANCE», *Los Briefs de la AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2023, fecha de consulta 2 febrero 2023, en https://www.aedtss.com/la-reforma-laboral-de-la-contratacion-2021-en-las-fuentes-estadisticas-oficiales-segundo-avance/.

datos no desestacionalizados),



Fuente. Comisión Europea

Gráfico 5. Trabajadores temporales como porcentaje del número total de empleados (20-64 años, en %, 2020) e índice de transición a puestos permanentes (en %, valor medio de 2018, 2019 y 2020),



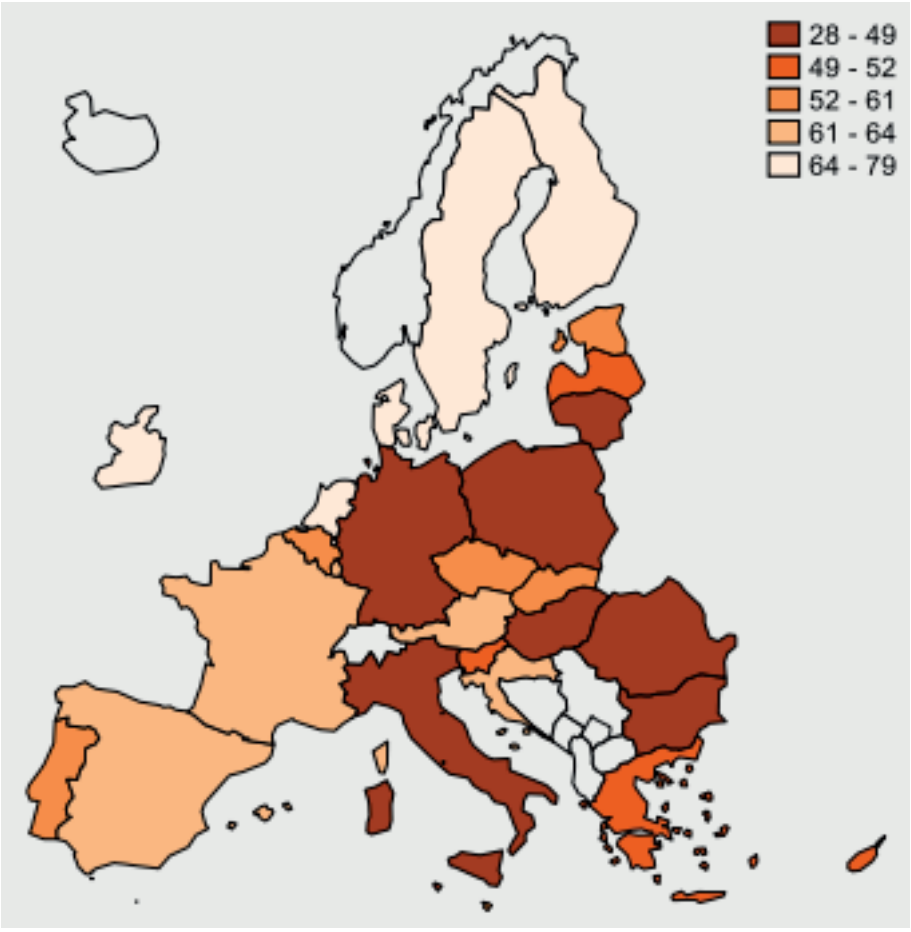
Fuente. Comisión Europea

Junto a lo anterior, el informe no olvida factores de fondo como el impacto de la digitalización, para la que se subraya la especial importancia que para su manejo tiene la educación. De acuerdo con los datos disponibles, el 54 % de los adultos poseía al menos capacidades digitales básicas en la UE en 2021[28], con grandes diferencias entre los Estados miembros, tal y como muestra el siguiente gráfico.

[28] Comisión Europea, *Propuesta de Informe conjunto sobre el empleo de la Comisión y el Consejo*, cit., p. 13.

En particular, el porcentaje de personas que cuentan con capacidades básicas supera el 64% en los países nórdicos, Irlanda y Países Bajos. Entre el 61 y el 64% se encuentran Austria, Croacia, España y Francia. En la posición intermedia, entre el 52 y 61%, se situarían Bélgica, Estonia, Eslovaquia y República Checa. Eslovenia, Grecia y Letonia ocupan la franja por debajo del 52% y hasta el 49%. El grupo de cola (del 28 al 49%) lo conforman la mayor parte de los países del este, junto con Alemania e Italia. Para poder valorar estos datos es preciso recordar que, de acuerdo con la agenda Europa 2030, la UE se ha propuesto dotar, como mínimo al 80 % de la población, de al menos las capacidades digitales básicas de aquí a 2030 y aumentar el número de especialistas en tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) a 20 millones (alrededor del 10 % de las personas con empleo, partiendo del bajo nivel de 2021, del 4,5 %), tanto para hombres como para mujeres[29].

Gráfico 6. Personas que cuentan con capacidades digitales generales básicas o por encima de las básicas (% entre 16 y 74 años, 2021)



Fuente: Comisión Europea.

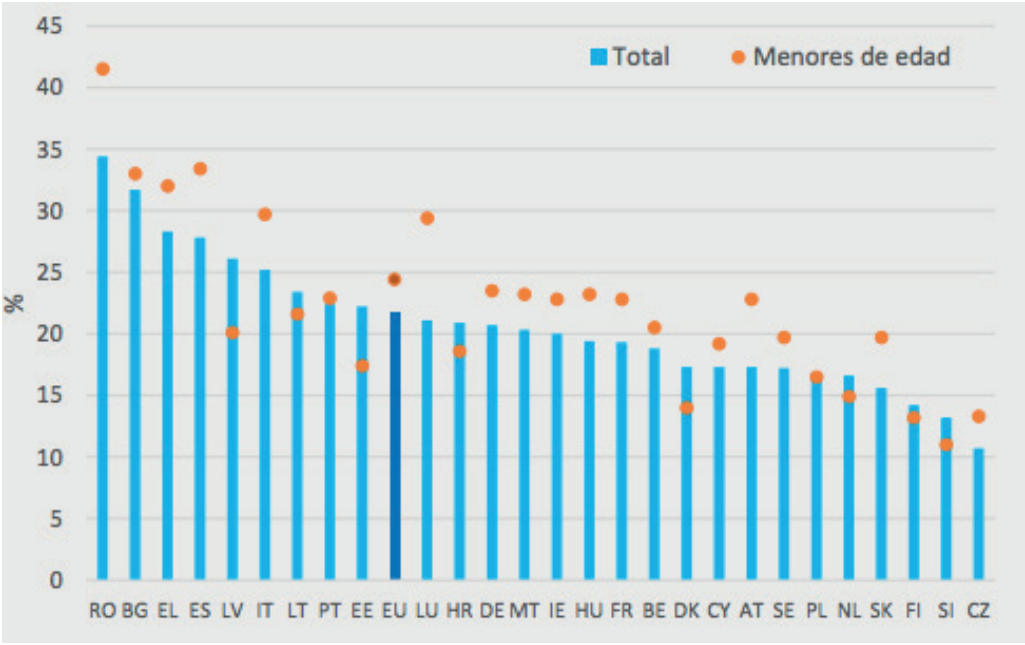
La última área de interés es la que tiene que ver con el bienestar, la protección social y la desigualdad. En 2021, la tasa de riesgo de pobreza o exclusión social (AROPE) se situó en el 21,7 % en la UE. En el caso de los menores de edad, tal porcentaje se elevó hasta el 24,4%. Por

[29] Decisión (UE) 2022/2481 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se establece el programa estratégico de la Década Digital para 2030. DOUE de 19 de diciembre de 2022, » núm. 323.

encima de la media de la Unión se encuentran Rumanía (34,4%), Bulgaria (31,7%), Grecia (28,3%), España (27,8%), Letonia (26,1%), Italia (25,2%), Lituania (23,4%) y Estonia (22,2%). Por tanto, son fundamentalmente los países del sur y del este de Europa, aquellos en los que el riesgo de pobreza y exclusión social es más acuciante. Del otro lado, por debajo de la media, encontramos tres grupos diferentes. En primer lugar, lo que se encuentran cerca de la media y que agrupa a los Estados que se encuentran entre Luxemburgo (21,1%) y Bélgica (28,8%). En segundo lugar, el grupo intermedio, conformado por los que se encuentran entre Dinamarca (17,7%) y Países Bajos (16,6%). Por último, el grupo de cabeza, conformado por Eslovaquia (15,6%), Finlandia (14,2%), Eslovenia (13,2%) y la República Checa (10,7%). Nótese, además, que las diferencias entre los grupos por encima y por debajo de la media son muy notables. Mientras que los primeros se sitúan casi 23 puntos por encima, los segundos están 11 por debajo. Esto evidencia que existen mayores disparidades en los países con mayores tasas que tienen menos, donde la situación tiende a ser más homogénea.

Por lo que respecta a esta misma variable pero centrada en los menores de edad (círculos), las agrupaciones realizadas se pueden mantener con carácter general, pues en la mayor parte de los casos sus tasas son mayores que las del conjunto de la población. Son excepción a esta regla Letonia (20,1%), Lituania (22,8%) y Estonia (17,4%), que además se situarían por debajo de la media de la UE (24,5%), junto a Croacia (18,6%), Dinamarca (14%), Países Bajos (14,9%), Finlandia (13,2%) y Eslovenia (11%), que ya estaban por debajo de la media para el conjunto de la población en general.

Gráfico 7. Tasas de riesgo de pobreza o exclusión social para la población total y los menores de edad (0-17) (en %, 2021)



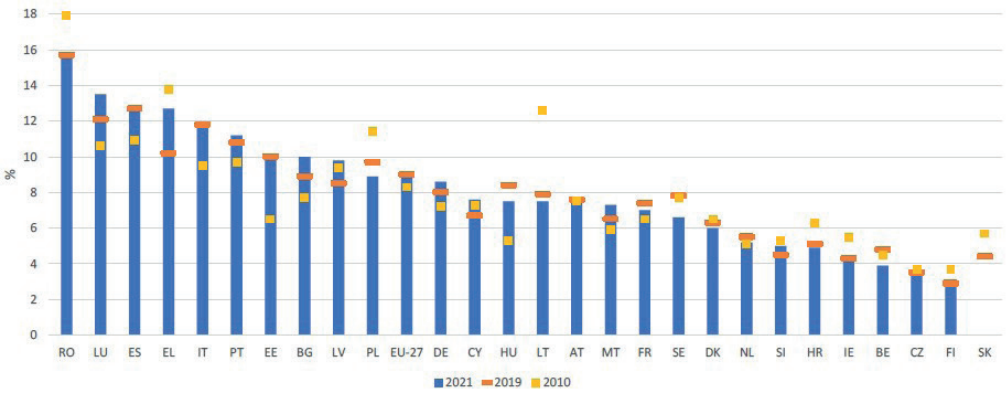
Fuente: Comisión Europea

Una subvariante de la anterior es la tasa de riesgo pobreza de la población ocupada, que es indicativa de la situación y evolución del problema denominado "trabajadores pobres"[30]. A esta variable se refiere precisamente el siguiente gráfico. En concreto, en 2021, último año disponible, más del 10 % de los trabajadores de Rumanía, Luxemburgo, España, Italia, Grecia y Portugal estaban en

[30] Marx, I.; Nolan, B., «Trabajadores pobres», *Papeles de economía española*, 135, 2013, pp. 99-118.

riesgo de pobreza. Cierran el grupo con peores resultados Estonia y Bulgaria que se sitúan ligeramente por debajo del mencionado límite. Del otro lado, Irlanda, Bélgica, República Checa y Finlandia se sitúan por debajo del 4%. Desde una perspectiva dinámica, la situación no parece haber cambiado entre países a lo largo de los años referenciados en buena parte de los Estados que se sitúan por debajo de la media de la UE (8,9% en 2021), con excepción de Letonia y Hungría, países que habría experimentado las mayores fluctuaciones. El caso del primero, además, es especialmente significativo, pues de acuerdo con el gráfico, la pandemia no habría conseguido frenar su buena evolución en lo que hace a la reducción del número de trabajadores pobres, aunque sí ralentizarlo. Es cierto que el lapso temporal no es homogéneo, pero la diferencia es tan evidente entre 2010 y 2019 y 2021, por lo que no hay lugar a dudas.

Gráfico 8. Tasa de riesgo de pobreza de los ocupados (en %, 2021, 2019 y 2010)



Fuente: Comisión Europea

En lo que hace a la segunda parte del Informe, al análisis de la aplicabilidad de las orientaciones establecidas en la Decisión (UE) 2022/2296, se proponen las siguientes medidas relacionadas con el ámbito social:

En primer lugar, para mitigar el impacto negativo de las presiones inflacionistas, de acuerdo con las prácticas nacionales y en pleno respeto del papel de los interlocutores sociales, se sugiere «promover una evolución de los salarios que mitigue la pérdida de poder adquisitivo, en particular para los trabajadores con salarios bajos, principalmente mediante actualizaciones oportunas de los salarios mínimos legales, reflejando al mismo tiempo las condiciones macroeconómicas, preservando el empleo y la competitividad, y manteniendo la coherencia con el objetivo de hacer frente a la elevada inflación»[31]. En este sentido, las políticas del Ejecutivo español en relación con el salario mínimo apuntarían en esta dirección, por más que es cierto que los elementos a tener en cuenta para su fijación y el procedimiento requieran una conveniente actualización[32].

En segundo lugar, se presta especial atención al proceso de reestructuración de la economía debido a la digitalización y el cambio climático. Ante esta nueva realidad se propone apoyar medidas concretas que faciliten el tránsito, como los regímenes de reducción del tiempo de trabajo y conservación del empleo y, muy especialmente, la formación y el reciclaje profesional[33].

[31] Comisión Europea, *Propuesta de Informe conjunto sobre el empleo de la Comisión y el Consejo*, cit., p. 22.

[32] Gimeno Díaz de Atauri, P., «El SMI aprobado y la conformidad con la Directiva de salarios mínimos adecuados», cit.

[33] Aunque no son los únicos aspectos objeto de preocupación. La Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital (2020/2266(INI)) incluye seis estudios sobre inteligencia artificial, uno de los cuales está dedicado a "la IA y el mercado laboral", aunque hay aspectos en los restantes que guardan conexiones parciales con el ámbito laboral-social. Sea como fuere, de éste destaca el análisis realizado en

En tercer lugar, también se apuesta por mejorar la eficiencia y la eficacia de las políticas activas empleo. Esto implica actuaciones en varios sentidos. Por una parte, resulta imprescindible reforzar la capacidad de los servicios públicos de empleo, mediante la inversión en infraestructuras y servicios digitales accesibles, pero también en su capital humano, abordando la escasez de mano de obra y de personal cualificado y prestando atención a su formación, de tal forma que se adapte a las necesidades derivadas de la transformación derivada de la economía sostenible y digital. Algunas de las medidas incluidas en la nueva Ley de Empleo, como las contenidas en el capítulo IV del Título II, caminan precisamente en esta dirección, al integrar en el marco regulador de las políticas de empleo, medidas tendentes a garantizar unos medios adecuados de prestación del servicio, materiales y humanos, en los servicios públicos de empleo.

En cuarto lugar, se busca dar un tratamiento personalizado a los distintos perfiles profesionales y, en particular, a tres muy concretos: los trabajadores y hogares más afectados por tales procesos disruptivos derivados del cambio climático y la digitalización, a los que se pretende apoyar con formación «programas de empleo específicos, incluyendo los relacionados con el emprendimiento, incentivos a la contratación y «seguridad de ingresos adecuada con un enfoque de inclusión activa»[34]; los jóvenes, en particular mediante la promoción de una educación y formación profesionales y la oferta de programas de apoyo específico por parte de los servicios de empleo (como las tutorías, la orientación y el asesoramiento); y las mujeres, para las que se marcan líneas de actuación específicas como incrementar su participación en el mercado laboral, fomentar de la igualdad de oportunidades y la progresión de la carrera, promover la transparencia de las estructuras retributivas y mejorar las posibilidades de conciliación de la vida laboral, familiar y privada[35].

Muy en línea con lo dicho hasta ahora, otro de los grandes bloques de medidas tiene que ver precisamente con la educación y la formación profesionales. A este respecto, el Informe se centra en varias áreas de interés como la lucha contra el abandono escolar prematuro, el acceso a la educación de los menores de edad procedentes de grupos desfavorecidos y zonas remotas, la mejora de las capacidades digitales de los alumnos -también de los adultos- y el desarrollo de ecosistemas digitales de educación y formación apoyados por "facilitadores clave", tales como la conectividad de alta velocidad para los centros educativos, la formación del profesorado y de equipos suficientes. En esta misma área, también preocupa la formación de los adultos para los que, como ya se adelantó, se propone apoyar la mejora de las capacidades y el reciclaje profesional, en particular mediante cuentas de aprendizaje individuales y la aplicación y el reconocimiento de microcredenciales[36]. En relación con esto último, debe recordarse que la primera ya contaba con asiento en nuestro ordenamiento

torno al impacto de la inteligencia artificial sobre el empleo, las condiciones de trabajo y, en particular, los riesgos para los derechos laborales inespecíficos de los mecanismos de vigilancia y control y en materia formativa. De la parte relativa al cambio climático, es destacable el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Diálogo social en el marco de la transición ecológica» (Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia checa), que propugna la incorporación de los agentes sociales, o del diálogo social en general, en todo lo que tiene que ver con el marco de políticas de acción por el clima.

[34] Comisión Europea, *Propuesta de Informe conjunto sobre el empleo de la Comisión y el Consejo*, cit., p. 22.

[35] En particular mediante el acceso a unos cuidados de larga duración y unos servicios de educación infantil y atención a la infancia asequibles y de calidad, así como el acceso a permisos adecuados por motivos familiares y a fórmulas de trabajo flexible para los progenitores y otras personas con responsabilidades asistenciales, en consonancia con la Estrategia Europea de Cuidados. En este mismo ámbito, destaca la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la consecución de la independencia económica de las mujeres a través de la iniciativa empresarial y el trabajo por cuenta propia (2021/2080(INI)) en la que se establecen diversas líneas de acción centradas en el autoempleo femenino y que incluyen programas de emprendimiento, educación y desarrollo de competencias, el acceso al capital y el marco normativo.

[36] Recomendación del Consejo relativa a las cuentas de aprendizaje individuales, DOUE de 27 de junio de 2022, núm. 243-. Recomendación del Consejo relativa a un enfoque europeo de las microcredenciales para el aprendizaje permanente y la empleabilidad, DOUE de 27 de junio de 2022, núm. 243.

jurídico, mientras que la segunda ha sido objeto de tratamiento específico en la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional[37].

También es objeto de atención la regulación del mercado de trabajo. En concreto, se propone «adaptar la normativa del mercado laboral y los sistemas fiscales y de prestaciones para reducir y prevenir la segmentación del mercado laboral y fomentar la creación de empleo de calidad, en particular mediante una posible reducción de la cuña fiscal, especialmente para los trabajadores con salarios bajos»[38]. Con esta frase un tanto ecléctica parece que se pondría de nuevo encima de la mesa un debate un tanto recurrente a nivel europeo acerca de la reducción de la fiscalidad sobre el trabajo, propuesta que se asienta sobre postulados basados en la idea de que ésta afecta a la creación de empleo[39]. También se persigue garantizar entornos de trabajo saludables, seguros y bien adaptados, y fórmulas de trabajo flexible. Sea como fuere, se advierte que la negociación colectiva, el diálogo social y la participación oportuna y significativa de los interlocutores sociales ha de jugar un papel central en cualquiera de los cambios que se introduzcan a este respecto.

Por último, la protección social ocupa un espacio no menor, probablemente como consecuencia de los efectos aún supervivientes de crisis anteriores y de los impactos derivados de la inflación y de la inestabilidad económica. Así son numerosos los planos que se abordan. Desde garantizar que los trabajadores atípicos, de plataformas y autónomos protección social adecuada[40], incrementar la inversión en los sistemas de protección social, incluidos los regímenes de renta mínima que se basan en el enfoque de inclusión activa[41] o mejorar la adecuación de las prestaciones, la transferibilidad de derechos, el acceso a servicios de calidad y el apoyo a la integración en el mercado laboral a la vez que se garantiza el equilibrio de las fuentes de financiación y la sostenibilidad del sistema; a evaluar los efectos distributivos de las reformas[42], abordar los riesgos derivados de pobreza o exclusión social, especialmente la infantil, facilitar el acceso a la vivienda o garantizar sistemas de pensiones inclusivos y fiscalmente sostenibles. En este mismo ámbito se muestra una particular preocupación por los sistemas sanitarios y de cuidados. Para el primero, se dice que hay que prestar especial atención a la atención primaria. También a la capacidad del conjunto del sistema de salud pública, a la coordinación de la asistencia, al personal sanitario y la sanidad electrónica. En concreto, se proponen medidas como reducir los pagos directos, mejorar la cobertura sanitaria y promover la mejora de las capacidades y el reciclaje profesional de los trabajadores sanitarios[43]. Por lo que respecta al segundo se sugiere reforzar la prestación de servicios de cuidados de larga duración.

Al margen de lo anterior, el tercero de los documentos a que hicimos referencia era el Informe sobre mecanismo de alerta. En él se prevé que el mercado de trabajo se ralentice en vista del deterioro de las perspectivas económicas. No obstante, se advierte, los efectos en el empleo podrían verse atenuados mediante una reducción de las horas trabajadas por persona empleada. En el caso particular de España, se señala que, aunque la tasa de desempleo sigue siendo elevada, ya está por debajo de los

[37] BOE 01/04/2022, núm. 78. Mella Méndez, L., «La Ley Órgánica 3/2022 de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesiona: valoración general de una ambiciosa reforma», *Los Briefs de la AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022, fecha de consulta 16 abril 2022, en https://www.aedtss.com/la-ley-organica-3-2022-de-31-de-marzo-de-ordenacion-e-integracion-de-la-formacion-profesional-valoracion-general-de-una-ambiciosa-reforma/.

[38] Comisión Europea, *Propuesta de Informe conjunto sobre el empleo de la Comisión y el Consejo*, cit., p. 24.

[39] Pérez del Prado, D., *El impacto social de la Gobernanza económica europea*, cit.

[40] En línea con la Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social, DOUE de 15 de noviembre de 2019, núm. 387.

[41] Recomendación del Consejo sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa, DOUE de 3 de febrero de 2023, núm. 41.

[42] Comunicación «Evaluar mejor el impacto distributivo de las políticas de los Estados miembros», DOUE de 27 de junio de 2022, núm. 243.

[43] Véase también el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Estrategia de personal sanitario y asistencia para el futuro de Europa» (Dictamen de iniciativa), centrado en la asistencia sanitaria, social y de cuidados.

niveles anteriores a la crisis y se espera que se mantenga estable el año próximo. Asimismo, se advierte que siguen siendo especialmente preocupantes los relativos al paro juvenil y de larga duración. Aún así, se subraya que «la resiliencia del mercado laboral aumenta gracias a las reformas emprendidas en el marco del Plan de Recuperación y Resiliencia»[44]. Entre los indicadores del procedimiento de desequilibrio macroeconómico en los que España supera sus umbrales indicativos, dos tienen que ver con el mercado de trabajo, el crecimiento de los costes laborales unitarios nominales y la variación del desempleo[45].

Por último, en lo que hace a la propuesta de Recomendación del Consejo sobre la política económica de la zona del euro, se advierte que la recuperación económica de la zona del euro tras la COVID-19 se ha visto interrumpida por una serie de perturbaciones externas. Gracias, en particular, a la respuesta decisiva de la política económica, tanto a escala nacional como de la UE, y al levantamiento de las medidas de contención, la zona del euro registró un sólido crecimiento del PIB en 2021 y 2022, del 5,3 % y del 3,2 %, respectivamente. El mercado laboral también ha demostrado su resiliencia y se prevé que la tasa de desempleo alcance un mínimo histórico del 6,8 %. «Con todo, aún hay margen de mejora en lo que respecta a la integración en el mercado laboral de las mujeres, los jóvenes, las personas con discapacidad y los grupos vulnerables. De cara al futuro, se espera que la desaceleración prevista de la actividad económica afecte a las perspectivas de empleo, con un ligero aumento de la tasa de desempleo en 2023 y 2024. […] El crecimiento salarial aumentó ligeramente en 2022, lo que dio lugar a un incremento agregado de los costes laborales unitarios. Sin embargo, en general se mantuvo moderado y se prevé que se mantenga muy por debajo de la inflación. Se vaticina que la remuneración real por empleado se reducirá en un 2,8 % en 2022 y en un 0,9 % adicional en 2023, antes de que se recupere parte de la pérdida en 2024. Unas expectativas de inflación afianzadas desempeñan un papel clave a la hora de mitigar los riesgos de que el rápido aumento de las reivindicaciones salariales aumente aún más la inflación»[46].

Sobre esta base, las recomendaciones que afectan al ámbito laboral y social se centran en cuestiones que ya hemos venido destacando: fomentar una evolución salarial que mitigue la pérdida de poder adquisitivo de los asalariados, en particular para los trabajadores con bajos ingresos, reflejando al mismo tiempo la evolución de la productividad a medio plazo y limitando los efectos secundarios sobre la inflación; desarrollar y adaptar, cuando sea necesario, sistemas de apoyo social para ayudar a los hogares vulnerables a hacer frente a la perturbación energética y a las transiciones ecológica y digital, abordando el aumento del riesgo de pobreza; seguir mejorando las políticas activas del mercado laboral y adoptar medidas para hacer frente a la escasez de personal cualificado; y garantizar la participación efectiva de los interlocutores sociales en la elaboración de políticas y reforzar el diálogo social.

3. CONCLUSIONES: ¿UN 2023 MEJOR DE LO QUE SE ESPERABA?

De lo dicho hasta aquí se desprende que, a pesar de la inestabilidad económica derivada de la guerra en Ucrania, los planes de actuación a medio y largo plazo en el ámbito laboral y social no se han visto alterados sustancialmente. Aún así, pueden observarse medidas claramente marcadas por la coyuntura de otras, la mayoría, que cuentan con un componente más estructural.

Dentro de las primeras se englobarían las destinadas a la lucha contra la inflación, la pérdida de poder adquisitivo y la pobreza y que abarcan tanto acciones en el ámbito laboral como en el de

[44] Comisión Europea, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social: Informe sobre el Mecanismo de Alerta de 2023 Elaborado de conformidad con los artículos 3 y 4 del Reglamento (UE) n.o 1176/2011 relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos. COM/2022/781 final*, cit., p. 77.

[45] *Ibid.*, pp. 76-77.

[46] Comisión Europea, *Recomendación de Recomendación del Consejo sobre la política económica de la zona del euro. COM/2022/782 final*, cit., p. 5.

la protección social. En el primero es muy destacable, en especial si se comparan con las medidas sostenidas por la Comisión no hace muchos años, la apuesta decida por el incremento salarial de tal suerte que se mitiguen las pérdidas de poder adquisitivo, en particular para los trabajadores con bajos ingresos. Pero esto no es todo, también son muy numerosas las propuestas en el ámbito de la protección social, precisamente encaminadas a luchar contra la pobreza, especialmente la infantil, y a garantizar unos niveles mínimos de ingresos y protección social.

Al margen de la trascendencia que lo anterior pueda tener el medio y largo plazo, lo cierto es que nos encontramos con otro bloque de medidas con naturaleza más estable y que conectan con una estrategia dirigida a manejar los procesos de transformación derivados del cambio climático y la digitalización[47]. A este respecto, se propone apoyar medidas concretas que faciliten el tránsito, como los regímenes de reducción del tiempo de trabajo y conservación del empleo y, muy especialmente, la formación y el reciclaje profesional. En efecto, la educación y la formación, en todos los niveles de edad y en todos los ámbitos, ocupan un lugar central en las políticas promovidas desde Bruselas, sobre la máxima de que, para poder hacer frente a los fenómenos mencionados, resulta imprescindible estar preparado para poder desarrollar nuevas tareas o profesiones y/o para poder cambiar de unas otras. Resurge así, en cierta forma, el concepto de "mercado de trabajos transicionales"[48] tan en boga hace unos años.

De ahí también la importancia que se otorga, aunque no sea algo nuevo, a las políticas de empleo. A este respecto, se observa un acercamiento menos basado en el control y la sanción y más centrado en la formación y el reciclaje profesionales. En este sentido, también se apuesta por dar un tratamiento más individualizado y pormenorizado, prestando especial atención a los colectivos con mayores dificultades de acceso al empleo o, si se prefiere, que menor empleabilidad y, en particular, a sujetos especialmente afectados por la digitalización y el cambio climático, las mujeres y los jóvenes.

Como complemento de lo anterior, el Semestre destaca que resulta imprescindible también garantizar unos adecuados niveles de protección social. Al margen de la coyuntura que, como dijimos, predispone a utilizar estas herramientas para mitigar los efectos de la inflación, también encontramos actuaciones de fondo, como la necesidad de garantizar que los trabajadores atípicos, de plataformas y autónomos protección social adecuada, la de incrementar la inversión en los sistemas de protección social, incluidos los regímenes de renta mínima, mejorar la adecuación de las prestaciones y la sostenibilidad del sistema. Es destacable también la emergencia de áreas nuevas de interés, que no estaban presentes hace unos años, como la evaluación los efectos distributivos de las reformas, de lo que se deduce una mayor preocupación por las cuestiones atinentes a la equidad. Por último, como efecto positivo derivado de la pandemia[49], la UE permanece atenta al estado de los sistemas sanitarios y de cuidados y, en concreto, al de la atención a la atención primaria y los servicios de cuidados de larga duración.

Como nexo común de todo lo anterior, algo que en nuestro país hemos venido practicando de forma profusa en los últimos años, el diálogo social. Ello se observa en el Semestre, como hemos tenido ocasión de destacar, pero también más allá de sus límites, impregnando de forma transversal todas las actividades de las instituciones europeas. Quizá el ejemplo más significativo sea la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las

[47] Respectivamente, Álvarez Cuesta, H., *Empleos verdes: una aproximación desde el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2016; Mercader Uguina, J. R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

[48] Toharia Cortés, L. (ed.), *Los mercados de trabajo transicionales: nuevos enfoques y políticas sobre los mercados de trabajo europeos*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información, Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2006.

[49] Como otros que destaca, para el caso particular de España, Casas Baamonde, M. E., *El Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la COVID-19. ¿y después?*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2021.

Regiones "Reforzar el diálogo social en la Unión Europea: aprovechar plenamente su potencial para gestionar transiciones justas"[50]. Esta se acompaña de una propuesta de Recomendación del Consejo para el fortalecimiento del diálogo social en la UE[51]. El propósito de esta iniciativa bifronte[52] es reforzar la participación de los interlocutores sociales tanto a nivel comunitario como nacional. Una clara muestra de intenciones de hacia dónde camina el conjunto de la UE y, por tanto, los Estados Miembros en estos tiempos de incertidumbre en el corto, medio y largo plazo.

4. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Alonso, D., «La Directiva 2022/2041 sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea», *Los Briefs de la AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022, fecha de consulta 31 octubre 2022, en https://www.aedtss.com/la-directiva-2022-2041-sobre-salarios-minimos-adecuados-en-la-union-europea/.

Álvarez Cuesta, H., *Empleos verdes: una aproximación desde el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2016.

Casas Baamonde, M. E., *El Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la COVID-19. ¿y después?*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2021.

Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión. al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento Sostenible para 2023. COM(2022) 780 final*, Estrasburgo, 2022, fecha de consulta 23 noviembre 2022, en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0780&from=ES.

Comisión Europea, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social: Informe sobre el Mecanismo de Alerta de 2023 Elaborado de conformidad con los artículos 3 y 4 del Reglamento (UE) n.o 1176/2011 relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos. COM/2022/781 final*, Comisión Europea, Estrasburgo, 2022, fecha de consulta en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2022%3A781%3AFIN&qid=1669158965799.

Comisión Europea, *Propuesta de Informe conjunto sobre el empleo de la Comisión y el Consejo*, Comisión Europea, Estrasburgo, 2022, fecha de consulta 23 noviembre 2022, en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0783&from=ES.

Comisión Europea, *Recomendación de Recomendación del Consejo sobre la política económica de la zona del euro. COM/2022/782 final*, Comisión Europea, Estrasburgo, 2022, fecha de consulta 23 noviembre 2022, en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022DC0782&qid=1676152091604.

Gimeno Díaz de Atauri, P., «El SMI aprobado y la conformidad con la Directiva de salarios mínimos adecuados», *El Foro de Labos*, fecha de consulta 16 febrero 2023, en https://www.elforodelabos.es/2023/02/el-smi-aprobado-y-la-conformidad-con-la-directiva-de-salarios-minimos-adecuados/.

[50] COM/2023/40 final.

[51] COM/2023/38 final.

[52] Rojo Torrecilla, E., «UE. Unas notas históricas descriptivas sobre el diálogo social. A propósito de la presentación de la Comunicación "Reforzar el diálogo social en la Unión Europea: aprovechas todo su potencial para gestionar transiciones justas", y del Proyecto de Recomendación "sobre el fortalecimiento del diálogo social en la Unión Europea" de 25 de enero.», *El Blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*.

Gimeno Díaz de Atauri, P., «La Directiva de salarios mínimos adecuados: contenido e impacto de su trasposición al ordenamiento jurídico español», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n.o 6, 2022, pp. 37-70.

Gimeno Díaz de Atauri, P., «LA REFORMA LABORAL DE LA CONTRATACIÓN 2021 EN LAS FUENTES ESTADÍSTICAS OFICIALES: SEGUNDO AVANCE», *Los Briefs de la AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2023, fecha de consulta 2 febrero 2023, en https://www.aedtss.com/la-reforma-laboral-de-la-contratacion-2021-en-las-fuentes-estadisticas-oficiales-segundo-avance/.

Gómez Rufián, L., «Evolución de la dinámica salarial en el periodo 2008 – 2017 según el Índice de Precios del Trabajo: salarios nominales y reales, derivas salariales y correlación el salario - ciclo económico», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2019, Aranzadi Thomson Reuters, p. 16.

Marx, I.; Nolan, B., «Trabajadores pobres», *Papeles de economía española*, n.º 135, 2013, pp. 99-118.

Mella Méndez, L., «La Ley Órgánica 3/2022 de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesiona: valoración general de una ambiciosa reforma», *Los Briefs de la AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022, fecha de consulta 16 abril 2022, en https://www.aedtss.com/la-ley-organica-3-2022-de-31-de-marzo-de-ordenacion-e-integracion-de-la-formacion-profesional-valoracion-general-de-una-ambiciosa-reforma/.

Mercader Uguina, J. R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Monereo Pérez, J. L., «El valor jurídico de la Carta Social Europea revisada y su significación», *Documentación Laboral*, n.o 125, 2022, Cinca, pp. 9-31.

Pérez del Prado, D., *El impacto social de la Gobernanza económica europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Quintana, M. I. R., «Política de empleo y crecimiento económico: semestre europeo 2015. El informe de la Comisión Europea sobre España», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 5, 2015, pp. 95-98.

Quintana, M. I. R., «Semestre europeo 2015: las recomendaciones financieras, fiscales, económicas y laborales y sociales de la Comisión Europea. Recomendaciones dirigidas a España», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 7, 2015, pp. 102-105.

Rojo Torrecilla, E., «UE. Unas notas históricas descriptivas sobre el diálogo social. A propósito de la presentación de la Comunicación "Reforzar el diálogo social en la Unión Europea: aprovechas todo su potencial para gestionar transiciones justas", y del Proyecto de Recomendación "sobre el fortalecimiento del diálogo social en la Unión Europea" de 25 de enero.», *El Blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, fecha de consulta 22 febrero 2023, en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/01/ue-unas-notas-historicas-descriptivas.html.

Toharia Cortés, L. (ed.), *Los mercados de trabajo transicionales: nuevos enfoques y políticas sobre los mercados de trabajo europeos*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información, Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2006.

Clásicos de la Seguridad Social

Laborum

nº 34 (1er Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

GUMERSINDO DE AZCÁRATE Y MENÉNDEZ (1840-1917): Krausoinstitucionismo republicano, organicismo y reforma social integral

GUMERSINDO de AZCÁRATE Y MENÉNDEZ (1840-1917): Krausism Republican institutionism, organicism and integral social reform

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

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L..: «GUMERSINDO DE AZCÁRATE Y MENÉNDEZ (1840-1917): Krausoinstitucionismo republicano, organicismo y reforma social integral». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 34 (2023): 281-330

1. GUMERSINDO DE AZCÁRATE: PENSADOR Y HOMBRE DE ACCIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA POLÍTICA DEL DERECHO DE REFORMA SOCIAL INTEGRAL

> *"Para Azcárate, espíritu profundamente religioso, todo problema humano -problema de hombre- en el diario vivir, era en esencia ético, de conciencia. De una conducta privada y pública ejemplares, intachable, estimaba… que el ideal es una meta que en la vida debe realizarse diariamente. Y el ideal se concreta en don Gumersindo en la noción de deber, que se elabora en el hombre interior. No he conocido un hombre tan sinceramente modesto -de una modestia que le venía de adentro- y tan desinteresado como Azcárate… Azcárate fue para mi -y para tantos-, pero estimo que para mí de un modo excepcional, consejero y guía. Lo que yo le debe a Azcárate no sabría decirlo y menos explicarlo, ¿para qué? Le debo en buena parte la formación de mi íntimo ser moral"*
>
> Adolfo Posada[1]

Gumersindo de Azcárate y Menéndez (León, 13 de enero de 1840-Madrid, 15 de diciembre de 1917) fue un jurista, pensador de ideología krausista liberal-social, político e historiador, catedrático. Fue tío del diplomático Pablo de Azcárate y uno de los grandes maestros de krausistas eminentes como Adolfo G. Posada y Álvarez Buylla pertenecientes a la llamada "Escuela de Oviedo"; todos ellos vinculados de referencia del krausismo liberal-social, Francisco Giner de los Ríos. Tuvo una participación destaca en la reforma sociales tanto en el plano legislativo como institucional. En el ejercicio una gran influencia Julián Sanz del Río, introductor principal del krausismo en España.

[1] Posada, A.: *Fragmentos de mis Memorias*, Oviedo, Universidad de Oviedo, Cátedra Aledo, 1983, págs. 320-321.

Como él se definía así mismo: Azcárate era un "hombre del Norte"[2]. Educado en el krausismo, siguió las enseñanzas del catedrático Julián Sanz del Río, gran amigo de su padre. Desde su cátedra de la Universidad Central fue maestro de muchas generaciones, con discípulos ilustres: Miguel Villanueva, Presidente del Congreso de los Diputados, Antonio Maura, Niceto Alcalá Zamora[3]. En su primera época tuvo la condición de letrado de la Dirección General de los Registros y, a partir de 1873, se dedicó en exclusividad a la carrera universitaria, ocupando la cátedra de Economía Política y Estadística. Sin embargo, en 1875 sería expulsado de la Universidad por el ministro Manuel Orovio Echagüe, con motivo de su defensa de la libertad de cátedra originada por la llamada segunda cuestión universitaria[4] (la libertad de cátedra esta cuestionada por la penetración de la Iglesia en la enseñanza

[2] Lo dijo en una entrevista: "Yo soy hombre del Norte por los cuatro costados. Mi abuelo paterno, que llamábase Tomás de Azcárate, nació en Olite, pueblo de Navarra. Mi abuela materna, doña Clara del Corral, era natural de Bedoya, cerca de Potes, en el Valle de Liébana, provincia de Santander. De Gijón eran mis dos abuelos maternos, D. Luis Menéndez Morán y doña María del Carmen Nava. Únase a esto que mi padre había nacido en León y que madre vio la luz primera en la hermosa villa gijonesa, y mi afirmación quedará demostrada totalmente". Cfr. García Carraffa, Alberto y Arturo: *Azcárate,* Madrid, Españoles Ilustres, Imprenta de Juan Pueyo, 1917, pág.13.

[3] García Carraffa, Alberto y Arturo: *Azcárate,* Madrid, Españoles Ilustres, Imprenta de Juan Pueyo, 1917, págs. 30-31, y págs.51-59. Véase Ortega Y Gasset, J.: "Don Gumersindo de Azcárate ha muerto", en *Obras completas,* Tomo III, Madrid, Revista de Occidente, 1966.

[4] Azcárate, P. de.: *La cuestión universitaria. Epistolario de G. Azcárate, F. Giner de los Ríos y N. Salmerón,* Madrid, Tecnos, 1967; García Carraffa, Alberto y Arturo: *Azcárate,* Madrid, Españoles Ilustres, Imprenta de Juan Pueyo, 1917, Capítulo X ("La cuestión universitaria"), págs.61 y sigs. Había sido preciso que se dieran determinadas circunstancias políticas, para que por los años 1867 y 1868 se aventuraran los Gobiernos a desconocer los fueros de la Ciencia y de la Universidad, separando de la enseñanza a profesores que nunca se habían inspirado en el ejercicio de su función en otro interés que el propio de su elevado ministerio. Esos profesores fueron D. Julián Sanz del Río, D. Fernando de Castro y D. Nicolás Salmerón, contra cuya destitución protestaron los señores Giner de los Ríos, Moret y Villó. Más tarde, con fecha de 26 de febrero de 1875, por el ministerio de Fomento, a cargo entonces del señor marqués de Orovio, se expieron un decreto y una circular que mostraban la firme resolución, no sólo de volver al régimen anterior de 1868, sino de extremarlo, restringuiendo más aún la libertad de la ciencia y la independencia del profesor, cuya función se rebajaba a la condición de uno de aquellos servicios administrativos que los Gobiernos organizan y reglamentan a medida de las necesidades políticas, cuando no de los intereses y preocupaciones de los partidos. Este retroceso sorprendió y disgustó. El número de críticos llegó a muy cerca de cuarenta. Y entonces sucedió lo que antes no había ocurrido en España. Cánovas del Castillo, que presidía el Gobierno, cortó por lo sano al ver lo que se le echaba encima, y mandó al destierro a los iniciadores de aquella protesta. Así, pues, el 7 de junio de 1875 fueron separados de sus cátedras Salmerón, Giner de los Ríos y Azcárate, siendo esta medida muy cuestionada. También fueron separados los profesores de Santiago de Compostela Laureano Calderón y Augusto González Linares. En la segunda medida de castigo: A todos ellos se le impuso también la pena de confinamiento. Giner de los Ríos, fue enviado a Cádiz, Salmerón a Lugo, Azcárate a Cáceres, y Calderón y González Linares a La Coruña. En una Carta escrita por Salmerón y Azcárate, se decía, entre otras cosas: "Aceptamos la presentación de textos y programas, siempre que se pidan al intento de conocer el estado de la enseñanza, para promover su desarrollo; pero no para que el Gobierno penetre en el contenido doctrinal y método de cada asignatura, cosa que nunca se ha hecho en los estudios superiores y de facultad. O único que en este punto podemos admitir, como compatible con la libertad de ciencia, es la formación de programas oficiales que determinen sólo los límites entre las asignaturas, y sirvan de guías propuestos, pero no impuestos, sin que en ningún caso esté obligado el profesor a seguir la doctrina de los textos, cuya designación no podrá tener otro carácter que el expresado respecto de los programas […] De ninguna manera podemos aceptar como límites impuestos a la ciencia, ni el dogma católico, ni los principios fundamentales del Gobierno representativo, y en cuanto a la persona del rey, es excusado hablar, pues de un lado la Ciencia nada tiene que hacer con las personas, y de otro basta la sanción del Código Penal; pues así está como en todas las relaciones , el profesor ha de estar sometido necesariamente a los límites de la legislación común, sin ningún privilegio, pero sin hacerle de peor condición que los demás ciudadanos. No debe confundirse esta absoluta libertad que para la Ciencia pedimos con la licencia, que pudiera llevar al profesor a infamar o menospreciar las instituciones o las creencias religiosas, o concitar a la rebeldía o infundir menosprecio hacia las políticas; pero reconociendo siempre en el profesor el derecho de examinarlas y juzgarlas en los límites de su asignatura con la severidad que la Ciencia pide e inspirándose sólo en el interés de la verdad, no puede imponerle criterio una ley articulada y menos un precepto del Gobierno, bastando para contenerle en los respetos debidos a la autoridad interna de la Universidad. Note usted que el decreto del Sr. Moreno Nieto [Es decir, redactado por este señor, como director de Instrucción Pública] afirma completa y absoluta libertad de la Ciencia, sin poner otro límite al profesor que el veto de las doctrinas inmorales por escandalosas". El Texto de la Carta se recoge literalmente en

y la imposibilidad de defender ideas consideradas perjudiciales para la ideología católica)[5], junto a Francisco Giner de los Ríos, Nicolás Redondo, Emilio Castelar y otros catedráticos de ideología liberal por entonces catedráticos de la Universidad Central de Madrid. Sería uno de los principales fundadores de la Institución libre de Enseñanza en 1876[6]. Azcárate padeció el destierro, como otros de sus colega krausistas[7]. Sólo en 1881 sería reintegrado a la institución Universitaria, ocupándose

García Carraffa, Alberto y Arturo: *Azcárate,* Madrid, Españoles Ilustres, Imprenta de Juan Pueyo, 1917, págs. 67-69. En su Capítulo XI se recogen "Los documentos de la cuestión universitaria" (págs. 73-116), incluyendo el Real Decreto del Marqués de Manuel Orovio, Ministro de Fomento, de 26 de febrero de 1875, "La Circular", "*El Proyecto de exposición colectiva*", que fue redactado por el propio Gumersindo de Azcárate sobre la cuestión universitaria. En este "Proyecto de exposición colectiva", se afirma, entre otras cuestiones de gran interés: "Por lo que respecta a la doctrina, se pretende que en la cátedra no podrá exponerse principio alguno que no esté dentro del *dogma católico*, de la *sana moral* y de los fundamentos de la *monarquía constitucional,* ni enseñarse nada que conduzca a lo que la circular llama *funestos errores sociales.* Pues bien, Excmo, Sr., los exponentes estiman que en conciencia no deben, y, por tanto, no pueden, aceptar estos límites ni sujetarse a ellos… Por lo que respecta al método de enseñanza, obligar al profesor a que explique según los textos que se le imponen, y con arreglo a un programa que no puede exceder de los límites señalados por un criterio extraño, es pretender que descienda, el que se consagra a la investigación y enseñanza de la verdad de la condición de científico a la de repetidor, y su *función social libre,* como la llama con acierto el decreto de 29 de septiembre último, de la condición de noble y digno ministerio, a la de un oficio puramente servir y mecánico" (*Ibid.*, págs. 89 y 92-93).

Esta importante Carta es expresiva en sí misma de la concepción de la Universidad, de su autonomía institucional democrática, del ser universitario -de la altura ética y del compromiso que asumían Nicolás Salmerón y Gumersindo de Azcárate y que compartían también los integrantes de la llamada "Escuela krausistainstitucionista de Oviedo.

[5] Existían serios motivos para desconfiar del Estado; y tras las limitaciones a la libertad de cátedra la represión ideológica la toma de posición por la enseñanza privada, no era tanto una opción como una necesidad, que después se convirtió en una virtud, pues la Institución Libre de Enseñanza, permitió la penetración de las tendencias pedagógicas más avanzadas: Pestalozzi; Voitel, Dödely, Krause, Froebel, juntos con pedagogós de otras escuelas de pensamiento. Se establecen conexiones con numerosas instituciones como el Ateneo o el Fomento de las Artes y fuertes conexiones con escuelas francesas, alemandas e inglesas. Se creó el "Boletín" de la I.L.E. (una revista pedagógica excepcional, que fue dirigida sucesivamente por Joaquín Costa, J. de Caso y Francisco Giner de los Ríos), se celebraron Congresos y encuentros pedagógicos, etcétera.

[6] Jiménez-Landi, A.: *La Institución Libre de Enseñanza y su ambiente: periodo de expansión influyente,* Madrid, Editorial Complutense, 1996; Jiménez-Landi, A.: *La Institución Libre de Enseñanza. II. Periodo parauniversitario,* Madrid, Taurus, 1987; Turin, Y.: *La educación y la escuela en España de 1874 a 1902. Liberalismo y tradición* (1963)*,* trad. J. Hernández Alfonso, Madrid, Aguilar, 1967. Datos de su biografía en Azcárate, P. de.: *Gumersindo de Azcárate. Estudio biográfico documental,* Madrid, 1969; Azcárate, P. de y Orduña, E.: "Estudio preliminar" a la obra de Azcárate, G. de: *Municipalismo y regionalismo,* Madrid, 1979; Vattier Fuenzalida, C.: *Gumersindo de Azcárate y la renovación de la ciencia del Derecho en el siglo XIX,* Madrid, 1998; Martínez Neira, M.: "Gumersindo de Azcárate (1840-1917)", págs. 480-482. Para la aportación de Azcárate en su contexto, véase Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 31 y sigs., 115 y sigs., 232 y sigs. ("La cuestión social como cuestión de Estado y como cuestión de política constitucional"…), 281 y sigs., (Aspecto institucional del proceso de reforma jurídico-social en España: Comisión de Reformas Sociales; El Proyecto del Instituto del Trabajo; El Instituto de Reformas Sociales…), págs. 356-515 ("Aspecto doctrinal. Teoría e ideología del liberaliso social reformista", "El Derecho como técnica específica de integración social"…); Laporta, F.J.: *Adolfo Posada. Política y sociología en la crisis del liberalismo español,* Madrid, Cuadernos para el diálogo, 1974. Obra de referencia histórica sobre la CRS y el IRS es la de Palacio Morena, J.I.: *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924). La Comisión y el Instituto de Reformas Sociales,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988. Para el Instituto Nacional de Previsión (creado en 1908), el sistema de seguros sociales, ideología y seguros sociales, y el significado político-jurídico de la solidaridad social en el contexto del reformismo social europeo y español, véase Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, págs. 21-332.

[7] García Carraffa, Alberto y Arturo: *Azcárate,* Madrid, Españoles Ilustres, Imprenta de Juan Pueyo, 1917, Capítulo XII ("En el destierro"). La detención fue coactiva, como describe García Carraffa, a saber: "Vivía entonces Azcárate con sus padres en la calle Pizarro. Una mañana se presentó en su domicilio un agente de Policía, con orden de prender al ilustre maestro. Al frente del Cuerpo policíaco figuraba entonces el Sr. Ducazcal. El padre de D. Cumersindo, muy indignado por aquello que, en su sentir, era una detención arbitraria a todas luces, protestó contra el policía que de manera tan absurda quería privarles del calor de su hijo. Azcárate, más sosegado, hubo de hacer observar al autor de sus días que aquel agente, cuyas excusas y manifestaciones amigables ponían de relieve lo enojosa que considerba su misión, no hacía más que cumplir una orden que había recibido…". Salmerón, Giner de los Ríos y Azcárate

de distintas disciplinas principalmente de naturaleza jurídica (Historia General del Derecho Español, Instituciones del Derecho Privado y, finalmente, Legislación Comparada)[8].

Ya en su última fase vital fue miembro del Consejo de Instrucción Pública, vicepresidente de la Junta de Ampliación de Estudios y *primer Presidente del Instituto de Reformas Sociales* —institución pública clave del reformismo sociopolítico, creada por Real Orden de 23 de abril de 1903 y cuya presidencia ejerció durante catorce años hasta su muerte en 1917—. Sería también miembro de la Real Academia de Historia, fundador junto a Francisco Fernández-Blanco y Sierra-Pambley, Francisco Giner de los Ríos, y Manuel Bartolomé Cossío (junto con Giner de los Ríos, el más determinante en la Institución Libre de Enseñanza), de la Fundación Sierra-Pambley, de cuyo patronato fue también presidente hasta la fecha de su fallecimiento (siendo sepultado en el Cementerio Civil de Madrid).

Su ideología es la propia del *republicanismo político y social* de inspiración krausista, pero con una acusada influencia de sistema parlamentario anglosajón. Gumersindo de Azcárate fue elegido en 1886, por primera vez, diputado por León, circunscripción a la que seguirá representando hasta las elecciones de 1917. Antes en 1887 Azcárate figura en la *"Lista de los autores encargados de la redacción del Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano por Sociología y Política"*. Asimismo, cabe destacar que impulsó la Ley de 23 de julio de 1908 (conocida como "Ley Azcárate" o «Ley de Represión de la Usura»); ley todavía vigente en nuestro país. Con ella se trataba de evitar las "condiciones leoninas" que los usureros imponían, y lograr una mayor y adecuada protección del usuario.

Azcárate vive en una época de profundas mutaciones económicas y geopolíticas que van a contribuir a crear las condiciones de una transformación cualitativa de la sociedad española en un contexto internacional que estaba cambiando de manera particularmente intensa y acelerada. Se atisbaba el fin de toda una época que se iría operando entre los dos siglos y que tendría su culminación con el advenimiento de la Primera Guerra Mundial con consecuencias radicales en todos los órdenes de vida en el "sistema mundo".

Gumersindo de Azcárate se inserta en el movimiento de reacción desde dentro del sistema liberal frente a los postulados tradicionales del liberalismo económico, social y jurídico. Se pretendía transformar el liberalismo desde dentro, transformándolo y adaptándolo, llevando a cabo reformas sociales, económicas y de carácter político jurídico del orden liberal originario. El proceso fue similar -más allá de las diferencias específicas- a lo largo del siglo XIX en los Estados industrialmente más desarrollados. Entre es movimiento de transformación del sistema liberal de los orígenes se encontraba la corriente de pensamiento del krausismo liberal, muy centrada en introducir reformas sociales utilizando como palanca los instrumentos renovados del sistema político y jurídico intervencionista. Todo ello se realiza como plasmación de la filosofía jurídica y sociopolítica del krausismo liberal renovado. Desde el último tercio del siglo XIX los protagonistas principales de esta dirección de pensamiento y acción reformista fueron Francisco Giner de los Ríos[9] y Gumersindo de Azcárate,

no volvieron a ser repuestos en sus cátedras hasta que Albareda, siendo Ministro de Gracia y Justicia, publicó la Real Orden de 3 de marzo de 1881(Ibid., págs. 99-103). No es balalí hacer notar que durante los años de destierro, Azcárate escribe sus libros sus libros fundamentales. Gumersindo de Azcárate no volvió a escribir libro alguno después que entró de lleno en la vida política (*Ibid*., Capítulo XIII. "Azcárate, filósofo", págs.105 y sigs.

[8] Además, de Azcárate, Salmerón, Giner de los Ríos, Calderón y Linares, fue también separado de su cátedra el profesor de Historia Natural del Instituto de Segovia Tomás Andrés y André. Por *solidaridad* con estos catedráticos, y por parecerles injusta la medida del Ministro de Fomento, presentaron la dimisión de sus cátedras y estuvieron alejados de ellas, hasta que Albareda dictó su Real Orden, los catedráticos de la Universidad Central D. Emilio Castelar, de Historia de España; Eugenio Montero Ríos, de Derecho Canónico; Laureano Figuerola, de Derecho político; Antonio del Val y Ripoll, sustituto de Historia de España, y Jaciento María Álvarez, auxiliar de la Facultad de Derecho. Véase García Carraffa, Alberto y Arturo: *Azcárate,* Madrid, Españoles Ilustres, Imprenta de Juan Pueyo, 1917, pág. 97.

[9] Monereo Pérez, J. L.: "FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS (1839-1919): El institucionismo liberal krausista y la protección social en España", en *Revista de Derecho de La Seguridad Social, Laborum*, (32), (2022), pp. 261-

liderando un proceso de reformas que comprenderían de numerosas personalidades del momento y en fases ulteriores (Adolfo Álvarez Buylla[10], Adolfo G. Posada[11], José Manuel Piernas Hurtado, José Luis Giner de los Ríos, Fernando Lozano Montes, Rafael Altamira[12], Aniceto Sela, e incluso el gran escritor y pensador Leopolso Alas Clarín. Cabe también añadir -aunque en una generación posterior- a Leopoldo Palacios Morini[13].

Gumersindo de Azcárate sería junto con Francisco Giner de los Ríos (que ejercería un liderazgo espiritual de nuevo krausismo, inspirado en Karl Christian Friedrich Krause, pero muy especialmente a través de la lectura creativa de Heinrich Ahrens[14]), uno de los fundadores principales de la Institución Libre de Enseñanza[15]. Tenía además una gran influencia del pensamiento inglés lo cual le dotaba de cierta singularidad dentro de la corriente krausista liberal. Lo que criticaba no era el liberalismo más abierto al modo de Stuart Mill, Fawcett y Cairnes, sino al liberalismo radical individualista ("liberalismo manchesteriano" ultraliberal). Azcarácter perteneció desde su origen a la "Junta Facultativa" de la ILE, dejando constancia de la que por entonces era su condición de Vicepresidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación. A la cual pertenecía también Francisco Giner de los Ríos (que consta como Ex Catedrático de la Universidad de Madrid) y Nicolás Salmerón Alonso (Ex Presidente de las Cortes y del Poder Ejecutivo, Catedrático que ha sido de la Universidad de Madrid. Abogado). Los tres tenían también la condición de "Señores Accionistas"[16].

---

324. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/613. Asimismo, Monereo Pérez, J. L.: "1 La reforma educativa como proyecto político-jurídico de transformación democrática: legado y actualidad del institucionismo de Giner de los Ríos", en *Ábaco*, no. 90, (2016), pp. 14-36. *JSTOR*, https://www.jstor.org/stable/26561960. Accessed 10 Feb. 2023. Sobre los objetivos programáticos de la Intitución Libre de Enseñanza en lo que se refiera a la reforma eductiva, véase Jiménez Landi, A.: *La Institución Libre de Enseñanza y su ambiente. Tomo I. Los orígenes de la Institución,* Madrid, MEC, Universidad Complutense, Universidad de Barcelona y Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, espec., Capítulo I, págs. 17 y sigs. Consúltese también, López Morillas, J.: *Racionalismo pragmático: el pensamiento de Francisco de los Ríos,* Madrid, Alianza, 1988; Romero Hernando, J.M.: *El pensamiento filosófico de Don Francisco Giner de los Ríos,* Burgos, Gran Vía, 2010.

[10] Monereo Pérez, J. L.: "ADOLFO ÁLVAREZ BUYLLA Y GONZÁLEZ ALEGRE (1850-1927): "La reforma jurídico-social y el aseguramiento público en España desde el republicanismo social y el "socialismo de la cátedra", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (24), (2020), pp. 295-330. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/427

[11] Monereo Pérez, J. L.: "Teoría socio-jurídica del estado constitucional y sindicalismo de integración: la concepción de Adolfo Posada", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *12*(1), 2022), pp. 347-435. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6330; y ampliamente, MONEREO PÉREZ, J. L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

[12] RAMOS, V.: *Rafael Altamira,* Madrid, Alfaguara, 1968.

[13] Monereo Pérez, J. L.: "Crítica social republicana y reformismo político-jurídico: Leopoldo Palacios Morini (1876-1952), en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 134 (2007), págs. 307-358.

[14] AHRENS, E.: *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho*, 6ª ed., segunda tirada, enteramente refundida y completada con la "Teoría del Derecho público y del Derecho de Gentes", trad. Pedro Rodríguez Hortelano y Mariano Ricardo de Asensi, Madrid, Librería Editorial De Bailly-Bailliere É Hijos, 1893 (una 3ª edición anterior, Madrid, Carlos Bailly-Bailliere, Librero de la Universidad Central, del Congreso de los señores Diputados y de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, Librería Extranjera y Nacional, Científica y Literaria, 1873); Ahrens, H.: *Enciclopedia jurídica o exposición orgánica de la ciencia del derecho y del Estado,* 3 volúmenes, traducción, notas crítica y un estudio sobre la vida y obras del autor de F. Giner de los Ríos, G. de *Azcárate* y A. González de Linares, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1878-1880.

[15] Se suele olvida, a menudo, que Joaquín Costa fue maestro en la Institución Libre de Enseñanza, a cuya fundación contribuyó con todas sus fuerzas, siendo uno de los que más han contribuido a forjar todos sus principios y todas sus ideas pedagógicas. Véase Azcárate, G. de: "Educación y enseñanza según Costa", en *Boletín Oficial de la Institución Libre de Enseñanza*, núm. 720, Madrid, 31 de marzo de 1920. Este artículo forma parte de la Necrología del Sr. D. Joaquín Costa Martínez, escrita por encargo de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas por el Sr. D. Gumersindo de Azcárate y Menéndez, y leída por el Sr. D. Adolfo G. Posada en las sesiones de 9 y 16 de abril y 21 de mayo de 1918. Publicada por dicha Academia. https://www.educacionyfp.gob.es/revista-de-educacion/dam/jcr:fa9f0b8f-5424-4024-ba89-12bcd071aaa5/1974re232artclasicos02-pdf.pdf

[16] Véase Estatutos de la Institución Libre de Enseñanza, aprobados interinamente por la Junta General de Suscriptores el día 31 de mayo y autorizados por Real Orden de 16 de agosto de 1876. El texto se recoge en Jiménez Landi, A.:

Azcárate tuvo ya una importante participación en la Comisión de Reformas Sociales (creada en 1883)[17], siendo Secretario de la misma. Además, intervino en todo el proceso de recopilación de datos sobre las condiciones de trabajo y de vida de las clases trabajadores y en la elaboración de proyectos de leyes laborales y de seguros sociales que serían materializados durante el Gobierno de Dato[18]. Éste lo designaría después para Presidir el Instituto de Reformas Sociales en una etapa fundacional decisiva. Pero ya antes, con el Gobierno de Canalejas, trabajaría junto con el grupo de Oviedo[19] (Adolfo Álvarez Buylla y Adolfo G. Posada) y el regeneracionista republicano Luis Morote en la elaboración del Proyecto del Instituto de Trabajo, que fracasaría en su tramitación parlamentaria. Tras ese primer intento, se crearía el Instituto de Reformas Sociales (1903). Este grupo partiría de los presupuestos del krausimo liberal social, con cierta convergencia con la corriente francesa del solidarismo social y jurídico, con la influencia de otras corrientes de pensamiento como el "socialismo de cátedra" o "socialismo de Estado", el liberalismo social y las teorías pluralistas inglesas (señaladamente del socialismo Fabiano y del liberalismo social anglosajón) y francesas (se autores como Émile Durkheim y Leon Duguit)[20].

Azcárate sometió a una crítica severa la posición del Estado respecto a la economía y el (des) orden social apostando por un intervencionismo en estos asuntos, pero mirando directamente desde la llamada "cuestión social". Considera necesario moralizar la economía y las relaciones laborales,

La Institución Libre de Enseñanza y su ambiente. Tomo I. Los orígenes de la Institución, Madrid, MEC, Universidad Complutense, Universidad de Barcelona y Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, págs. 509-523.

[17] Real Decreto de creación de una Comisión de estudio de cuestiones obreras, *Gaceta* de 10 de diciembre de 1883. La Exposición de Motivos, Madrid, 5 de diciembre de 1883, firma por Segismundo Moret, dejaba nítidamente cuáles eran los objetivos de la Comisión de Reformas Sociales: afronta "aquellas cuestiones llamadas sociales, que preocupan a todos los países y que conmueven ya no poco a nuestra patria… Noera posible prolongar esta situación sin menoscabo de la paz pública… Solicitada por las circunstancias la atención de los poderes públicos, el obstinarse ciegamente sería preparar sangrientas represalias, y el afectar indiferencia respecto de estos problemas no podría menos de exponer la sociedad a dolorosas sorpresas…"; corresponde al Gobierno estudiar y atender a las necesidades sociales; le corresponde dirigir éstas por caminos donde pacíficamente se depuren y satisfagan; "si en cualquier hora es grato realizar obras de paz y de concordia, a la vez que de ventura y mejoramiento para las clases menesterosas…"; el acrecentamiento del malestar social, las huelgas, la crisis industriales y las expresiones de descontento social; se trata de recabar información, posibles remidos y preparar propuestas de intervención al Gobierno, etcétera. Al efecto, conforme al art. 1 del Real Decreto, "Se crea una Comisión con objeto de estudiar todas las cuestiones que directamente intereesan a la mejora o bienestar de las clases obreras, tanto agrícolas como industriales, y que afectan a las relaciones entre el capital y el trabajo". Los asuntos sociales son tanto de índole laboral como de protección y aseguramiento social (art. 2). En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 1 del Real Decreto de 5 del corriente, se nombra para forma parte de la Comisión en él mencionado, alos señores D. Antonio Cánovas del Castillo, Presidente; D. Gabriel Rodríguez, *D. Gumersindode Azcárate*, D. Urbano González Serrano… Real Decreto de 7 de diciembre de 1883, firmado por Segismundo Moret en calidad de Subsecretario del Ministerio.

[18] Monereo Pérez, J. L.: "EDUARDO DATO IRADIER (1856-1921): Reformismo conservador y nacimiento de los seguros sociales en España", en *Revista De Derecho de La Seguridad Social, Laborum*, (29), (2022), pp.311-350. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/543

[19] En una perspectiva general, véase Uría, J. (ED): *Institucionismo y reforma social en España. El grupo de Oviedo,* Talasa, 2000; Monereo Pérez, J. L.: "Teoría socio-jurídica del estado constitucional y sindicalismo de integración: la concepción de Adolfo Posada", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *12*(1), 2022), pp. 347-435. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6330; y ampliamente, Monereo Pérez, J. L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 31 y sigs. *passim*; Monereo Pérez, J. L.: "ADOLFO ÁLVAREZ BUYLLA Y GONZÁLEZ ALEGRE (1850-1927): "La reforma jurídico-social y el aseguramiento público en España desde el republicanismo social y el "socialismo de la cátedra", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (24), (2020), pp. 295-330. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/427

[20] Ampliamente, Monereo Pérez, J. L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 356 y sigs. ("Teoría e ideología del liberalismo social reformista"); Monereo Pérez, J. L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo), 2007, espec., 143-174 ("El significado político-jurídico de la solidaridad social en el contexto del reformismo europeo y español").

revalorizando el papel del Derecho como instrumento de organización de la vida económica y social[21]. Ello conecta con su concepción del Derecho como producto histórico del desarrollo de la sociedad; y en relación a ello como instrumento de transformación social, es decir, no es concebido por Azcárate como un factor dependiente de la economía y producido exclusivamente por el Estado como fuente del Derecho, sino ante todo es expresión institucionalizada de la propia sociedad de la cual forma parte. Su vencimiento decisivo hacia el intervencionismo público en la "cuestión social" (vinculado a la cuestión económica) se reflejaría en lo que constituye realmente su testamento ideológico, el cual marcaría la evolución posterior del krausismo: el libro *Minuta de un testamento*, publicada en 1876. Hace referencia a una tercera vía entre el individualismo liberal dogmático partidario del *laissez faire* y el socialismo ortodoxo partidario de la revolución[22]. Esa tercera vía conduciría hacia la reforma social y económica a través de la intervención legislativa y la actuación administrativa de los poderes públicos en estos campos. En el plano filosófico y social se impuso el organicismo como propuesta de cohesión social sobre presupuestos de armonía y solidaridad. El organicismo social (no biológico, sino "espiritual o ético") se abre de suyo hacia el evolucionismo como adaptación permanente a las exigencias que imponen las grandes etapas históricas: se era consciente que entre los dos siglos se estaba produciendo una transformación disruptiva, que no podía dejarse a prendidas fuerzas espontáneas del mercado, sino que exige una plan de acción institucionalizado (de ahí también se sigue la institucionalización sociopolítica y jurídica del proceso de transformación de la sociedad en su conjunto)[23]. La persistencia de la ideología organicista nunca se perdió en el krausismo durante la primera mitad del siglo veinte, subrayando, frente al liberalismo individualista de los orígenes, que no se puede reducir el orden social a una suma de individuos atomizados, pues las sociedades industriales no podrían funcionar satisfactoriamente sin una dimensión orgánica cooperativa, de dependencia mutua, que fortalece la integración entre las partes y el todo en el orden social[24].

A partir de ahí estaban sentadas las bases de la crítica al liberalismo individualista de la filosofía de la Ilustración de los orígenes (que postulaba un individualismo y racionalismo abstractos) y el impulso hacia un programa de reformas sociales (legislación social del trabajo y de seguros sociales obligatorios), educativas (instrucción generalizada sin discriminación de clases; encaminada a formar personas libres[25]; sin planteamientos dogmáticos de cualquier orden; y con plena libertad de

[21] Azcárate, G. de: *Estudios económicos y sociales,* Madrid, Victoriano Suárez, 1876. Asimismo, Piernas Hurtado, J.M.: *Principios elementales de la ciencia económica. Introducción al estudio de la ciencia económica,* Madrid, Librería de V. Suárez, 1895.

[22] Azcárate, G. de: *Minuta de un testamento,* reedición y estudio preliminar de Elías Díaz sobre el original de 1876, Madrid, Victoriano Suárez, Barcelona, Cultura Popular,1967, pág. 193. Asimismo, Azcárate, G. de: *Estudios económicos y sociales,* Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1876; *Ibid., Resumen de un debate sobre le problema social,* Madrid, Gras y Cía, 1881; Azcárate, G. de: "El problema social y las leyes de trabajo", en *Estudios sociales,* Madrid, Minuesa de los Rios, 1933.

[23] Una perspectiva se conjunto, al respecto, en la obra clásica de Palomeque López, M.C.: *Derecho del trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo, 1873-1923,* Madrid, Akal, 1ª ed., 1980; Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, espec., págs. 87 y sigs., y 100 y sigs. (sobre los orígenes doctrinales del iuslaboralismo y su posición ante la cuestión social; la lógica de las primeras leyes laborales y la política de "reforma social", etcétera).

[24] Este modo de pensar comunitarista estaría presente en autores -de una tradición distina al krausismo- como Ferdinand Tönnies y Émile Durkheim (sobre todo, éste, en su idea de comunidad basada en la "solidaridad orgánica". Cfr. Tönnies, F.: *Comunidad y Asociación,* trad. José-Francisco Ivars, revisión de J.L. Monereo Pérez, edición crítica y estudio preliminar, "La interpretación de la Modernidad en Tönnies: "Comunidad y "sociedad-asociación Comares" en el desarrollo histórico" (pp. XI-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009, espec., págs. 117 ss., Libro Tercero. Véase Monereo Pérez, J.L.: "Crisis de la modernidad y cuestión social: el pensamiento crítico de Tönnies", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 144 (2009), págs. 793-862.

[25] Lo cual se traducía también en la apuesta por un *método intuitivo* y, en relación a él, la idea directriz de que la libertad reemplaza a la decisión autoritaria como principio central de educación libre y laica (neutral respecto a la toma de posición por una determinada opción religiosa). La Institución Libre de Enseñanza y sus hombres se inspiran en pensadores como Froebel y Pestalozzi, y pretende formar personas con libertad de opinión y capacidad

enseñanza y libertad de cátedra, que no debe estar ya al albur de la discrecionalidad del poder estatal), económicas (intervención moderada del Estado y fomento de la economía social)[26], jurídicas (pasar de un Estado de Derecho Liberal individualista a un Estado Social de Derecho de moderada intervención en todas las esferas de la vida social; y ello conducía la creación de un Derecho social y una intensa reforma de todos los sectores o ramas del ordenamiento jurídico: derecho de la economía, derecho penal humanista, Derecho administrativo laboral; es decir, de todos los sectores institucionales del Derecho Público y del Derecho Privado[27]) y religiosas (comenzando por la propuesta de un Estado laico -que exige no sólo la separación entre la Iglesia y el Estado, sino también la supresión de sus privilegios frente a otras religiones e instituciones privadas-, por el reconocimiento de la libertad religiosa, etcétera)[28].

En el ideario político -estrictamente necesario para llevar a cabo ese programa de reformas estructurales- preside el republicanismo social institucionista (inspirado en el idealismo krausista alemán: Krause, Ahrens y Tiberghien; aunque al tiempo las influencias de otras corrientes de pensamiento se multiplicaron), que se reflejo en la formación de partidos y en instituciones como la Institución Libre de Enseñanza (que fue todo un proyecto cultural, pues se pretendía formas a los individuos como ciudadanos activos, con libertad de pensamiento, pero además proponiendo a la sociedad un programa articulado de reformas educativas, sociales y políticas coherentes con una cultura republicana de ideario inequívocamente democrático. En suma: era todo un proyecto alternativo de país contrapuesto al modelo de organización de la sociedad realmente existente y a la crisis de fin de siglo y con una proyección en todas las esferas de la sociedad). El nuevo republicanismo

de decisión, de manera que el método intuitivo se combina con un *método activo*, que invita al alumno a participar y dialogar con el maestro, de manera que la enseñanza no se limita a una transmisión mecánica de conocimientos y su repetición acrítica. Sin que signifique menoscabar la función directiva del maestro en el proceso de enseñanza.

[26] Paradigmáticamente, Piernas Hurtado, J.M.: *Consideraciones acerca de la solidaridad y sus consecuencias en el orden económico. Discurso en la recepción público de la RACMP el 12 de marzo de 1905,* Madrid, 1905.

[27] La entidad del proceso de reforma había sido percibida por un conjunto heterogéneo de juristas de envergadura (por otra parte bien conocidos y traducidos en nuestro país). Así, paradigmáticamente, y entre otros, 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.; Duguit, L.: *Las transformaciones del Derecho Público y Privado,* edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007; Duguit, L.: *Manual de Derecho Constitucional,* edición y estudio preliminar, «La teoría jurídica de León Duguit», a cargo de José Luis Monereo Pérez y José Calvo González, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005; Duguit, L.: *Soberanía y Libertad*. Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New York, 1920-1921), traducción y prólogo de José G. Acuña y revisión, edición y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2013. Esta edición culmina con un ensayo de Otto Kirchheimer, *En busca de la soberanía*, que apareció bajo el título "In Quest of Sovereignty", en *Journal of Politics*, 6 (1944); Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno,* trad. J. Quero Morales, edición y estudio preliminar, "La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía" (pp. XIII-CL), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000; Hobhouse, L.T.: *Liberalism* (1ª ed. 1911), Nueva York, Oxford University Press, 1964. Traducida al castellano, Hobhouse, L.T.: *Liberalismo,* edición crítica y estudio preliminar., "Los fundamentos del liberalismo social y sus límites; Leonard Trelawney Hobhouse", a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Comares, 2007; Gurvitch, G.: *Elementos de sociología jurídica,* edición y estudio preliminar, "Pluralismo jurídico y Derecho social: la sociología del Derecho de Guvitch" (pp. XIII-CXLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001; Gurvitch, G. (1932/2005): *L'idée du droit sociale,* París, Ed. Sirey, 1932; y su traducción al castellano, Gurvitch, G.: *La idea del derecho social,* traducción, edición y estudio preliminar, "La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch" (pp. VII-LV), a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005. Hasta el mismo IHERING, R.von: *El fin en el Derecho,* trad. Diego Abad de Santillán, edición y estudio preliminar, "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho" (pp. VII-LVII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1ª edición, 2008, 1ª ed., 2000, 2ª edición, 2011; Ihering, R. von: *La Lucha por el Derecho,* trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, "Ihering y la lucha por el Derecho", (pp. VII-XXXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008.

[28] Véase Azcárate, G. de: "León XIII y la cuestión obrera", en *La Lect*ura, 32 (1903), págs. 455-476.

liberal social había sido encarnado en las aportaciones de Giner de los Ríos y Azcárate, y tendría su mejor exponente (y no sólo en la tradición del krausoinstitucionimo), siguiendo y perfeccionando sus pasos, en la figura estelar de Adolfo G. Posada.

En cualquier caso, esta evolución del krausismo español en un sentido liberal social tenía un cierto entronque originario en la misma obra originaria de Krause, en su pensamiento reflejado sobre todo en la emblemática e influyente obra del *Ideal de la humanidad*[29] y en los desarrollos llevados a cabo por su discípulo Heinrich Ahrens que acentúan el papel del Estado respecto de la política social y económica, pero si poner en cuestión la economía de mercado. En sus obras se viene a reflejar una teoría orgánica, social y jurídica del Estado[30]. En la lectura de Azcaráte se aprecia todo esto, sin que (a diferencia de Álvarez Buylla, por ejemplo) pueda considerarse como defensor de un "socialismo de cátedra" al estilo del pensar de Gustav Schmoller, pero sí partidario del intervencionismo en materia social. Lo acredita lo que escribió y su compromiso activo político e institucional con la reforma social en España (desde la misma Comisión de Reformas Sociales hasta la presidencia del Instituto de Reformas Sociales)[31]; o, en otras palabras, de la teoría a la práctica, pues, a pesar de ciertas reticencias teóricas innegables, Azcárate en el Instituto de Reformas Sociales puso en práctica el ideario esencial del "socialismo de cátedra" defendido en Alemania por Gustav Schmoller y toda una generación de autores partidarios de un "socialismo de Estado" (rectius, "intervencionismo público" sistemático y "científico" en la cuestión social), que encomienda al Estado una misión integradora de los conflictos sociales y racionalizadora del orden económico. No se trata de una reforma radical de implantación súbita, sino de un *proceso* lento y gradualista de reformas en sentido social partiendo de la organización social existente para cambiarla paulatinamente sin desestabilizar el orden objeto de transformación. En ello tenía un papel muy relevante la educación de las clases populares. De ahí que hablar de reforma social es hacerlo en combinación con la reforma educativa, lo que fácilmente enlace el proyecto integral con el la reforma pedagógica emprendida por la Institución Libre de Enseñanza, pues el problema social no sólo es condiciones de trabajo, sino también de déficit en la educación integral de los individuos[32]. Para Azcárate una reforma que no tenga en cuenta todos los aspectos (reformas en los planos políticos, sociales, educativos, económicos, etcétera) que requiere la regeneración democrática del país será deficiente e insuficiente. Las reformas sociales son importantes, pero tienen que venir acompañadas de esas reformas democratizadoras y la superación de la corrupción política -que lo falsea todo- que diluye la confianzan de los trabajadores -y en general de todos los ciudadanos- en el orden establecido[33]. Entiende que la educación cívica (que hace posible la igualdad que supone la cultura para todos) es imprescindible para una democracia auténtica. Pero resultaban evidentes que el alcance de una reforma integral del sistema establecido se enfrentaba a los poderes privados -como factores base de poder de influencia en la esfera de la política estatal- y públicos que se resistían a

[29] Krause, K.C.E.: *Ideal de la humanidad para la vida,* introducción y comentarios de Julián Sanz del Río, Madrid, Imprenta de Manuel Galiano, reeditada originariamente en 1871 y 1904; y después en 1985.

[30] Ahrens, H.: *Curso de derecho natural o de filosofía del derecho,* trad. De P. Rodríguez Hortelano y M. Ricardo Asensi, París y México D.F., Librería de A. Bouret e Hijo, 4ª ed., 1876. Reténgase la fecha de esta publicación en conexión con el giro krausista español. Asimismo, Ahrens, H.: *Enciclopedia jurídica o exposición orgánica de la ciencia del derecho y del Estado,* 3 volúmenes, traducción, notas crítica y un estudio sobre la vida y obras del autor de F. Giner de los Ríos, G. de Azcárate y A. González de Linares, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1878-1880.

[31] Posada, A.: "Recordando al Instituto de Reformas Socales", en *Revista Internacional del Trabajo,* vol. II, núm. 2, Ginebra, 1930.

[32] REFORMAS SOCIALES: *Información oral y escrita publicada de 1889 a 1893,* 5 volúmenes, Edición al cuidado y estudio introductorio (XXVII-CXLI) a cargo de Santiago Castillo, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.

[33] Azcárate, G. de: *Discurso de Gumersindo de Azcárate pronunciado en octubre de 1913,* en Pons Y Humbert, A: *Memoria referente al Instituto Libre de Enseñanza de las Carreras Diplomática y Consular y Centro de Estudios Marroquíes,* Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1923, pág. 23. A su manera, Giner de los Ríos consideraba que había que recorrer un largo camino de reformas que transformaran a las personas y a las instituciones y que el proceso sólo se había iniciado. Véase Giner Los Ríos, F.: "Mi pesimismo" (1904), en *Alma Española,* año II, núm. 14, Madrid, 7 de febrero de 1904.

una transformación de esta envergadura. En un hecho histórico de la ciudadanía "social" no puede ser aislada de las otras dimensiones del "ser ciudadano" como son la ciudadanía "política" y "civil", al riesgo que no se alcancen avances significativos en le proceso de democratización del sistema de gobierno de una inevitable sociedad de pluralidad de clases y, como irreductible, a una concepción de armonía que pueda desconocer esa realidad. Los krausistas social-liberales no lo ignoraban (Salmerón, Azcárate, Giner de los Ríos, Adolfo Posada, Adolfo Álvarez Buylla, Leopoldo Palacios Morini, etcétera), pero también a su modo otros pensadores no ignoraban la realidad persistente del conflicto y la búsqueda de mecanismos jurídico e institucionales para su institucionalización, *llevando a cabo la solución de los conflictos de clase de la esfera de la sociedad civil hacia procedimientos propios de la esfera política e institucional* (la misma creación de leyes sociales de reconocimiento de libertades y derechos sociales de "desmercantilización" relativa del trabajo, junto con la creación de institucionales de diálogo y concertación social como la Comisión de Reformas Sociales, el Instituto de Reformas Sociales y el Instituto Nacional de Previsión -como la fórmula de los "jurados mixtos"-, lo confirman plenamente). Con ello se podría alcanzar una integración sistemática legitimadora de las clases trabajadores en la dinámica político institucional de un sistema político renovado y "democratizado" sin necesidad de cambiar radicalmente sus cimientos estructurales básicos e identificadores del modelo. Por ello mismo debería atenderse a la interación entre la política socio-económica y la nueva teoría del Estado y del Derecho afrontando las contradicciones detectadas en su dinámica evolutiva en contraste con las nuevas realidades del momento histórico constituidas por la existencia de una nueva sociedad industrial capitalista en constante desarrollo expansivos, que lo era -al propio tiempo- una "sociedad del trabajo" y una "sociedad del riesgo" donde el trabajo (entendido como actividad objeto de relaciones sociales de tipo económico) aparecía como la piedra de toque fundamental de la teoría de la sociedad. En ese periodo histórico se pensaba que el ámbito del trabajo y la producción podrían tener la capacidad de estructural y organizar la sociedad, a condición de introducir un proceso de racionalización con la acción (e interacción) de nuevos actores políticos y sociales[34]. El proceso quedaría truncado con la implantación del régimen autoritario de inspiración corporativista que se implantaría con la Dictadura de Primo de Rivera, que conduciría a la misma supresión del Instituto de Reformas Sociales. Antes había sido relegado institucionalmente -aparte de las crecientes tensiones internas-. Un dato significativo es el planeamiento con que se creó el Ministerio de Trabajo (Real Decreto de 8 de mayo de 1920), el cual absorbió parte de las competencias del IRS, y el creciente intervencionismo autoritario y burocrático del Ministerio de Trabajo (Gobierno de Eduardo Dato -asesinado en 1921- y el Ministro Carlos Cañal). El IRS, no obstante, continuaría realizando su labor examinando y elaborando números Proyectos de legislación social[35], hasta que

[34] Al respecto, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

[35] Véase Posada, A.: "Recordando al Instituto de Reformas Sociales", en *Revista Internacional de Trabajo,* Vol.II, núm. 2, 1930, pág. 125. Para el desarrollo de la legislación social en este periódo, puede consultarse, Montoya Melgar, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009),* Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2009; Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; Monereo Pérez, J.L.: "EDUARDO DATO IRADIER (1856-1921): Reformismo conservador y nacimiento de los seguros sociales en España", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (29), (2022) pp. 311-350. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/543; Monereo Pérez, J.L.: "EDUARDO AUNÓS PÉREZ (1894-1967): "Corporativismo y regeneracionismo autoritario en la política de protección y aseguramiento social", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (27), (2021) pp. 257-300. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/471; Monereo Pérez, J.L.: "Crítica social republicana y reformismo político-jurídicoLeopoldo Palacios Morini (1876-1952)", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 134 (2007), págs. 307-358; Monereo Pérez, J. L.: "RICARDO OYUELOS Y PÉREZ (1865-1943 c.): Política Social y Seguridad Social desde el Socialismo Jurídico", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (6) (2016) pp. 305-323. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/93; Monereo Pérez, J. L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007; Monereo Pérez, J. L.: "José Maluquer y Salvador" (1863-1931)", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (1) (2014) pp. 335-355. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/18; Monereo Pérez,

finalmente fue suprimido dando lugar una segregación e integración el sistema de corte corporativo autoritario predispuesto por la Dictadura de Primero de Rivera. La integración supuso la incorporación del personal adscrito del IRS en las estructuras del sistema administrativo corporativo autoritario[36].

Se construye, así, una teoría social organicista, armonicista y de base pedagógica, que exige una reconstitución del orden social, que entendía la sociedad como organismo unitario de personas individuales (totalidad unitaria). Una teoría social que es plenamente coherente con la filosofía del racionalismo armónico que inspira al krausismo como corriente de pensamiento. En este orden ideas, el proyecto pedagógico es ante todo obra original de Francisco Giner de los Ríos-sin perjuicio, es obvio, de la toma en consideración de las experiencias pedagógicas de otros países y doctrina krausista o de otra índole-; un proyecto que se plasmó en numerosas iniciativas, pero que culminaría con la creación de la Institución Libre de Enseñanza (inspirada en su etapa parauniversitaria en las experiencia europeas krausistas, y señaladamente en el modelo privado de la Universidad Libre de Bruselas, la cual presentaba la influencia de la filosofía krausista de Guillermo Tiberghien (1819-1901)[37] y de Altmeyer), en la que fue rector y presidente[38]. Un proyecto en que se implicaron la pléyade mayor del krausismo español, y en la que se implicó de Gumersindo de Azcárate. Azcárate insistió, en relación con el proceso fundacional de la Institución Libre de Ensenza (ILE), que debería "hacerse constar que sería extraña la Universidad a todo espíritu de sectar, escuela o partido"[39]. La ILE defendía una enseñanza encaminada a formas personas libres, bajo la guía de los principios de

J. L.: "GARCÍA ORMAECHEA, R. (1876-1938): Del reformismo democrático iussocialista al reformismo social conservador en la política de Seguridad Social", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (14) (2018) pp. 285-303. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/279; Monereo Pérez, J. L.: "Carlos González Posada (1890-1948): La teoría del seguro social y su institucionalización en España. *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (13), (2017) pp. 315-336. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/263; Monereo Pérez, J. L.: "Catolicismo social y previsión social. Álvaro López Nuñez", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 152 (2011), págs. 907-1944; Monereo Pérez, J. L.: "LUIS JORDANA DE POZAS (1890-1983): La construcción y consolidación del sistema de previsión social en España", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (7), (2016), pp. 229-247. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/107;
Monereo Pérez, J. L.: "FRANCISCO LARGO CABALLERO (1869-1946): Ministro de trabajo y previsión en la IIª República Española. *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (28), (2021) pp. 265-314. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/511, etcétera.

[36] Adolfo Posada rechazó incorporarse al IRS. Cfr. Posada, A.: "Recordando al Instituto de Reformas Sociales", en *Revista Internacional del Trabajo,* vol. II, núm. 2, Ginebra, 1930. Señaló algunos años después que "Razones sentimentales y políticas me impidieron aceptar los insistentes ofrecimientos que entonces se me hicieron; y con verdadera y profunda pena me vi obligado a separarme de tantos queridos compañeros, con alguno de los cuales conviviera los veinte años del Instituto. Y al alejarme de él me consolaba pensando que algún día se haría justicia a su obra y que alguna vez se intentaría, si no restaurarlo como institución, cosa imposible, al menos restaurar su espíritu" (*Ibid.,* pág. 126). El haberse incorporado a las estructuras de la Dictadura hubiera supuesto una traición al espíritu había informado a los artífices de su creación, destacando el papel de Gumersindo de Azcárate hasta su muerte, el impulso político dado por José Canalejas y todos sus compañeros del krausismo social-liberal (Adolfo Álvarez Buylla y tantos otros; pero también que ya tuvo un papel determinante en la elaboración del Proyecto del Instituto del Trabajo, antecedente próximo del IRS); todos ellos insobornables, con una ética intachable y una defensa decidida del régimen parlamentario y de representación de partidos.

[37] Su obra ejercicio una gran influencia; algo que fue facilitado por la proliferación de traducciones al castellano de la obra de este pensador krausista, como se recogen en Jiménez Landi, A.: *La Institución Libre de Enseñanza y su ambiente. Tomo I. Los orígenes de la Institución,* Madrid, MEC, Universidad Complutense, Universidad de Barcelona y Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, págs. 616-617.
Sánchez Cuervo, A.C.: *El pensamiento de krausista de G.Tiberghien*, Madrid, Publicciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 2004.

[38] Azcárate había declarado que "desde un principio fue alma de la fundación Francisco Giner de los Ríos, mi entrañable amigo, hombre ilustre que ha realizado durante su vida austera una activísima labor social y pedagógica. Yo lo quería como un hermano". Esa declaración se recoge en Carraffa, Alberto y Arturo: *Azcárate,* Madrid, Españoles Ilustres, Imprenta de Juan Pueyo, 1917, pág.244.

[39] Jiménez Landi, A.: *La Institución Libre de Enseñanza y su ambiente. Tomo I. Los orígenes de la Institución,* Madrid, MEC, Universidad Complutense, Universidad de Barcelona y Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pág. 331.

universalidad, tolerancia y armonía: recibía su filosofía educativa originaria de la filosofía masónica pedagógica de Krause, y pedagogos eminentes que estuvieron muy próximos a esos principios, como Basedow, Pestalozi y más adelante Fröbel[40]. En la ILE se promovía la pedagogía institucionista, una política educativa que debería realizar el Estado, impulsando proyectos escolares y de reforma social[41]. La redacción de las "Bases generales para la fundación de la Institución Libre de Enseñanza" -marzo de 1876- fueron redactadas, entre otros, por Laureano Figuerola, Nicolás Salmeron, Gumersindo de Azcárate, Eugenio Montero Ríos, Augusto González Linares, Laureano Calderón, Juan Antonio García Labiano y Jaciento Messías. Pertenecieron a la Junta Directiva de la ILE o "Junta Facultativa", destacadas figuras, como Figuerola, Chao, Azcárate, Federico Rubio, Pedregal, Hermenegildo Giner de los Ríos, Labra, etcétera. Entre la lista de accionistas figuraban políticos eminentes como Estanislao Figueras, Cristino Martos, Nicolás Salmerón, Francisco Pi i Margall, Manuel Ruíz Zorrilla, Rafael Mª Labra, José Carvajal y Hue, José Muro, José Echegaray, etcétera[42]. En el art. 15 de los Estatutos (autorizados por R.O de 16 de agosto de 1876, se establecía que "la Institución Libre de Enseñanza es completamente ajena a todo espíritu e interés de comunión religiosa, escuela filosófica o partido político, proclamando tan sólo el principio de libertad e inviolabilidad de la ciencia, y de la consiguiente independencia de indagación y exposición respecto de cualquier otra autoridad que la de la propia conciencia del Profesor, único responsable de sus doctrinas". En el Discurso Inaugural de Curso de 1879, Gumersindo de Azcárate subrayaría que la garantía de suficiencia científica correspondería siempre a las corporaciones o instituciones científicas, tengan carácter oficial o privadas, aunque los títulos profesionales serían necesariamente competencia del Estado[43]. Por su parte, en el discurso inaugural del curso 1880 y 1881, Francisco Giner de los Ríos, realza que la Institución es *Libre* , y está abierta fraternalmente a todas las doctrinas y creencias sinceras, a todos los centros de cultura, a todas las profesiones, a todos los partidos, a todas las energías del país, para la obra común de redimirla y devolverla a su destino. Poniéndose de relieve, así, su ideal humanista de Escuela y de forma de vida. Se insertaba en las nuevas orientaciones pedagógicos de las nuevas escuelas más

[40] Todos ellos estaban la órbita de la filosofía masónica, que había sido defendida por Lessing, Herder y Fichte. Véase Ureña, F.M.: *Krause educador de la humanidad. Una biografía,* Madrid, Unión Editorial y Universidad Pontificia Comillas, 1991; Ureña, F.M.: "Krause y su ideal masónico: hacia la educación de la humanidad", en *Historia de la Educación, Revista interuniversitaria,* núm. 4 (1985), págs. 73-95; Ureña, F.M.: "Orígenes del krausofröbelismo y Masonería", en *Revista interuniversitaria,* núm. 9 (1990), págs.43-62; Álvarez Lázaro, P.: "La raíces masónicas en la tradición educativa del krausismo europeo", en *La actualidad del krausismo en su contexto europeo,* Madrid, Parteluz, Universidad Comillas, Fundación Duques de Soria, 1999, págs.75-100.

[41] En el pasado, pertenecieron a la masonería los institucionistas José María Pantoja, José Lledó, muy probablemente Nicolás Salmerón y los hermanos Calderón Arana: Laureano y Salvador; el hermano de Giner de los Río Hermenegildo, su sobrino Berando, Fernando de los Ríos y Ricardo Tubio; Simarro y Sorolla. Una minoría en total de 13 de los 302 miembros que componía la Corporación de Antiguos Alumnos de la ILE en 1932. Véase Jiménez Landi, A.: *La Institución Libre de Enseñanza,* Tomo IC, cit., págs. 16-17. Cabe señalar que Francisco Giner de los Ríos nunca fue masón, aunque lógicamente tuvo contacto con krausistas pertenecientes a la masonería.
En el siglo veinte fueron institucionistas vinculados a la ILE, Melquíades Álvarez, Rodolfo Llopis, Fernando de los Ríos, Luis Jiménez Asúa, Antonio Machado Ruíz, José Salmerón García, Demófilo de Buen, Agusto Barcia, Álvaro Albornoz, Luis Bello y otros muchos. Véase Gómez Molleda, M.D.: *La Masonería en la crisis española del siglo XIX,* Madrid, Taurus, 1986. Al respecto, Álvarez Lázaro, P.F.: "Krausistas, institucionistas y masones en la España del siglo XIX", en Álvarez Lázaro, P.F., Vázquez-Romero, J.M. (EDS): *Krause, Giner y la Institución Libre de Enesanza. Nuevos estudios,* Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2005, págs. 131 y sigs.

[42] Véase Cacho Viu, V.: *La Institución Libre de Enseñanza,* Madrid, 1962, págs. 408-418; Jiménez Landi, A.: *La Institución Libre de Enseñanza y su ambiente,* Madrid, 1973, págs. 709-717; Palacio Morena, J.I.: "La Institución Libre de Enseñanza y la política social", en Moreno Luzón, J., y Martínez López, F. (ED): *La Institución Libre de Enseñanza y Francisco Giner de los Ríos: Nuevas perspectivas. T. I. Reformismo liberal. La Institución Libre de Enseñanza y la política española,* Madrid, Fndación Francisco Giner de los Ríos [Institución Libre de Enseñanza]/ Acción Cultural Española (AC/E), 2012, págs. 293-331. De referencia doctrinal es la obra de Palacio Morena, J.I.: *La Institucionalización de la reforma Social en España (1883-1924). La Comisión y el Instituto de Reformas Sociales,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988, espec., págs. 139 y sigs.

[43] Azcárate, G. de: *Discurso leído al inaugurarse el curso académico de 1879-80 en la Institución Libre de Enseñanza*, *BILE*, 1879, págs. 137-139 y 145-147.

avanzadas; destacaba la educación como fin de la enseñanza y la formación integral del individuo, en su calidad de ser humano que vive en sociedad con dignidad y autonomía; defendiendo la unidad de los saberes[44]. Con todo se dio forma y contenido al ideal educativo institucionista republicano enmarcado en la tradición krausista y sus desarrollos posteriores (krausopositivismo o neokrausismo). Se consagró y respetó el principio institucionista de neutralidad y laicidad (art. 15 de los Estatutos de la ILE)[45]. Se introdujeron la ideas pedagógicas del republicanismo social y los fundamentos teóricos y metodológicos de la nueva escuela española pedagógica filtrando los ideales europeos y -a través de ellos la filosofía pedagónica de Estados Unidos (En cuestiones pedagógicas las dos figuras señeras fueron, sin duda, Ginero de los Ríos y Cosío).

Al tiempo el krausismo tuvo impacto en todos los ámbitos del pensamiento (desde la filosofía al Derecho pasando por la sociología, la educación y las ciencias políticas y naturales). La estela de pensadores de enorme talla pertenecientes a esta corriente de pensamiento es inmensa (Nicolás Salmerón, Francisco Giner de los Ríos, Gumersindo de Azcárate, Rafael Altamira, Adolfo G. Posada -uno de los más grandes iuspublicistas del siglo veinte[46]-, Adolfo Álvarez Buylla, un largo etcétera; en una posterior generación nos encontramos con Julián Besteiro y Fernando de Ríos, que podrían considerarse como iusocialistas krausopositivistas, defensores de un socialismo liberal o socialismo democrático[47]).

En el ámbito del Derecho político y Constitucional y de la Ciencia Política las figuras más descollantes fueron, sin duda, Gumersindo de Azcárate y Adolfo G. Posada, aunque en el caso de Adolfo Posada su campo de investigación fue mucho más amplio (incluyendo el Derecho Administrativo y la sociológica general y señaladamente la sociología política). En buena medida la teoría del Estado y del Derecho eran compartidas por estos dos grandes pensadores, pues encontraban sus raíces últimas en la tradición krausista y en los desarrollos de sus discípulos más eminentes (es el caso de Ahrens). Gumersindo de Azcárate pertenecía -como Giner de los Ríos o Salmerón- a otra generación de republicanos liberales krausitas. Pero, al tiempo, la evolución de Adolfo Posada iría hacia posiciones más avanzadas y acordes con la mejor doctrina iuspublicista de la época. Ello le conduciría a una defensa del Estado constitucional con la presencia del intervencionismo público y de las organizaciones representativas de intereses elevadas a organizaciones sociopolíticas (en su propuesta de Constitución Republicana defendía la constitución de una Cámara representativa de intereses profesionales, junto con la cámara representativa propia del Estado de partidos; una cámara representativa de intereses sociales diferenciados y pluralistas que se entendía subordinada, en cualquier caso, a la Cámara de representación política a través del sistema de partidos y los correspondientes proceso electorales). Aunque Adolfo Posada no se apartó de la tradición política krausista (prueba de ello es la persistencia en su pensamiento del organicismo social)[48], no cabe duda

[44] Giner De Los Ríos, F.: *Discurso inaugural del curso 1880-81",* en Giner De Los Ríos, F.: *Ensayos,* Madrid, Alianza, 1969, págs. 102-117.

[45] Azcárate había defendido la neutralidad como resultante de la conjunción de libertad, tolerancia y desinterés por otros fines instrumentales distintos; la Universidad debe estar abierta a todos cuantos tributen culto a la verdad; y hacerlo con liberta de conciencia; la libertad de cátedra, la libertad de ciencia, la comunidad universitaria debe estar garantizada en su actividad de la intervención ideológica del poder del Estado. Véase AZCÁRATE, G. DE.: *Neutralidad de la ciencia. Discursoen la apertura de la Universidad Popular de Valencia,* Celebrada el 8 de febrero de 1903, en *Obras Completas,* págs. 65-74.

[46] Como se demuestra en Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs….

[47] Véase Monereo Pérez, J.L.: Estudio preliminar a Menger; libro de trotta, y artículo sobre Fernando de los Ríos y su generación…

[48] Véase, paradigmáticamente, Giner De Los Ríos, F.: "La política antigua y la política nueva", en *Obras Completas V. Estudios jurídicos y políticos,* Madrid, *La Lectura*, 1921. Pero podrían citarse muchos trabajos destacados de la primera época del mismo Adolfo Posada.

que sí superó algunas reservas que presentaba respecto al régimen democrático el krausismo de los orígenes[49].

Gumersindo de Azcárate vinculará su modelo político krausoinstitucionista[50] con el modelo de sociedad; y, por tanto, la reforma democráticas de las estructuras del Estado y del régimen parlamentario con las reformas sociales políticas. De ahí la íntima unión entre los dimensión económica y la dimensión social que plantea en la organización política y jurídica de las sociedades complejas. Ello era coherente con la interrelación existente entre Estado y Sociedad dentro de una misma sociedad organizada con una estructura Estatal institucionalizada y con una sociedad civil articulada, esto es, vertebrada en una red de asociaciones autónomas. El Estado debería respetar el pluralismo social y un ámbito de autonomía de la sociedad civil, pero también debería intervenir en ésta para garantizar el bien común "moralizando" la economía, garantizando una educación para todos los individuos y la defensa de las libertades fundamentales y los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales. Lo que conduciría a la reforma política y social del régimen del liberalismo clásico que en la España de la época era el régimen de la Restauración. En este sentido Azcárate mostraba su doble y anudada actitud como intelectual y como hombre de acción, tratando de poner en práctica sus concepciones krausoinstitucionista de reforma política, social y jurídica.

En su programa de acción se advierten los esquemas de pensamiento propios del krausismo más avanzado (no sin influencia de Ihering y de otros autores que se mostraría críticos con las concepciones del individualismo posesivo[51]) sobre la función social de la propiedad y el uso de la riqueza: Azcárate subraya la concurrencia del elemento individual y el elemento social en el derecho de propiedad, planteando la relación constante entre el derecho de la personalidad y el de propiedad[52].

---

[49] Sin poder entrar aquí a fondo, en esa trayectoria, véase Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, *passim*; Monereo Pérez, J.L.: "Teoría socio-jurídica del estado constitucional y sindicalismo de integración: la concepción de Adolfo Posada", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *12*(1), (2022), pp. 347-435. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6330. De hecho, ello se percibe en sus obras publicadas ya avanzado el primer tercio del siglo veinte; y, lo que no es menos significativo, en las matizaciones -y no simples "actualizaciones"- que venía realizando su emblemático y monumental Tratado de Derecho Político, que recoge en cada momento la evaluación y el "estado de situación" de la misma doctrina krausita en el plano político y constitucional; incluida, evidentemente, su propia trayectoria en evolución creadora. Véase Posada, A.: *Tratado de Derecho Político,* edición crítica en un solo volumen y estudio preliminar, "El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada" (pp. VII-CLXIII), a cargo J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003.
Entre las reservas estaba la defensa del "sufragio corporativo". Léase, por ejemplo, Posada, A.: *El sufragio, según las teorías filosóficas y las principales legislaciones,* Barcelona, Manuales Soler, 1900, págs. 8-9; o la significativa traducción del libro de Shäffle, A.D.: *La quinta esencia del socialismo por A.D. Schäffle,* trad. Adolfo Álvarez Buylla y Posada, A., Madrid, Gutemberg, 1885; Giner De Los Ríos, F.: "Un nuevo libro de Schäffle", en *Obras Completas,* Tomo IX, págs. 101-102.

[50] Para la concepción de Azcárate sobre el *selfgovernment* y su crítica de las concepciones políticas del liberalismo doctrinario y la monarquía doctrinaria, véase Capellán De Miguel, G.: "Azcárate y la Monarquía democrática parlamentaria", estudio preliminar a Azcárate, G.: *El selfgovernment y la Monarquía doctrinaria,* Madrid, CEPC, 2008, págs. XI-XXX; Asimismo, Capellán De Miguel, G.: *Gumersindo de Azcárate. Biografía intelectual,* Valladolid, Junta de Castilla y León, 2005; Marcos Oteruelo, A.: *El pensamientgo de Gumersindo de Azcárate,* León, Instituto Fray Bernardino de Sahagún de la Diputación Provincial de León, 1985.

[51] Macpherson, C.B.*: La teoría política del individualismo posesivo*, trad. J.R. Capella, Barcelona, Ed. Fontanella,1970, y, más recientemente, sobre sus hombros, Barcellona, P.: *El individualismo posesivo*, trad. Mariano Maresca, Trotta, 1996. Sobre esa centralidad en el plano estrictamente político, véase Oliet Palá, A.: *Liberalismo y democracia en crisis,* Madrid, CEC, 1994, espec., págs.48 y sigs

[52] Por ejemplo, Azcárate, G. de: *Ensayo sobre la historia del Derecho de propiedad y su Estado actual en Europa,* Tomo II, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, MDCCCLXXX págs. 381 y sigs. ("Conclusión"). Ya toma nota de la opinión del Baron de Portal, en el sentido de que un cambio en la forma de gobierno no s más una revolución política; una transformación en las leyes civiles es una revolución social (pág. 381). Toma nota la crisis de los códigos de derecho privado precisamente por el tratamiento individualista del derecho de propiedad (pág. 391).Es problemática es precisamente de revisión ética y jurídica del derecho de propiedad es objeto de tratamiento y el tercero y último tomo de esta gran obra de Azcárate.

Era partidario de una intervención moderada del Estado en este orden de problemas para garantizar que el derecho de propiedad inserta una dimensión social[53].

Aparte de ello, postulaba una reforman jurídica del orden de las relaciones sociales a través de una invención de técnicas de garantía en favor de las clases trabajadores y de otras clases desposeídas y vulnerables de una sociedad que visiblemente estaba fracturada objetivamente y que planteaba conflictos que alteraban la paz social debido la toma de conciencia de las clases trabajadores y desposeídas de su estado de situación y de necesidad y posibilidad de superación. En esto encontraba Azcárate la urgente exigencia del intervencionismo estatal (el Estado sigue siendo la unión social para el Derecho, es decir, organismo regulador de la sociedad y debe servir a la realización del ideal de una sociedad organizada sobre la base armónica de una democracia de integración y de participación social) para crear condiciones de posibilidad realidad de una sociedad armónica que contrarrestara en su raíz la lucha de clases -un hecho social innegable- que provocaba un orden liberal individualista aplicado a las relaciones laborales (derechos sociales de los trabajadores sobre el empleo y condiciones de trabajo) y de aseguramiento social (de ahí su defensa de los seguros sociales y de otras medidas de protección social pública). Luchaban los krausistas republicanos sociales por una reforma impulsada por el Estado reformista y por una sociedad civil activa y crítica -ciudadanía activa- dotada de formas autónomas de agregación colectiva. Pretendía también -como los integrantes del Grupo de Oviedo- crear estructuras de *enlace institucionalizadas* entre las instituciones del Estado y la sociedad civil organizada. Uno de esos mecanismos de conexión funcional era establecer dos cauces complementarios de representación política *democrática*: una representación política parlamentaria propia del sistema de partidos y una representación de las organizaciones de intereses presentes en la sociedad (aunando, en esta utopía política integradora, la democracia pluralista y la "democracia orgánica")[54].

Pero esa necesaria intervención moderada debe dejar espacio a la sociedad civil en la cual debería dominar la idea social, la asociación, la cooperación como ese deseable con arreglo a la filosofía del organicismo social krausista[55]. Ese organicismo social no encajaba en todos los ámbitos fundamentales con la ideología individualista del liberalismo de los orígenes. En nuestro país pronto

[53] Azcárate, G. de: *Minuta de un testamento (Ideario del krausismo liberal),* estudio preliminar (pp. IX-LII) por Elía Díaz, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004. Por lo demás señalaba que "en la vida económica se revela la decadencia moral en el predominio casi exclusivo en ella del egoísmo individual. …impera casi en absoluto, el interés personal, la verdad es que las consideraciones morales no se toman en cuenta sino como elementos de conveniencia para el logro ulterior de las empresas económicas. El interés es un móvil en verdad legítimo, pero a condición de que se someta y subordine en todo caso a la razón y al deber. Po lo que hace a la esfera política, aún es más evidente esta decadencia moral, sobe todo en nuestra patria. El egoísmo personal de tal modo predomina…El ansia de las posiciones oficiales en un vicio grosero que crece y cunde, pero que al fin no deja la sociedad de condenar; pero la impaciencia del los partidos por el poder se encubre con la capa de patriotismo, y sirven a esta pasión los individuos con desinterés, a veces sin darse cuenta de que hay deberes superiores a los que impone la conveniencia de una particialidad determinada" (*Ibid*.), págs.96-98.

[54] Véase Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolofo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 356-515 ("Teoría e ideología del liberalismo social reformista"), espec., 506-515 ("La función de las organizaciones profesionales y su posición institucional").La misma Constitución española de 1876, preveía en su artículo 20.3, la presencia de senadores "elegidos por las corporaciones del Estado y mayores contribuyentes, en la forma que determine la ley"; precepto que sería desarrollado por la Ley de 8 de febrero de 1877, y que significativamente reservaba un escaño a cada una de las Universidades existentes en esa coyuntura histórica.

[55] El organicismo de Giner de los Ríos puede extenderse en gran medida -matizaciones aparte, sin duda- a todo el krausismo republicano social. Véase Giner De Los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* edición crítica y estudio preliminar, "El organicismo social de Giner de los Ríos (pp. IX-XXXIX)", de J.L.Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008; Monereo Pérez, J.L.: "El reformismo socio-liberal de Giner de los Ríos; organicismo y corporativismo social", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 142 (2009), págs. 279-338; Monereo Pérez, J.L.:"La reforma educativa como proyecto político-jurídico de transformación democrática: legado y actualidad del institucionismo de Giner de los Ríos", *Ábaco*, no. 90, 2016, pp. 14-36. *JSTOR*, https://www.jstor.org/stable/26561960. Accessed 1 Oct. 2022.

se produciría una recepción del pensamiento de Otto von Gierke y otros autores extranjeros (aunque resulta obvio que el krausismo de Krause ya lleva en su genealogía la dimensión organicista, que sería desarrollada por sus mayores discípulos), con traducción de alguna de sus obras y el manejo directo en su idioma originario (por entonces la doctrina española -y en concreto, de adscripción a la corriente de pensamiento krausista- tenía un dominio del idioma alemán, como también del francés, el inglés y el Italiano; y ello facilitaba el recurso al Derecho comparado y al método comparatista[56]). Gierke mantuvo una concepción organicista de la sociedad, elaborando una propuesta unificante entre las distintas instancias de la sociedad, esto es, entre Pueblo, Estado y Derecho; un Derecho que tendría adjetivaría de popular y eminentemente social. Una noción clave en su organicismo era la idea de "comunidad" (*Gemeinwesen*) como instancia suprema respecto del individuo y del propio orden estatal. Sus tesis de fondo se resuelven en los siguientes postulados: 1º. Antipositivismo y antiindividualismo. Derecho y moral; crítica del formalismo jurídico; 2º. El "organicismo social" no biológico y su trascendencia, es decir es un organicismo de carácter ético-espiritual irreductible la concepción propia del organicismo biológico; 3º. La centralidad de la idea de "comunidad" y su proyección política y jurídica. Reconoce en el cuerpo social una unidad de vida de un todo que consta de partes unidas que únicamente se observan así en los seres vivos naturales. En la relación entre individuo y comunidad Gierke defiende la intrínseca unidad, lo que no excluye completamente la idea de conflicto; éste no queda expulsado, sino que es trascendido por la reconducción más hacia lo que les une que a lo que les separa: sus relaciones son orgánicas, comunidad e individuo tienen personalidad, pero siendo el individuo parte singular del todo; singular supone no absorbida indiferenciadamente en su personalidad. Un exponente de ello es para Gierke la tensión entre el capital y el trabajo como fuerzas productivas en la empresa entendida como organización orientada hacia la comunidad. 4º. La Teoría realista de las personas colectivas; la relevancia de las corporaciones; 5ª. El Estado es órgano de la sociedad al servicio del orden comunitario, pensado como una Estado organicista de carácter corporativo y con fuerza normativa creadora tanto en el Derecho público como en la ordenación de las bases del Derecho privado (que para Gierke debería ser un Derecho privado social, como ya planteara en su crítica al Proyecto de Código Civil alemán[57]). 6º El pluralismo social y jurídico públicamente "reconducido y anexionado"; 7º. La historicidad del Derecho y de sus instituciones, por lo que la ciencia jurídica ha de ocuparse de la realidad del histórica del Derecho como fenómeno social de ordenación de las formas de vida y la interacción social; enfoque, éste que es coherente con tu pertenencia a la Escuela Histórica en su fase más evolucionada. 8ª. La cuestión social: la construcción del "contrato social de trabajo" y el papel de las asociaciones colectivas profesionales ("Sindicales"); 9º. La ideología comunitaria *no autoritaria* del contrato de trabajo que acentúa el elemento de la cooperación sobre las relaciones de poder/subordinación en las relaciones laborales (en Gierke predominaba la dimensión comunitaria sobre la contraposición de intereses antagonistas formalizados en el contrato de servicios); y marcada influencia en su discípulo Hugo Sinzheimer (iussocialista de la República de Weimar y uno de los redactores de la Constitución de Weimar de 1919), el cual reconocía la realidad existencial del subordinación (la realidad del poder asimétrico en

[56] Véase Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 356 y sigs. ("Aspecto doctrinal: Teoría e ideología del liberalismo social reformista"; "Intervencones en la doctrina jurídico-crítica"; "La recepción del Derecho comparado y extranjero y su utilización "productiva" al servicio de la realización de la política de reforma social en España").

[57] Menger lo hizo desde el iusocialismo, 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, capítulo IV, págs. 259 y sigs. Véase Monereo Pérez, J.L.: "Derechos sociales y Estado democrático social en Antón Menger", estudio preliminar a Menger, A.: El derecho al producto íntegro del trabajo&El Estado Democrático del Trabajo (El Estado Socialista), edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004, págs. XI-LXXVIII; *Fundamentos del Derecho Social en España,* Madrid, Trotta, 1999, Cap. 1 ("Los fundamentos doctrinales del Derecho Social: La contribución del socialismo jurídico"); Monereo Pérez, J.L.: "El tiempo de los derechos sociales: la construcción fundacional de Antón Menger", en *Revista de derecho del trabajo,* núm. 29 (2020), págs.225-281.

las relaciones de trabajo, dadas las condiciones de subordinación del trabajador a los poderes directivos del empleador) y la necesidad de superarla a través de formas de cooperación más comunitaria pero en el marco de una organización productiva orientada jurídicamente hacia una creciente socialización[58]. En esto Sinzheimer encuentra en el Derecho no sólo una realidad histórica que evoluciona, sino que también impulsa y contribuye a forjar, a alzar, nuevas formas de ordenación social en una lógica más comunitaria, más colectivista[59].

Ahora bien, en lo que se refiere al intervencionismo público en la economía la posición del Azcárate de los orígenes consideró que la intervención estatal debe ser moderada y que lo más pertinente es que se moralice las actividades de mercado a través de la actuación responsable y ética de los operadores económicos[60]. En este sentido su posición es menos "estatalista" que la mantenida

[58] Sobre estos presupuestos se construye el estudio de Monereo Pérez, J.L.: "El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto Von Gierke", en *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales,* núm. 2 (2020), págs. 682-735. Gierke, O. v.:*La función social del Derecho Privado y otros estudios,* trad. José 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, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2015; Gierke, O.v.:*La raíces del contrato de servicios*, traducción y comentario crítico de G. Barreiro González, Madrid, Civitas, 1982; Gierke, O.v.: *Teorías políticas de la Edad Media*, edición de F. W. Maitland, estudio preliminar de B. Pendás y traducción del alemán y del inglés por P. García-Escudero, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995. Gierke, O.v.: *Teorías políticas de la Edad Media*, trad. de J. Irazusta, Buenos Aires, Huemul,1963. El krausismo liberal social había tenido un particular proximidad con Otto von Gierke al cual consideraban como inserto en la tradición del krausismo de Kraus. Véase, significativamente, Posada, A.: *Breve historia del krausimo españo,* Oviedo, Universidad de Oviedo, 1981, pág. 43-44: "La filosofía política de Krause no conduce ciertamente a un Estado totalitario, sino a un Estado jurídico, construido sobre la idea de libertad, condición esencial para la realiación del rico y complejo destino humano. Manteniendo la tradicición de Krause -y de Fichte- y de Ahrens, y entre nosotros Giner y de Azcárate, Gierke distinguiría la sociedad del Estado. "La sociedad", dice Gierke, "no encuentra una expresión suficiente en el Estado, se manifiesta también en una gran variedad de órdenes diversos con estructuras y fines específicos -la Familia, la Iglesia, el Municipio-". Y podríamos ahora añadir los sindicatos o mejor los grupos, Gierke, para Gurvitch, es quien "ha contribuido directamente a la preciosa herencia de la tradición de Fichte y de Krause a la Constitución de Weimar".
Para el marco de referencia, véase igualmente: Wieacker, F.: *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. del alemán de Francisco Fernández Jardón, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000; Wolf, E.: *Rudolf von Ihering/Otto von Gierke,* traducción por Antonio Truyol Serra, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946; Gurvitch, G.:"Otto von Gierke als Rechtsphilosoph", en Logos 11 (1922), págs. 86 y sigs.; Gurvitch, G.: *Elementos de sociología jurídica*, edición y estudio preliminar, "Pluralismo jurídico y Derecho Social: La sociología del Derecho de Gurvitch", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001; Gurvitch, G.: *La idea del Derecho social*. *Noción y Sistema del Derecho Social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX*, edición, traducción y estudio preliminar, "La idea del 'Derecho social' en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch", a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005; Sinzheimer, H.: "Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht", en *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie* I, Fráncfort del Meno, 1976, págs. 402 y sigs.; Gonzalez Vicen, F.: "La teoría del Derecho y el problema del Método jurídico en otto von Gierke, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Universidad de La Laguna, 1979; Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; Mezzadra, S.: "Il corpo dello Stato. Aspetti giuspubblicistici della *Genossenschaftslehre* di Otto von Gierke", en *Filosofia Politica,* núm. 3 (1993).

[59] La conexión con Ferdinand Tönnies -un socialista democrático- y sus reflexiones sobre el debate entre comunidad y asociación resultan visibles. Véase Tönnies, F.: *Comunidad y Asociación* (1935)*,* trad. José-Francisco Ivars, revisión, edición y estudio preliminar, "La interpretación de la Modernidad en Tönnies: "Comunidad" y "Sociedad-Asociación" en el desarrollo histórico" (pp. XI-XLIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009; Tönnies, F.: *Principios de sociología,* trad. de V. Lloréns, revisión técnica, edición crítica y estudio preliminar, "La sociología como crítica social: La aportación de Ferdinand Tönnies", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009, espec., págs. 234 y sigs., y 237 y siguientes; Monereo Pérez, J.L.: "Crisis de la modernidad y cuestión social: el pensamiento crítico de Tönnies", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 144 (2009), págs. 793-862.

[60] Azcárate, G. de: *Concepto de la sociología y un estudio sobre los deberes de la riqueza,* Barcelona, Henrich y Cía, 1904. En una perspectiva de conjunto, véase Malo Guillén, J.L.: "El pensamiento económico del krausimo español", en Fuentes Quintana, E. (DIR): *Economía y economistas españoles. Las críticas a la economía clásica,* Barcelona,

por los "socialista de cátedra" alemanes al estilo del pensar de Gustav Schmoller, personalidad central en la gestación y desarrollo esta última corriente historicista de pensamiento alemán[61].

Ello no obstante, con el transcurso de tiempo y la experiencia adquirida en la Comisión del Reformas Sociales (de la cual fue Secretario) y en el Instituto de Reformas Sociales (que presidio desde su creación en 1903 hasta su fallecimiento en plena actividad en 1917[62]), Azcárate estuvo cada vez más convencido de que el Estado tenía que implicarse más directamente en la solución de la llamada cuestión social[63], pero que también tenían que surgir soluciones a ella en el seno de la sociedad civil mediante la práctica de la acción responsable de empresarios y trabajadores, buscando puntos de

Galaxia Gutenber-Fundación de las Cajas de Ahorros Confederadas para la Investigación Económica y Social, 2001, págs. 389-450. Se hace notar que no se puede explicar la evolución del krausismo como una simple traslación a España de otras corrientes económicas extranjeras. Existen analogías significativas con otros movimientos de reacción contra la economía clásica que por los mismos años habían brotado en los principales países europeos, como el historicismo y el socialismo de cátedra. Pero existen, al propio tiempo, peculiaridades específicas en el pensamiento de los economistas españoles para que fuera imprescindible un tratamiento diferenciado de la situación nacional. Sin tener en cuenta la impronta krausista del liberalismo español, no se puede obtener una respuesta satisfactoria a la cuestión de por qué la reacción contra el liberalismo económico puro no derivó en un historicismo o en un socialismo de cátedra en sentido estricto que pueda ser generalizable, sin más, al krausismo como corriente de pensamiento, a imitación de las corrientes germánicas. O por qué en España liberalismo y reformismo social no fueron términos completamente incompatibles en modos de pensar en constante evolución.

Ello no obstante, hay personalidades del krausismo liberal progresista que sí pueden encuadrarse dentro de los parámetros identificadores del "socialismo de cátedra": es el caso de Adolfo Álvarez Buylla. Véase al respecto Monereo Pérez, J. L.: "ADOLFO ÁLVAREZ BUYLLA Y GONZÁLEZ ALEGRE (1850-1927): "La reforma jurídico-social y el aseguramiento público en España desde el republicanismo social y el "socialismo de la cátedra", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (24), (2020), pp. 295-330. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/427; y en una perspectiva más amplia, *Ibid., La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, *passim*.

[61] Véase Monereo Pérez, J.L.: "Reforma social y Ética en Economía política: La teoría de Gustav Schmoller", en *Temas Laborales* núm. 93/2008, págs.11-76. Schmoller, G.: *Política social y economía política (cuestiones fundamentales)* [1897], trad. Lorenzo de Benito, revisión, edición y estudio preliminar, ""La Escuela Histórica Nueva en economía y la política de reforma social "(pp. V-XXXVI) ", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007, xxxvi + 308 págs.; Monereo Pérez, J.L.: "El 'Socialismo de cátedra' de Gustav Schmoller en la construcción de la política social moderna", en *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, núm. 11 (2017), págs. 33-120. Véase, Schmoller, G.: "La lucha de clases y la dominación de clases", trad. Yasmina Kharrazi Benhmad, en *Revista crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, nº 8 (mayo 2014), pp. 70-81; Schmoller, G.: "Das Verhältnis der Kartelle zum Staate. Einleitungsworte zur Debatte der Generalversammlung des Vereins für Socialpolitik in Mannheim, den 27.9.1905", en Kleine Schriften zur Wirtschaftsgeschichte, Witschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, edición a cargo de Wolfram Fiedler y Rolf Karl, Zentralantiquariat de la República Democrática Alemana, Leipzig, 1985, vol. III, pp. 135-173; Schmoller, G.: "Ernst Abbes Sozialpolitischen Schriften. Ein Beitrag zur Lehre von Wesen und Gewin der modernen Grossunternehmung und von der Stellung der Arbeiter in ihr", en Kleine Schriften zur Wirtschaftsgeschichte, Witschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, edición a cargo de Wolfram Fiedler y Rolf Karl, Zentralantiquariat de la República Democrática Alemana, Leipzig, 1985, vol. III, pp. 175-203: Schmoller, G.: "Die Entstehung der deuschen Volkswirtschaft und der deutschen Sozialreform", en Kleine Schriften zur Wirtschaftsgeschichte, Witschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, edición a cargo de Wolfram Fiedler y Rolf Karl, Zentralantiquariat de la República Democrática Alemana, Leipzig, 1985, vol. III, pp. 565-596.

[62] El que estuviera en plena actividad en la Presidencia del IRS en el momento crucial del ataque celebral que le condujo a su fallecimiento, lo expresa su propio discípulo y -gran maestro a su vez- Aldolfo Posada. Véase Posada, A.: *Azcárate,* Prólogo a Azcárate, G. de: *El régimen parlametario en la práctica,* 2ª ed., Madrid, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa, 1931, pág. 9. Por cierto, Adolfo Posada también consideraba como su "amigo y maestro" a Adolfo Álvarez Buylla, discípulo personal, a su vez, de Giner y de Azcárate. En este sentido, Posada, A.: *Breve historia del krausismo español*, Prólogo de L.G. De Valdeavellano, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1981, pág. 84.

[63] Sobre la identificación histórica de la llamada "cuestión social", véase Herkner, E.: *La cuestión obrera,* trad. y Apéndice sobre "El socialismo y la guerra", de F. Ballvés, Madrid, Hijos de Reus, 1916; Menger, A.: *El derecho civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998; Tönnies, F.: *Desarrollo de la cuestión social,* trad. M. Reventós, Barcelona, Buenos Aires, Labor, 1927; Messner, J.: *La cuestión social ()1956),* trad. M. Heredero Higueras, Madrid,

encuentro armónicos y soluciones pacíficas -y pacificadoras a los conflictos sociales. Precisamente la institucionalización de la reforma social a través de la Comisión de Reformas Sociales, el Instituto de Reformas Sociales, el Instituto Nacional de Previsión, la creación de la Inspección de Trabajo, etcétera, son instrumentos que contribuirían a ese "modelo de soluciones armónicas"[64], acorde con el organicismo social que profesaba en la estela de la filosofía social krausoinstitucionista (junto con Francisco Giner de los Ríos, Adolfo Posada, Adolfo Álvarez Buylla, Leopoldo Palacios Morini y otros krausistas que podrían agruparse dentro del ideario del republicanismo social liberal).

Porque para Azcárate el "problema social" (expresión de alcance muy amplia que utilizaba como alternativa a la "cuestión social"; pero considerando como un epifénomeno de ella la "cuestión social obrera" o "cuestión obrera"[65]) era un problema no solo de realidad social intolerable, sino un verdadero problema político institucional y jurídico, que encontraba sus causas también en ese espacio político y jurídico. De ahí la necesidad de la superación política y jurídica del orden liberal individualista. Observaría que el liberalismo individualista[66] consagrado a través de las revoluciones "liberales" burguesas en los códigos civiles, había conducido a una fragmentación de la sociedad en clases antagónicas, propiciando la lucha entre las clases y la desestabilización del sistema político y jurídico. Un orden democrático -basado en el sufragio universal y en la representación política y de la comunidad industrial- está obligado a crear las condiciones jurídicas institucionales para una sociedad más igualitaria y respetuosa con la dignidad humana. El orden de la paz burguesa que formaliza y conformaban los códigos de derecho privado no permitían crear esas condiciones de posibilidad material para el despliegue de todos las capacidades humanas; había que socializar el derecho privado,

Rialp, 1960; 2960; Monereo Pérez, J.L.: «pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George», en *Documentación Laboral,* núm. 83 (2008), págs. 11-109.
Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, espec., págs.87 y sigs., 116 y sigs., 244 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asunto Sociales, 2003, espec., págs. 232-280 ("La cuestión social como cuestión de Estado y como cuestión política constitucional").

[64] Consideraba Azcárate en *Minuta de un Testamento* que "Entre el capitalista ó empresario y los obreros nacen deberes que transcienden de la esfera limitada de la remuneración del trabajo. Es imposible estar asociado a un hombre para una obra común y vivir por largo tiempo en constante relación con él, sin que nazca un recíproco sentimiento de simpatía, que despierta en el fuerte el amor, en el débil el respeto al otro se refiere. Por esto yo espero que mi hijo no dejará nunca de tener al obrero aquella cariñosa consideración que suelen, los que se creen desheredados, estimar más aún que la fortuna; de auxiliarlos en circunstancias extraordinarias, facilitándoles medios, cuando no basten los que en estricto derecho les correspondan; y sobre todo, de hacer cuanto esté de su parte por mejorar su educación religiosa, moral e intelectual". El texto es citado por García Carraffa, Alberto y Arturo: *Azcárate,* Madrid, Españoles Ilustres, Imprenta de Juan Pueyo, 1917, pág. 187.

[65] Para el estado de situación de la "cuestión obrera" (o si se quiere los conflictos entre la clase trabajadora y la clase empresarial), resulta imprescindible analizar a fondo los trabajos, Informes, llevados a cabo en el marco de la Comisión de Reformas Sociales. Véase REFORMAS SOCIALES: *Información oral y escrita publicada de 1889 a 1893,* 5 volúmenes, Edición al cuidado y estudio introductorio (XXVII-CXLI) a cargo de Santiago Castillo, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985. De interés también lo es en la historiografía más reciente la obra colectiva, Otero Carvajal, L.E., y Martínez López, D. (DIRS): *Entre huelgas y motines. Sociedad urbana y conflicto social en España, 18901936,* Granada, Comares 2022, en la cual se aborda la conflictividad y la movilización urbana que se dio en España entre finales del siglo XIX y el primer tercio del siglo XX. Las transformaciones económicas, demográficas, sociales y políticas desplegadas en este periodo marcaron un cambio de época en la historia del país. La emergencia de un nuevo sujeto político, la clase obrera, constituyó una de las manifestaciones más relevantes de la nueva época. La movilización de las clases populares y de las nuevas clases medias catapultada por un vivaz tejido societario y por un relato igualitarista sobre la emancipación social ahormado por el republicanismo, el socialismo y el anarquismo, transcendió la política de los notables y las élites para despejar el peso y el espacio de acción a la efervescencia popular. Es interesante que el análisis se realice por grandes o significativas ciudades de España: Madrid: Capitalidad, modernidad y conflictividad (págs. 57 y sigs.); Barcelona y Bilbao: Fábricas, inmigrantes y protesta obrera (págs. 129 y sigs.); Las ciudades andaluzas: Dinamismo rural, cambio urbano y conflictividad social (págs. 205 y sigs.); Otras realidades urbanas (Galicia, Guadalajara), y La ciudad, escenario de la violencia social y política (espacio urbano y violencia sociopolítica en la España del primer tercio del siglo XX).

[66] Sus fundamentos originarios, en Diez Del Corral; L.: *El liberalismo doctrinario*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1973 (3.a edición).

corregirlo a través de la legislación social limitativa de la autonomía privada concebida como dogma absoluto en el orden liberal individualista.

Pero la crítica de Azcárate no iría por el camino de elaborar un código de derecho privado social (que fue la propuesta tanto del socialismo jurídico de Anton Menger -y otros iussocialistas franceses e italianos-, como de la Escuela histórico jurídica más avanzada representada por Otto von Gierke)[67]. Su propuesta no llegaba a ese punto de socialización; era más moderada, reformando el derecho de propiedad, la usura, y la creación de una legislación social "externa" a los códigos de derecho privado. De alcance harto significativo era su propuesta de transformación democrática del régimen político propio del Estado de Derecho Liberal individualista, cuya crisis estructural había detectada lúcidamente.

Sin esta remoción de obstáculos institucionales y jurídicos no habría posibilidad para alcanzar la integración de las clases populares en un orden de convivencia mínimamente justo y armónico. De lo que se trata es de construir un orden nuevo que supere las insuficiencias y la crisis del liberalismo individualista en todas sus dimensiones (políticas, jurídicas, económicas, social, éticas, educativas, etcétera): viene exigida una transformación cualitativa -formal y sustantiva- en toda regla del orden establecido de su época. De ahí la centra de reconocer la existencia de la entidad del problema social y de la centralidad del conjunto integrado de medidas por su abordaje político institucional y jurídico: a través de un nuevo derecho social estrechamente ligado a un nuevo derecho de la economía. Para él, la solución del problema social es la condición primera e ineludible para alcanzar la paz y la justicia en una sociedad reorganizada; y esa nueva organización social podrá crear las condiciones de posibilidad para inserción de las clases trabajadores -el cuarto estado- en la dinámica política y en la vida social en su conjunto, esto es, en todas sus manifestaciones, que también lo son -con Krause, Ahrens y Tiberghien[68]- del ser social del individuo. Esa solución pasa no sólo por la intervención del Estado y las asociaciones intermedias, sino también por hacer hombres nuevos, también en la esfera de las personas que operan y protagonizan la vida económica. Es manifiesto aquí el papel concedido también al componente educativo de la solución del problema social, el cual -se descubre- tiene una dimensión cultural, sin cuya atención no se podrá resolver el problema[69]. Francisco Giner de los Ríos

[67] Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: "*Derechos sociales y Estado democrático social en Antón Menger",* estudio preliminar a Menger, A.: *El derecho al producto íntegro del trabajo&El Estado Democrático del Trabajo (El Estado Socialista),* edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004, págs. XI-LXXVIII; Monereo Pérez, J. L.: "El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto Von Gierke", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *10*(2), (2020) pp. 682-735. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5080. 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, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998; Menger, A.: El Derecho civil y los pobres, trad. Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, "Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España", a cargo J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998; Monereo Pérez, J.L.: "Anton Menger", en Juristas Universales. Justas del S. XIX, Domingo, R. (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 487-494. Y en lado historicista en economía Gustav Schmoller. Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: "El 'Socialismo de cátedra' de Gustav Schmoller en la construcción de la política social moderna", en *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, núm. 11 (2017), págs. 33-120.

[68] Tiberghien, G.: *Ensayo teórico é histórico sobre la generación de los conocimientos humanos*, 4 tomos, trad. de A. García Moreno, con Prólogo, notas y comentarios de Nicolás Salmerón y Alonso y Urbano González Serrano, Madrid, Administración, s/f. [1875].

[69] Azcárate, G. de: *Resumen de un debate sobre El Problema Social,* (Azcárate firma este obra como profesor de la Institución Libre de Enseñanza), Madrid, Gras y Compañía, Editores, 1881. Azcárate, G. de: *El problema social*, conferencia en el Ateneo de Madrid, 1O de noviembre de 1893, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1893. Reeditado como *Leyes obreras, leyes sociales o leyes del trabajo, discurso leído en el Ateneo Científico y Literario*, Madrid, el día 1o de noviembre de 1893, *Revista de España,* tomo CLXIV, 1894, págs. 54-80 y 129-158. Posteriormente, como «El problema social y las leyes del trabajo», en *Estudios Sociales,* Madrid, Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1933, págs. 201-282.

-y un grupo significativo de republicanos krausistas- habían concedido un papel estraordinario a la educación necesaria para hacer un hombre nuevo[70]. Azcárate compartía esa centralidad.

Su definitiva su propuesta para resolver la cuestión social en sus causas era la propia del organicismo social compartido por la corriente más progresista o avanzada del krausismo liberal social -o, si se quiere, republicanismo social-, apartándose del liberalismo dogmático individualista y de los modelos socialistas (tanto del socialismo utópico, como del socialismo marxista e incluso el socialismo de cátedra, también denominado en la época "socialismo de Estado). Presupuesto del organicismo social krausista liberal social es una concepción y construcción de un modelo de sociedad no gobernada autoritariamente por el Estado, sino por un Estado regulador como organismo vivo de la propia sociedad que respeta e impulsa los procesos de autonomía individual y colectiva en el marco de una sociedad civil activa; es decir, un equilibrio entre el gobierno desde arriba y el autogobierno de la sociedad desde abajo, pero dentro de un mismo orden de sociedad regulada. Cabe decir, que ese organicismo presentaba componentes utópicos y premias muy distintas a las concepciones organizacistas y corporativista del fascismo[71]. Incluso de la defensa de la "democracia orgánica" por pensadores de la talla de Adolfo Posada, jamás podrían ser identificados con corrientes autoritarias, ni menos aún de tipo fascista[72]. En Azcárate el organicismo social -que apostaba también junto con Giner de los Ríos y Adolfo Posada por esa singular democracia orgánica en el marco de un régimen representativo y de partidos- es una propuesta que pretendería superar los grandes extremos entre el liberalismo individualista y el socialismo: Estado como órgano de la sociedad y las estructuras asociativas como expresión de la libertad y autodeterminación de los individuos en una sociedad

[70] Véase Giner De Los Ríos, F.; *Antología pedagógica de Francisco Giner de los Rïos,* Selccción y estudio preliminar de Franciso J. Laporta, Madrid, Aula XXI. Educaicón Abierta /Santillana, 1977; Gómez García, M.N.; *Educación y pedagogía en el pensamiento de Giner de los Ríos,* Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1983; Monereo Pérez, J.L.: "El reformismo socio-liberal de Giner de los Ríos; organicismo y corporativismo social", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 142 (2009), págs. 279-338; Monereo Pérez J.L.: "La reforma educativa como proyecto político-jurídico de transformación democrática: legado y actualidad del institucionismo de Giner de los Ríos", *Ábaco*, no. 90, 2016, pp. 14-36. *JSTOR*, https://www.jstor.org/stable/26561960. Accessed 1 Oct. 2022; Monereo Pérez, J. L.: "FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS (1839-1919): El institucionismo liberal krausista y la protección social en España. *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (32), (2022) pp. 261-324. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/613.
No es baladí destacar la centralidad de la educación entre finales del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Más allá de las diferencias que le separan a estos pensadores, puede consularse, Gramsci, A.: *La formación de los intelectuales,* trad. Ángel González Vega, edición, revisión y estudio preliminar, "El sistema educativo y la función de los intelectuales en una nueva sociedad reguladas" (pp. VII-LIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020.
También Nicolás Salmerón, figura fundamental también como hombre de acción del republicanismo social krausista. Véase Giner De Los Ríos, F.: "Salméron", en VV.AA.: *Homenaje a la buena memoria de don Nicolás Salmerón y Alonso. Trabajos filosóficos y discurso políticos seleccionados por algunos de sus admiradores y amigos,* Madrid, Imprenta de Gaceta Administrativa, 1911, págs. VII-XII; Martín López, F.: *Nicolás Salmerón (Republicanos e intelectuales a principios de siglo),* Almería, Zéjel, 1991; Salmerón Y Alonso, N.: *Trabajos filosóficos, políticos y discursos parlamentarios,* edición crítica, Selección y estudio preliminar, "El republicanismo español: Los supuestos básicos del pensamiento político y social de Nicolás Salmerón" (pp. VII-XLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007; Salmerón Y Alonso, N.: *Nicolás Salmerón y Alonso. Discursos y escritos políticos,* Prólogo y Selección de F. Martín López, Almería, Universidad de Almería, 2006.

[71] La concepción más acaba de ese organicismo social democrático vendría en la teoría política y jurídica de la mano lúcida de Adolfo Posada. Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

[72] Para esto, véase Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., Capítulo II, págs. 176 y sigs. ("La revisión de la "Constitución política" en el sentido de la implantación de un sistema democrático"; "La "democracia orgánica" liberal y la defensa de la democracia liberal "adaptada""; "Reforma de los mecanismos de representación en el Estado democrático: representación política y representación de intereses específicos ("Parlamento industrial" o "Cámara social"); y págs. 506 y sigs. ("La función de las organizaciones profesionales y su posición institucional"). Con todo, cabe subrayar que su concepción del Estado, el sindicalismo (y en general las organizaciones profesionales), nunca alcanzaron a publicar al sindicato ni a defender el Estado corporativo totalitario.

vertebrada en asociaciones de todas las clases; es la organización propia del ideal de una sociedad armónica, que debería funcional como un todo en armonía. En este modelo organicista cada elemento tiene su papel interdependiente: Estado, sociedad, individuo; una sociedad civil dotada de estructuras libres asociativas de defensa, de colaboración (también en el marco de las relaciones laborales, sin luchas de clases), sindicatos, socorros mutuos, cooperativas y otras formas de economía social. El Derecho garantizaría ese orden social que implica, en suma, la garantía de las libertades y derechos fundamentales de los individuos en todos los ámbitos donde se desarrolla su personalidad creadora. En una democracia vertebrada hay que favorecer la formación educativa de los individuos y su capacidad de asociarse en el marco de una sociedad civil realmente participativa en la esfera pública. Por ello la democracia requiere organizaciones e instituciones intermedias y lugares de encuentro para la deliberación entre los ciudadanos sobre los asuntos públicos y problemas que en todo momento se plantean en la sociedad[73]. La sociedad comporta un tejido -una red- de relaciones sociales individuales y grupales; y por ello es necesario estudiar la sociedad como una red de relaciones. Esta estaba en la base del pensamiento krausista *evolucionado* más allá de las reticencias a las "masas" que presentaba en krausismo liberal de los orígenes y su intrínseca dificultad para comprender la realidad de una sociedad estructurada en clases sociales antagonistas. Una sociedad de clases donde la clase trabajadora ocupaba una posición subalterna y emergía lentamente en ella una consciencia de clase y un deseo de tomar la palabra y la acción para emanciparse de las condiciones de opresión social en que se hallaban frente a una cultura hegemónica. Entonces apareció el miedo a las "muchedumbres" como desafío de las masas para el orden establecido[74]. Era el miedo al ascenso político del "cuarto estado" a la revolución social y la revolución política no controlada por las clases dominantes del periodo histórico (en España el temor a perder el control político y social que propiciaba el régimen de la Restauración).

El último krausismo republicano social (de Gumersindo de Azcárate, Adolfo Posada, Adolfo Álvarez Buylla, y después Fernando de los Ríos y Julián Besteiro) nos habla en otro lenguaje de los derechos del ciudadano (derechos de participación, derechos sociales, económicos y culturales, entendiendo que éstos últimos incluyen la educación como premisa democrática) para estar en condiciones de ejercitar su libertad y autonomía en todos los ámbitos de la sociedad y no sólo en el espacio político. Según Azcárate la cuestión social es la cuestión de la sociedad y la sociedad es un todo compuesto de partes, de manera que una reforma de cada una de ellas tiene que articularse con las demás que forman esa totalidad[75]. No se trata de una respuesta defensiva, sino de afirmación y reconocimiento del *demos* y de crear aquellas condiciones de posibilidad que garanticen la participación efectiva de los ciudadanos en la sociedad civil (presidida por instituciones culturales, económicas y estructuras asociativas y la conformación de grupos y organizaciones de intereses económicos y profesionales) y en la esfera política (espacio política e instituciones estatales)[76]. Esa concepción abierta impide todo intento autoritario de fusionar sociedad civil y Estado, lo cual encaja

[73] Véase Lasch, C.: *La rebelión de las élites y la traición de la democracia,* trad. F.J. Ruíz-Calderón, Barcelona, Paidós, 1996, pág. 141.

[74] Monereo Pérez, J.L.: "La Era de las masas: El pensamiento socio-político de Gustave Le Bon", Estudio preliminar a Le Bon, G.: *Psicología de las multitudes,* edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012, págs. XIII-LXXVII., y la bibliografía allí citada.

[75] Azcárate, G. de: «El problema social», conferencia en el Ateneo de Madrid, 1O de noviembre de 1893, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1893. Reeditado como «Leyes obreras, leyes sociales o leyes del trabajo», discurso leído en el Ateneo Científico y Literario, Madrid, el día 1O de noviembre de 1893, *Revista de España,* tomo CLXIV, 1894, pp. 54-80 y 129-158. Posterior mente, como «El problema social y las leyes del trabajo», en *Estudios Sociales,* Madrid, Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1933, págs. 201-282.

[76] Puede consultarse Cohen, J. y Arato, A.: *Sociedad civil y teoría política,* trad R. Reyes Mazzoni, México D.F., FCE, 2000, con una análisis de las distintas concepciones, Primera Parte ("El discurso de la sociedad civil"), págs.53 y sigs. En su particular perspectiva y opinión la sociedad civil es entendida como una esfera de interacción social entre la economía y el Estado, compuesta ante todo por la esfera íntima (en especial la familia), la esfera de la asociaciones (en especial las sociedades voluntarias, los movimiento sociales y las formas de comunicación pública (*Ibid.,* págs. 8-9). Asimismo, Gramsci, A.: *La formación de los intelectuales,* trad. A. González Vega, edición, revisión y estudio

con los postulados del republicanismo cívico y social del krausismo evolucionado. Y en la dimensión finalista de la construcción hace posible la creación de una opinión pública y una esfera pública crítica[77], que es esencial en un régimen democrático, porque es una apertura a la comunicación y a la discusión confrontando opiniones y razones de las demás miembros que integran la comunidad. Y ello conduce hacia un ámbito de lo político que sobrepasa la democracia representativa en exclusividad para dar paso también a una forma de democracia deliberativa, pues ésta, en efecto, presupone una idea legitimidad de decisiones políticas y jurídicas de una discusión sobre los fines y los medios entre ciudadanos y asociaciones libres e iguales. Ese presupuesto introduce una legitimidad más reforzada del poder político, porque la democracia participativa y deliberativa no remite sólo a la discusión interna en las estructuras del sistema parlamentario en sí, sino que acoge también la idea fuerza de una deliberación que se opera en la esfera pública informal entre las asociaciones y organizaciones existentes en la sociedad civil: presupone una participación activa de los ciudadanos y de los grupos capaz de producir una reflexión crítica sobre los asuntos que intereses al orden de la sociedad. En este enfoque político conceptual deliberar (con formas más institucionalizadas y selectivas en el intercambio discursivo) y participar (abierta a mecanismos menos formalizados en la intervención de los ciudadanos y grupos sociales; y a ciertas formas de democracia directa) se aparta de la concepción elitista de la democracia, que desconfían de la capacidad de los ciudadanos para intervenir de manera eficiente en los asuntos de interés general; una desconfianza que acaba siendo lo mismo que afirmar que las clases populares o subalternas de la sociedad no pueden tener acceso real a la esfera pública crítica haciendo valer una verdadera ciudadanía activa[78].

Ese ideario es el que le mueve a Azcárate (como a Nicolás Salmerón; y al Grupo de Oviedo[79]) hacia la acción política e institucional: su compromiso con la Comisión de Reformas Sociales creada por Segismundo Moret[80] y que despliega su actividad entre los años 1883 a 1903, que sería un gran Proyecto de la emergente "política social" de la Restauración[81]; y el Instituto de Reformas Sociales, desde su creación en 1903 hasta su muerte en 1917; y sin olvidar su papel el Instituto Nacional de Previsión creado por Ley de 27 de febrero de 1908 (ya bajo el Gobierno de Eduardo Dato). En estas

preliminar, "El sistema educativo y la función de los intectuales en una sociedad regulada (pp. VII-LIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020.

[77] Habermans, J.: *Historia y crítia de la opinión pública,* trad. A. Doménech, Barcelona, Gustavo Gili, 1990.

[78] Véase Elster, J. (COMP): *La democracia deliberativa,* Barcelona, Gedisa, 2000, pág. 13. Asimismo, NINO, C.S.: *La constitución de la democracia deliberativa,* trad. R. P. Saba, Barcelona, Paidós, 1997, espec., págs. 254 y sigs.; Habermas, J.: *Factividad y validez. Contribución a una teoría discursiva del derecho y de la democracia,* trad. M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.

[79] De interés, aparte de la bibliografía citada en esta investigación, es la consulta de MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; *El Grupo de Oviedo. Discursos de Apertura de Curso (1862/1903),* edición y estudio preliminar de S.M. Coronas González, 2 Tomos, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2002.

[80] Véase Ferrera, C.: *La frontera democrática del liberalismo. Segismundo Moret (1838-1913),* Madrid, VA-Biblioteca Nueva, 2002.

[81] Para la labor realizada por la Comisión de Reformas Sociales, es imprescindible la consulta REFORMAS SOCIALES: *Información oral y escrita publicada de 1889 a 1893,* 5 volúmenes, Edición al cuidado y estudio introductorio (XXVII-CXLI) a cargo de Santiago Castillo, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985. Sobre la Comisión de Reformas Sociales, véase De La Calle, M.D.: *La comisión de reformas sociales 1883-1903. Política social y conflicto de intereses en la España de la Restauración,* Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, 1989.

Sin embargo, en lo que se refiere al proyecto ulterior de creación de un Instituto de Trabajo, Azcárate no tuvo protagonismo. El gran protagonista político fue José Canalejas (en fondo una liberal social) y núcleo de "Grupo de Oviedo" constituido por Adolfo Posada y Adolfo Álvares Buylla. Véase Posada, A., Álvarez Buylla, A. y Morote, L.: *El Instituto de Trabajo. Datos para la historia de la reforma social en España,* Madrid, Rircardo Fé, Edición facsímil del original en Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de trabajo y Seguridad Social, 1986. Véase Palacio Artard, V.: "Canalejas y el Proyecto de Instituto del Trabajo en 1902", en REFORMAS SOCIALES: *Información oral y escrita publicada de 1889 a 1893,* 5 volúmenes, Edición al cuidado y estudio introductorio (XXVII-CXLI) a cargo de Santiago Castillo, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, págs.261-274.

dos instituciones públicas Azcárate tuvo un papel decisivo. En la primera como Secretario recabando una información imprescindible para el conocimiento de las clases trabajadoras; y en la segunda fue el Presidente con competencias importantes de gestión e iniciativa (incluyendo el impulso sobre el estudio de materia y la realización de Informes de su autoría). En el Instituto Nacional de Previsión vería Gumersindo de Azcárate el impulso institucional necesario para materializar de manera oficial el "seguro popular", pero inclinándose inicialmente por su sistema de libertad subsidiada propia de su pensamiento favorable a un intervención público modera en materias sociales (pues el esfuerzo del Estado como órgano de la sociedad debe dejar espacio al ejercicio responsabilidad de la libertad por parte de los individuos y sus formas de agrupación en el entramado de la sociedad civil; los deberes en el orden social son compartidos desde la respectiva autonomía de instancias entre el poder y los individuos y sus asociaciones y corporaciones libres de distinta índole)[82], que al tiempo evolucionaría la implantación de verdaderos seguros obligatorios impuestos por el Estado[83].

El Instituto de Reformas Sociales -que tuvo como precedente el Proyecto del Instituto de Trabajo- fue impulsado por José Canalejas y materializado en su diseño por las mismas personalidades que había elaborado el Proyecto de Instituto de Trabajo -el cual no vería la luz-, es decir, Aldolfo Álvarez Buylla, Adolfo Posada y Luis Morote, aunque su protagonismo muy pronto se extendió a otras personalidades como Gumersindo de Azcárate (que antes había sido Secretario de la Comisión de Reformas Sociales, bajo la presidencia de Cánovas del Castillo), ocupando la presidencia ininterrumpidamente desde su creación en 1903 hasta su fallecimiento en 1917. El Instituto constaba de tres secciones. La primera estaba presidida por Adolfo G. Posada; la segunda, el general Marvá, y la tercera, Adolfo Álvarez Buylla. La Secretaría del Instituto la ocupó Juan Pujol. En allí, junto con estos eminentes pensadores, donde Azcárate pudo desplegar sus cualidades armonicistas y su vocación de reforma social. Paralelamente se comprometería con el partido reformista. Realmente Azcárate -junto con Adolfo Posada- serían los impulsores intelectuales del partido reformista, encabezado por Melquíadez Álvarez[84]. Azcárate pronunciaría su conocido discurso el 11 de enero de 1913 en el Hotel Inglés, al término de un banquete con que el partido reformista conmemoraba el advenimiento de la República de 1873, entre otras cosas realizó una defensa de la tolerancia, indicando que es necesario ser tolerantes con todos y especialmente con los enemigos políticos; señalando que "Tres cosas son necesarias: libertad, leyes justas inspiradas en la libre opinión del pueblo y cumplimiento exacto y honrado de estas leyes. Si se llegara a disfrutar de todo esto, no tendríamos derecho a rebelarnos; porque las revoluciones, digo yo a (Ruíz) Beneyán, no se hacen porque sí; no se hacen cuando se quiere, sino cuando se debe". El Partido reformista pretendía la implantación en nuestro país de una democracia libera de izquierdas renunciando al objetivo de cambiar radicalmente el orden establecido, a condición de introducir transformaciones cualitativas en el sistema político, en la legislación sociolaboral y con la propuesta de una reforma educativa que suponía una mutación estructural del régimen vigente. La inmensa mayoría pertenecía al campo ideológico republicano (era Nicolás Salmerón, Gumersindo de Azcárate, Adolfo Posada, Aldofo Álvarez Buylla, y evidentemente Melquíadez Álvarez, entre otros muchos intelectuales). Basta comprobar la lista de asistentes al banquete de 23 de octubre de 1912 (aparte de los anteriores: José Manuel Pedregal, Antonio Vicent (Marqués de Palomares del Duero),

[82] Azcárate, G. de: *La Caja de Ahorros y el Monte de Piedad de León. Discurso leído por el Exmo. Sr. D. Gumersindo de Azcárate EL DÍA 23 de Marzo de 1913,* Madrid, Imprenta de la Suc. De M.Minuesa, 1913, pág. 6.

[83] Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en Espapa. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo), 2007; Tortuero Plaza, J.L. (DIR): *Cien años de protección social en España. Libro Conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/Instituto Nacional de la Seguridad Social, 2007 (con aportaciones sobre el INP de J.L. Monereo Pérez, "El Instituto Nacional de Previsión: Ubicación histórica, social y político-jurídidca", págs. 43-154; A. Montoya Melgar, "El Instituto Nacional de Previsión, fundamento de la protección social española", págs. 155-178 y M. Álvarez de la Rosa, "El Instituto Nacional de Previsión y el Segurod de Retiro obrero", pp. 179-197).

[84] Personalidades importantes lo integraron como Cándido Lamana, Álvarez Valdés, Manuel Pedregal, José Zalueta, Leopoldo Palacios, Augusto Barcia, Miguel Moya Gastón, Llarí, Juan Uña, Rodríguez y González, Hurtado de Mendoza y Corujedo, etcétera.

Leopoldo Palacios Morini, Juan Uña Sarthou, Salvador de Madariagha, Enrique Díez-Canedo, Enrique de Mesa, Ramón María Tenreiro, Teófilo Hernando, Pedro Salina, Gustavo Pittaluga, Fedrigo Onís, Manuel Azaña, José Ortega y Gasset, e inicialmente Fernando de los Ríos que acabaría en las filas del Partido Socialista). La base fundamental eran los krausistas liberal sociales y republicanos, pero también había cierta influencia de otras corrientes como el neokantismo alemán de la Escuela de Marburgo (a través de Ortega y Gasset y Fernando de los Ríos), ciertos postulados de fabianismo anglosajón y el liberalismo radical francés[85]. El enfoque del solidarismo socipolítico y jurídica francés era ciertamente muy influyente en todo el proceso de reforma sociales y políticas de la época entre los dos siglos y la primera mitad del siglo veintiuno. El principio de la solidaridad social, la libertad como derecho humano fundamental y el enfoque de un organicismo social que postulaba la unidad de los individuos en una sociedad integrada, impulsaban la reforma social en la esfera de la política institucional (Comisión de Reformas Sociales, Instituto de Reformas Sociales, Instituto Nacional de Previsión, Inspección de Trabajo, etcétera) y en el ámbito pedagógico y de en general de la política educativa (Señaladamente, la Institución Libre de Enseñanza; la Junta de Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas (JAE), que, como se sabe, fue una institución creada el 11 de enero de 1907, en el marco de la Institución Libre de Enseñanza, para promover la investigación y la educación científica en nuestro país. Estuvo presidida por Santiago Ramón y Cajal -con la colaboración de José Castillejo en la Secretaria de la JAE- desde su fundación hasta su fallecimiento en 1934[86]). Su concepción integradora y organicista social conducía hacia un enfoque de integración de los conflictos sociales, evitando la exacerbación de la lucha de clases, buscando la armonía organicista (coherente con el racionalismo armónico que acogió también el krausoinstitucionismo), pero sin desconocer la realidad social existencia del conflicto subyacente a las sociedades de su tiempo. Por ello mismo pretendían la reforma social y política democrática; en suma evolución reformista frente a la revolución (salvo, el recurso a esta como legítima defensa frente a un orden dictatorial). De ahí, el compromiso activo del krausismoinstitucionista más avanzado con las políticas de reformas educativas, sociales y del mismo sistema político.

Las ideas fuerza que le mueve a Azcárate son las propias de una republicanismo liberal social; la toma de conciencia de un orden democrático correctivo de las limitaciones del periodo de la Restauración; y la labor continuidad en la crítica del liberalismo individualista radical que impera en el siglo XIX (en el plano político son conocidas sus intervenciones en los debates parlamentarios en este sentido). Sus esfuerzos teóricos y prácticos no fueron en vano, porque contribuyó decisivamente a que se llevarán a cabo realizaciones significativas, utilizando los avances en la sociología y el desarrollo del Derecho en un sentido más social y moderadamente intervencionista en el sistema de la economía de mercado del capitalismo en constante expansión y evolución de su organización económico-jurídica[87]. Los límites intrínsecos del krausismoinstitucionista de Azcárate eran visibles (y no son

[85] Véas en general, Suárez Cortina, M.: *El reformismo en España,* Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1986; García Venero, M.: *Melquíades Álvarez. Historia de un liberal,* Prólogo de Azorín, 2ª ed., ampliada, Madrid, Tebas, 1974; Piqueras, J.A., y Chust, M. (COMPS): *Republicanos y repúblicas en España,* Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1996; Townson, N.(ED): *El republicanismo en España (1830-1977),* Madrid, Alianza editorial, 1994.

[86] El 11 de enero de 1907 se decretó su creación por Amalio Gimeno, Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes. Desarrollo una labor extraordinaria. Sin embargo, en 1939 el nuevo régimen de la dictadura franquista creó con los laboratorios, locales y centros de la JAE el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, bajo la presidencia del Ministro de Educación José Ibáñez Martín, quien contó con la colaboración significativa de José María Albareda, nombrado secretario general del CSIC. La Ley de 24 de noviembre de 1939 por la que se creaba el CSIC debajaba bien nítido su procedencia originaria, al mismo tiempo que establecía la liquidación de un proyecto reformista de signo democrático muy diferente del dirigismo autoritario del nuevo régimen totalitario: "Todos los centros dependientes de la disuelta Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, de la Fundación de Investigaciones Científicas y Ensayos de Reformas y los creados por el Instituto de España, pasarán a depender del Consejo Superior de Investigaciones Científicas". Véase Sánchez Ron, J.M. (Coord.): *1907-1987.La Junta para la Ampliación de Estudios 80 Años después,* Madri1988, espec., págs. 1-61.

[87] Véase Azcárate, P.: "El ideario político de Gumersindo de Azcárate", en *Revista de Occidente,* 6 (2ªépoca), Madrid, 1963; Azcárate, P.: *Gumersindo de Azcárate. Estudio biográfico documental,* Madrid, Tecnos, 1969.

pocos que comparten con formas de liberalismo más avanzadas en Europa de entre las dos guerras mundiales, en las que preside también un componente organicista[88]), pero a partir de su contribución -como la de Salmerón[89] y el propio Giner de los Ríos- el mismo krausismoinstitucionista evolucionó, como todas las mentalidades, filosofías e ideología, y con la Escuela de Oviedo iría avanzando en la construcción del Estado Social intervencionista en materia social y económica, pero sin doblegar completamente la libertad detentada por los individuos, es decir, reconocimiento la autonomía privada de los particulares y sus instancias de agregación colectiva (incluidos los sindicatos).

En la dimensión política Azcárate creía firmemente en el sistema democrático, en una forma de gobierno donde la soberanía era detentada por la sociedad que decida sobre su destino y forma de vida (su interpretación del *self-government* extraída del sistema político anglosajón[90] iba en esa dirección de autonomía-soberanía de la sociedad (y se materializa en el principio de soberanía nacional, que sólo es proclamada declarativamente por el liberalismo doctrinario)[91]; la garantía del poder de autoorganización de la propia sociedad[92]). Es su singular modo de defensa de la soberanía

[88] Véase Monereo Pérez, J.L.: *"Los fundamentos del "liberalismo social" y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse"*, estudio preliminar a Hobhouse, L.T.: *Liberalismo,* trad. J. Calvo Alfaro, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007, Hobhouse, defendió resueltamente, significativamente, una forma avanzada de liberalismo que presentaba un componente subyacente de organicismo, bien que en el modo singular de un organicismo social. Hobhouse construyó una teoría social-liberal asentada en una "concepción orgánica de la sociedad", (*Ibid.,* págs.VII-LIV). Asimismo, en Monereo Pérez, J.L.: "Los fundamentos del 'liberalismo social' y sus límites: L.T. Hobhouse", en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 136, Octubre-Diciembre, 2007.

[89] Salmerón y Alonso, N.: *Trabajos filosóficos, políticos y discursos parlamentarios,* edición y estudio preliminar, "El republicanismo español: Los supuestos básicos del pensamiento político y social de Nicolás Salmerón", a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

[90] Véase Azcárate, G. de: *El self-government y la Monarquía doctrinaria,* Madrid, Librería de A. de San Martín, 1877; y en la excelente y cuidada edición, Azcárate, G. de: *El self-government y la Monarquía doctrinaria,* edición, estudio preliminar, "Azcárate y la Monarquía democrática" (pp. XI-LXXX), y notas de G. Capellán de Miguel, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, págs.73-77 ("Principio del *self-govern*), donde señala que "La nación, por tanto, y solo ella, es dueña de determinar la forma de su gobierno; no hace otra cosa que encomendar a uno o a muchos mandatrarios la gestión de su intereses. Toda fuerza, toda voluntad, debe, pués, emanar de las mismas sociedades. En efecto, el principio es el mismo, respecto de toda persona, sea individual o social" (*Ibid.,* págs. 73-74). Ahora bien, para él, no es "posible afirmar otra soberanía que 'la que vive en el sento de la sociedad, y es una condición esencial de su exisencia' la que 'proclama a fiens del siglo último por los Condorcet, los Petion, los Lafayette, los Sieyes, los Carnot, los Mirabeau, está inscrita en las Constituciones de la Francia moderna, y es la base del derecho público de Inglaterra, Bélgica, Prusia, Italia, Suecia, Noruega, Dínamarca, Suiza, España (1869), Portugar, Grecia, etc., (Pradier-Fodére)'; soberanía, que ejercen las sociedades ya permanentemente por sí, ya temporalmente por medio de representantes, pero sin hacer addicación de ella nunca ni en caso alguno") (*Ibid.,* págs.76-77). Aquí Azcárate direncia entre el poder constituyente encarnado en la soberanía popular y el poder constituido expresión de su volutad instituyente, pero precisamente que ese poder constituye no desaparece, pues no es absorbido en el poder constituyente, porque sería lo mismo que hacerlo desaparecer, al menos en suspenso hasta un nuevo proceso electoral. El enfoque resulta interesa por su visión abierta hacia una democracia que sin dejar de ser representativa no neutralizada el poder constituyente del pueblo o noción siempre presente.

[91] Azcárate, G. de: *El régimen parlamentario en la práctica,* 2ª ed., Madrid, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa, 1931, págs. 31-32. Sobre ese liberalismo de los orígenes, abstracto e individualista, véase Díez Del Corral, L.: *El liberalismo doctrinario,* 2ª ed., Madrid, I.E.P., 1956.

[92] Se comprende, pues, que la Constitución jurídico formal tendría que reflejar la constitución jurídico real-material que reflejase con fidelidad las aspiraciones del poder constituyente del pueblo, esto es, de la soberanía popular en un momento histórico determinando; y, por tanto, sin admitir la existencia de que el poder constituyente quede condicionado por una presupuesta constitución interna tradicional que impediría una transformación sobrevenida deseada por la mima sociedad en proceso continuo de cambio. Se imprime así un rasgo de constitución material a la propuesta alternativa de democracia constitucional defendida desde la ideología jurídico política del republicanismo social krausista más avanzado. Este krasismo liberal evolucionado no era ingenuo -a esas alturas del tiempo histórico-, pues bien sabia que la automía social y de los grupos sociales no podía garantizarse espontáneamente (a pesar de que se afirmarse una organicismo social), sino que necesitaba necesariamente del auxilio -de intervención- del Estado Constitucional para formalización y conformar un orden dentro de la comunidad política que garantizase precisamente esa autonomía y para la gobernabilidad de la pluralidad de intereses y valores a que inevitablemente

popular expresa en plena libertad: conlleva un gobierno de sí y una forma de decidir quienes gestionan la política institucional al servicio del interés general, del bien común. Pero también que el poder constituido -constituido por el poder constituyente detentado en el pueblo soberano-, no ejercite un poder autoritario y centralista. No autoritario en la medida en que tendrá en cuenta la opinión del pueblo en todo momento; no centralista en la medida en que las estructuras del Estado estarán descentralizadas (frente a las consecuencias nefastas de la centralización administrativa)[93] y que se instrumenten procedimientos de participación activa de los ciudadanos en la vida política; no se completa a la sociedad como una simple agregación de individuos atomizados, sino como un verdadero organismo social, en cuyo marco la propia sociedad se dota de distintas instancias en el ámbito estatal y de la sociedad civil no absorbida en la esfera de la política institucional[94]. La misma legitimidad orgánica del parlamento y de los partidos derivaba del pluralismo existente en la sociedad y su exteriorización en las estructuras de intervención en la esfera política Estatal. En este sentido los partidos políticos, como los sindicatos, representaciones corporativas, etcétera son instancias que derivan del principio de *self-government* que detenta la sociedad como un todo orgánicamente constituido; los partidos políticos como las organizaciones de intereses deben evitar la corrupción y

da lugar una sociedad democrática y pluralista. Sin esa garantía de la Constitución democrático con Estado social la sociedad no podría defenderse por sí misma frente a los poderosos poderes privados; pero afirmando también que la soberanía pluralista de la sociedad -estructurada en asociaciones y organizaciones de todo tipo- debería actuar de *contrapeso político y social* frente al tentación de forjar un Estado autoritario que hiciera inoperante la soberanía popular.

Véase Azcárate, G. de: *La Constitución inglesa y la política del Continente,* Madrid, Imprenta M. Minuesa de los Ríos, 1878, *passim*; Azcárate, G. de: *Municipalismo y regionalismo,* estudio preliminar de Justino Azcárate y Enrique Orduña, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1979, "El programa de Manresa", pág. 188. De interés son las reflexiones generales recogidas en Bergareche Ros, V.A.: *El Concepto de Constitución interna en el constitucionalismo de la Restauración,* Madrid, CEPC, 2002, y POLO, R.: *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional,* Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 2014; y sobre todo la lúcida concepción de Posada, A.: *Tratado de Derecho Político,* edición crítica en un solo volumen y estudio preliminar, "El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada" (pp. VII-CLXIII), a cargo J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003, Libro Tercer ("El principio de soberanía en el Derecho constitucional positivo", págs. 653 y sigs., y 682 y sigs.; y del estudio preliminar, apartado 1.3 ("La doctrina organicista del Estado y su evolución compleja en el pensamiento de Adolfo Posada"). Véase, *in extenso,* Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 356-515, *passim.*

[93] Azcárate, G. de: *El self-government y la Monarquía doctrinaria,* cit., Capítulo VI ("La centralización"), págs. 115 y sigs. Se estaría todavía muy lejos de la propuesta de un "Estado integral" postulado por Jiménez de Asúa hecha en los debates sobre la Constitución de la II República Española (Proyecto de la Comisión de Constitución), como superación de los límites del centralismo y del federalism, bajo la influencia de Hugo Preuss en la elaboración de la Constitución de la República de Weimar. Véase Demarchi, G.: "Autonomia e costruzione del territorio. Il caso spagnolo fra conservatorismo, autoritarismo e democracia (1898-1931), en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* vol. 43 (XLIII), núm. 1 (2014), págs. 229 y sigs., en particular págs. 248-249.

[94] Azcárate, G. de: *Municipalismo y regionalismo,* estudio preliminar de Justino Azcárate y Enrique Orduña, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1979. Esa insistencia en la vertebración del régimen democrático estaría mucho más desarrollada en Adolfo Posada, con sus obras sobre la Administración Local. Véase Posada, A.: *El régimen municipal de la Ciudad Moderna y bosquejo del régimen local en España, Francia, Inglaterra, Estados Alemanes y Estados Unidos*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1916. Reeditado, Posada, A.: *El régimen municipal de la ciudad moderna*, Madrid, Federación Española de Municipios y Provincias, 2007. Al respecto, Monereo Pérez, J. L.: "Teoría socio-jurídica del estado constitucional y sindicalismo de integración: la concepción de Adolfo Posada", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *12*(1), (2022), pp. 347-435. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6330; *in extenso*, Monereo Pérez, J. L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., Capítulo I ("La teoría jurídico-social del Derecho y del Estado en el pensamiento de Adolfo Posada"), págs. 31-131, con exposición completa de su teoría del Estado y del Derecho; la concepción del "Estado político" como organización de la sociedad democrática; "la teoría organicista del Estado y su especificidad en el pensamiento de Adolfo Posada"; "la función del Estado en la sociedad contemporánea", etcétera. Completa la trayectoria evolutiva del pensamiento político, jurídico y social de Adolfo Posada el Capítulo II ("Crisis del Estado de Derecho liberal y reforma constitucional: El reformismo social como alternativa a la crisis del Estado de Derecho Liberal"), págs. 133-515.

garantizar la transparencia de su actuación[95]. Por lo demás, el principio de *self-government* afecta a la organización interna del Estado, postulando una descentralización administrativa y territorial[96]. Precisamente el "problema social", dada la interrelación de todos los elementos de la sociedad, repercute y su solución involucra a todas las esferas de la sociedad[97].

De este modo, la soberanía no es un atributo del Estado (aunque se puede hablar de poder soberano como poder de decisión del Estado como instancia u órgano específico de la sociedad, en cuyo espacio político ostenta una soberanía propia y singular); la soberanía es detentada por la propia sociedad en su conjunto y se expresa de maneras diversas en la organización del poder a lo largo de las distintas esfera de la sociedad[98]. Las condiciones de ese modelo conducen a crear una

[95] Puedo afirmar críticamente en los últimos de tiempos de su vida que "La corrupción electoral produce la corrupción parlamentaria y la administrativa, y motiva las revoluciones, o da pretexto a los pronunciamientos; y el desprestigio del sistema representativo hace revivir las esperanzas insensatas de los que sueñan con la vuelta del antiguo régimen". La cita es recogida en García Carraffa, Alberto y Arturo: *Azcárate,* Madrid, Españoles Ilustres, Imprenta de Juan Pueyo, 1917, pág. 129.

[96] Azcárate, G. de: *El régimen parlamentario en la práctica,* Madrid, 1ª ed., 1885 (con ediciones posteriores 1892, 1931 y 1978). Véase la última edición, Azcárate, G. de: *El régimen parlamentario en la práctica*, nueva edición, con prólogos de Adolfo Posada y Enrique Tierno Galván, Madrid, Tecnos, 1978 (1ª ed. de 1885). En lo que se refiere a la exigencia de "juego limpio" y de transparencia, evidentemente el gran problema político de la Restauración era el caciquismo, la prohibición de partidos políticos por razones ideológicas y otras formas de desnaturalización de la representación política y social. Para la apuesta por la descentralización del Estado, véase Azcárate, G. de: *Municipalismo y regionalismo,* estudio preliminar de Justino Azcárate y Enrique Orduña, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1979. El sistema electoral de la Restauración estaba corrompido por el caciquismo. De ahí que el simple reconocimiento formal del sufragio universal no garantizaba la participación política -una ciudadanía activa-, ni una representatividad política de las clases trabajadoras. Obra fundamental es la de COSTA, J.: *Oligarquía y caciquismo como forma actual de gobierno en España,* Introducción de J. Varela Ortega, Madrid, Biblioteca Nuevas/Cicón Ediciones, 1998. Puede consultarse, Valera Ortega, J. (ED): *El poder de la influencia: geografía del caciquismo en España (1875-1923),* Madrid, Marcial Pons, 2001.

[97] Azcárate, G. de: *El problema social. Discurso leído en el Ateneo Científico y Literario de Madrid, 10 de Noviembre de 1893,* Madrid, Sucesores de Rivadeneira, 1893; Azcárate, G. de: *La representación corporativa. Conferencia explicada por el Sr. D. Gumersindo de Azcárate la noche del 30 de marzo de 1898 en el Círculo de la Unión Mercantil e Industrial de Madrid,* Madrid, Avril Impresor, 1900 Azcárate, G. de: *Estudio preliminar* a Consentini, F.: *La reforma de la legislación civil y el proletariado,* trad. Alberto Aguillera y Arjona, Prólogo de Edmond Picard, Introducción de Giuseppe Salvioli, Madrid, Francisco Beltrán, 2021.(Francisco Consentini, como Giuseppe Salvioli, fueron dos destacados iussocialistas italianos); Azcárate, G. de: *Estudios sociales,* Madrid, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1933; Azcárate, G. de: *El problema social,* Buenos Aires, Atalaya, 1946, espec., Parte Segunda, cuyo título en sí mismo dice expresivamente el enfoque organicista que inspiran sus propuestas totalizadores para resolver el problema social("la cuestión social"): "Medida en que toda la solución del problema social al individuos, a la sociedad y al Estado"(*Ibid.,* págs. 61 y sigs.), junto con su "aspiración a hallar una solución de armonía" (*Ibid.,* págs. 169 y sigs.).

[98] La línea de pensamiento es coherente con el krausismo liberal social español. Véase Giner De Los Ríos, F.: "La soberanía política" (1872), y antes en "La política antigua y la política nueva" (1868-1972), *Estudios jurídicos y políticos,* en *Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos,* Tomo V, Madrid, Espasa-Calpe, 1921, págs.191-214, y págs.63-189, respectivamente. Giner De Los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos* (1924)*,* edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008. Támbien Posada, y con mayores matices, como puede verificarse, no sólo en la más antigua posición sustentada en Posada, A.: "El Estado según la filosofía del derecho", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* T. 78, 1891, 373, sino su mismo gran tratado de derecho político. Véase Posada, A.: *Tratado de Derecho Político,* edición crítica en un solo volumen y estudio preliminar, "El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada" (pp. VII-CLXIII), a cargo J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003, Libro Tercer ("El principio de soberanía en el Derecho constitucional positivo", págs. 653 y sigs., y 682 y sigs.; y del estudio preliminar, apartado 1.3 ("La doctrina organicista del Estado y su evolución compleja en el pensamiento de Adolfo Posada"). Más ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, *passim.* Sobre el pensamiento sociopolítico y pedagónico de Giner de los Ríos, véase Monereo Pérez, J.L.: "El pensamiento sociopolítica y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos (I y II)", en *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo. ReDCE*. Año 8. Núm. 15-16 (2011), págs. 543 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: "El reformismo socio-liberal de Giner de los Rios. Organicismo y corporativismo social", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 142 (2009), págs. 279-338. Giner De Los Ríos, F.: *La*

esfera de la opinión pública. Y es importante hacer notar que ello hace proclive su concepción hacia la admisibilidad del pluralismo social y jurídico. Ahrens había señalado que "la sociedad no es para nosotros sino el *orden uno y total de la vida humana,* el cual se despliega en tantos particulares órdenes fundamentales, cuando son los fines capitales de la vida y los modos de la actividad social que a ellos se dirigen. Esos órdenes se hayan orgánicamente enlazados por la recíproca conexión de dichos fines y actividades, se entrecruzan, se penetran en parte, quedando también parte independientes y exteriores, y poseen diversa importancia práctica y un organización más o menos fuerte según sus necesidades. Entre ellos, es exteriormente el más poderoso, por su principio, el orden jurídico, el Estado, investigado de fuerza e imperio en razón de su fin y aparece como la institución y poder unitario de Derecho para toda la sociedad, y como contenido en sí también exteriormente a los restantes círculos de ésta, por cuando han de mantener en justicia los límites del territorio nacional con respecto a los demás territorios. Pero, en realidad, estos círculos se han en parte dentro, en parte fuera del Estado: lo primero porque tiene que regular jurídicamente sus relaciones externas, tanto entre sí como con el Estado, cuya actividad se extiende sobre ellas en defensa y protección; y lo segundo, porque su vida se produce en la sociedad según principios y fines esencialmente distintos del Derecho, trascendiendo en todo de los límites del Estado en acción y condiciones peculiares … Por estos, *la relación entre el Estado y la sociedad no ha de entenderse como exterior y mecánica, sino orgánicamente*….no se olvide que el Estado es también uno de esos círculos ; mientras que *la sociedad y su ciencia, comprendiéndolos a todos, comprende, pues, al Estado y a la ciencia política.* Todo organismo particular en la vida social, además del Estado, tiene, no sólo su especial derecho privado, sino también público, que se refiere a las mutuas relaciones que lo enlazan con los restantes, y a las que interiormente median entre sus diversos medios y elementos por la prosecución del común fin"[99].

Piensa Azcárate que "la democracia hoy, por regla general, -afirmó Azcárate- no defiende el gobierno directo, sino que considera como principio esencial para el régimen de los pueblos el sistema representativo. La democracia no reclama la revolución como procedimiento constante, necesario y siempre legítimo para llevar a cabo las reformas, sino tan solo como un medio de defensa, como un medio de recabar para un país el derecho a regirse por sí mismo. La democracia, en suma, no significa utopía, gobierno popular directo, revolución, sino que aspira lo mismo que se está llevando a cabo de una manera lenta, pero constante en Inglaterra"[100].

persona social. Estudios y fragmentos, edición y estudio preliminar, "El organicismo social de Giner de los Ríos", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008.

Asimismo, Cerezo Galán, P.: "Giner de los Ríos, El 'Sócrates español'", en Moreno Luzón, J., y Martínez López, F. (ED): *La Institución Libre de Eseñanza y Francisco Giner de los Ríos: Nuevas perspectivas. T. II. La Institución Libre de Enseñanza y la cultura española,* Madrid, Fundación Francisco Giner de los Ríos [Institución Libre de Enseñanza]/Acción Cultural Española (AC/E), 2012, págs. 29 y sigs.

Postulados similares se mantiene por issocialista de formación krausista liberal, Fernando de los Ríos. Véase, al respecto, Monereo Pérez, J.L.: "El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y su generación", en Gregorio Cámara Villar (ED.): *Fernando de los Ríos y su tiempo,* Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 2000, págs. 85-136.

[99] Ahrens, E.: *Enciclopedia jurídica ó Exposición orgánica de la ciencia del Derecho y del Estado,* versión directa del alemán, aumentada con notas crítica y estudio sobre la vida y obras del autor, por Francisco Giner de los Ríos, Gumersindo de Azcárate y Augusto G. De Linares, Profesores en la Institución Libre de Enseñanza, Tomo III, Madrid, Librería de Victoriano Suarez, 1878, págs. 317-319.

[100] Azcárate, G. de: *Contestación al discurso de E. Sanz y Escartín*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, tomo VI, 1894, págs. 688-689

En su libro *El sel-governments y la Monarquía doctrinaria* (1877) observa que "hay que admitir la perpetua *reforma* de las instituciones sociales y políticas y hay que reconocer el derecho en los pueblos a *determinar por sí* el sentido, forma y momento en que aquella *reforma* debe verificarse"[101].

Con esa ideología krausoinstitucionasta (y dentro de un republicanismo liberal) Azcárate se implicaría en la política como "hombre de acción". No sólo se limitaría a la crítica del régimen político de La Restauración (y lo haría como parlamentario y diversas instituciones), sino que se implicaría, al propio tiempo, en organismos públicos pensados para la solución del problema social -que fue siempre objeto de atención preferente-, como la Comisión de Reformas Sociales (creada en 1883) y después en el Instituto de Reformas Sociales (1903), que presidio hasta su muerte en 1917. De alguna forma su vida refleja sus concepciones *totalizadoras del espacio de lo político y de lo social,* causal y existencialmente vinculados. De hecho se implicó -y ejercicio una influencia relevante- en todas las esferas fundamentales involucradas en la democratización del régimen político y la mejora de las condiciones de vida, trabajo y participación de las clases trabajadores, defendiendo su integración en el orden de convivencia. Postulando un republicanismo institucionista y liberal social (cómo Nicolás Salmerón, uno de los presidentes de la Primera República Española) formaría parte de la Unión Republicana (nació de la Asamblea republicana celebrada en el Teatro Lírico de Madrid el 25 de marzo de 1903) y después la Conjunción Republicano-Socialista (1909), integrándose en el Partido Reformista (1912)[102], con el liderazgo de Melquíades Álvarez (muy vinculado la Escuela krausista republicana liberal de Oviedo). Interesa resaltar aquí que el Partido Reformista presentaba un programa de regeneración política y de reforma social desde una filosofía social propia del republicanismo social de la Escuela krausoinstitucionista de Oviedo; acompañado de una democratización desde dentro del régimen de la Restauración monárquica, que incluía una reforma constitucional y la propuesta de una doble cámara representativa: la representación a través del sistema de partidos y la representación política de carácter corporativo de los grupos sociales (cámara de representación profesional, en la que permanecían anclados el republicanismo social krausista, incluso Azcárate[103] y Adolfo Posada, y eminentes intelectuales más jóvenes por entonces dieron el paso al socialismo democrático como fue el caso de Julián Besteiro y Fernando de los Ríos, los cuales defendieron el sistema de doble cámara de representación política institucional[104]); la reforma del sistema educativo -como tarea de

[101] Esta cita es también recogida en García Carraffa, Alberto y Arturo: *Azcárate,* Madrid, Españoles Ilustres, Imprenta de Juan Pueyo, 1917, pág.141.

[102] La inciativa del proyecto de creación del Partido Reformista va de la mano de Melquiádez Álvarez, Gumersindo de Azcárate y Benito Pérez Galdós, los cuales confluían en ese momento para afirmar la accidentalidad de las formas de Gobierno político, tratanto de superar la diversidad de lógicas operativas entre la República y la Monarquía (se admitía la Monarquía constitucional, pero no la Monarquía doctrinaria y autoritaria), algo que no se conseguiría en el periodo de La Restauración. Monografía importante, al respecto, es la de Suárez Cortina, M.: *El reformismo en España,* Madrid, Siglo XXI, 1986; Suárez Cortina, M. (ED): *La Restauración, entre el liberalismo y la democracia,* Madrid, Alianza, 1997.

[103] Azcárate, G. de: *La representación corporativa. Conferencia explicada por el Sr. D. Gumersindo de Azcárate en la noche del 30 de marzo de 1898 en el Círculo de la Unión Mercantil e Industrial de Madrid,* Madrid, Avrial Impresor, 1900; Azcárate, G. de: Intervención en la discusión mantenida en la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas sobre el tema «Representación política de las corporaciones, asociaciones y fundaciones», Madrid, 4 de diciembre de 1900. *Extractos de Discusiones,* RACMP, 1902, Tomo 2.º, parte 2.ª, págs. 10-18.

[104] Esta concepción de una segunda cámara corporativa de representación de intereses profesionales -subordinada a la Cámara de representación Política a través del sistema electoral de partidos políticos- fue mantenida por Adolfo Posada en su contribución al Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora. Pero con matices significativos era compartida desde antes por Giner de los Ríos y Gumersindo de Azcárate, y después por Fernando de los Ríos y Julián Besteiro. Es manifiesto que esta propuesta era pensada en el krausismoinstitucionista más avanzado no sólo como expresión del organicismo social profesado, sino también -y más específicamente- como una forma de integración política de los conflictos en la dinámica política institucional del "Estado social". Véase Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, 87 y sigs., 134 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003. La defensa de una segunda cámara de representación de intereses profesionales (colectivos y corporativos), estaba bastante extendida en distintas corrientes de pensamiento. Paradigmáticamente puede consultarse Monereo Pérez,

formar individuos con condiciones de posibilidad emancipadora y participativa; y capaces de ser ciudadanos activos en la vida política y social. La educación sería una cuestión central para resolver tanto la necesaria democratización del sistema político como para llevar a cabo la reforma social, desde dentro, y desde abajo y desde arriba[105].

Una de las preocupaciones centrales de Azcárate -como expresión coherente con su republicanismo social- era el relativo al problema social y sus remedios. Según Azcárate el problema social tiene un carácter complejo: "Y si consideramos todos los elementos del problema, los propósitos que se muestran, los remedios que se proponen, su carácter, su naturaleza, sus relaciones, etc., veremos que este problema, que esta gran crisis, es producida por el nacimiento de una clase a una nueva vida, por el advenimiento del cuarto estado a la vida social en todas sus manifestaciones. Por esto el problema tiene varios aspectos, tantos como fines la actividad; por esto es ociosa la cuestión relativa a determinar qué ciencia es la competente para resolverlo. El problema *social,* bajo el aspecto económico, es el problema de la miseria; bajo el religioso, el de la impiedad o de la superstición; bajo el moral, el del vicio, etc. Y la cuestión está planteada en todas estas esferas, sólo que en unas con más energía que en otras"[106].

La importancia que concede al problema social es extraordinaria toda vez que considera que el problema social es esencial a la vida de los pueblos; todo gira alrededor de este problema central. Y es así por su sustancia y porque precisamente convergen a esta cuestión social la filosofía y la historia, la religión y el Derecho, la política y casi todas las esferas de la vida, porque los pueblos, en su complejo desenvolvimiento, necesitan de todas estas aspiraciones y enseñanzas para su explicación y comprensión correcta. La libertad no es suficiente, necesita de la igualdad. Pronto se vería que siendo la libertad un medio y no un fin, claro es que es condición para todo; pero que por sí sola no es causa de nada; y así resultó que la desaparición de la desigualdad *jurídica* y aun *política,* no podía llevar consigo la de la desigualdad social, por el contrario parecería surgir de la libertad una análoga a la que antes produjera el privilegio que combinado con el absolutismo caracterizaba a la época anterior. El problema social de hoy, no es el que toco resolver a nuestros padres. El problema social tiene distintos aspectos o dimensiones: científico, moral, económico y jurídico. Respecto de este último, es evidente que se habla de ordenación jurídica cuando se debate de la libertad, arrendamiento, herencia, libertad de contratación, usura, etcétera, que con razón ha dicho el barón de Portal que "un cambio de forma gubernamental no es más que una revolución *política*; una transformación en las leyes civiles es una revolución *socia*l"[107]. La solución al problema social involucra al individuo, a la sociedad y al Estado. Para el primero plantea la regeneración moral y la instrucción integral de los trabajadores y defiende el derecho a la huelga; en la sociedad advierte el pluralismo y colaboración orgánicas expresada en las asociaciones, cooperativas, sociedades de seguros mutuos y al fomento de la solución de conflictos por cauces extrajudiciales (jurados mixtos y arbitraje). Por su parte, el Estado, órgano de la sociedad, debe garantizar el "derecho a trabajar", pero no "el derecho al trabajo" (lo que

J.L.: "Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *11*(1), (2021) pp. 298-377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426

[105] Véase Monereo Pérez, J.L.: "El pensamiento sociopolítica y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos (I y II)", en *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo. ReDCE*. Año 8. Núm. 15-16 (2011), págs. 543 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: "El reformismo socio-liberal de Giner de los Rios. Organicismo y corporativismo social", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 142 (2009), págs. 279-338; Monereo Pérez, J.L.: "El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y su generación", en Cámara Villar, G. (ED.): *Fernando de los Ríos y su tiempo,* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 2000, págs. 85-136.

[106] Azcárate, G. de: *Resumen de un debate sobre el problema social,* Madrid, Gras Cía., 1881. Reeditado como *El problema social,* Buenos Aires, Atalaya, 1946, pág. 181. Ese enfoque es mantenido en Azcárate, G. de: *Discurso leído por el señor D. Gumersindo de Azcárate, el día 10 de noviembre de 1893 en el Ateneo Científico y Literario de Madrid* con motivo de la apertura de sus cátedras, Madrid, Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Impresores de la Real Casa, 1893, págs. 22 y sigs., añadiendo el aspecto jurídico del problema social.

[107] Azcárate, G. de: *Resumen de un debate sobre el problema social,* Madrid, Gras Cía., 1881. Reeditado como *El problema social,* Buenos Aires, Atalaya, 1946.

refleja la persistencia en Azcárate él de esquemas liberales clásicos)[108], puesto, el derecho al trabajo exige -como individualizara Antón Menger- un compromiso del Estado para garantizar condiciones de posibilidad de obtener un empleo, y tal sentido es un derecho que exige una intervención pública para hacerlo valer en la práctica. Se muestra partidario de la promulgación de leyes sociales, pero limitadas (trabajo de las mujeres y de los niños; no se muestra partidario, sin embargo, de la regulación de los salarios, ni la limitación de las horas de trabajo para los varones adultos; no consideraba por entonces posible la "igualdad social" debido a la variedad de vocaciones, actitudes y facultades; cuestión distinta es la igualdad jurídica (entiende que a medida que aumenta la igualdad jurídica disminuyen las desigualdades sociales) y política (vinculada con su defensa del sufragio universal). Aunque considera que ninguna libertad y ningún derecho son ilimitados, se muestra partidario del derecho de propiedad -que no ignore su función social-, las libertades de contratación y libre competencia (no se olvide que Azcárate fue un firme defensor del librecambio). Se muestra partidario del "impuesto progresivo", de la enseñanza obligatoria y gratuita. Las reformas sociales que defiende su moderadas destacando la propaganda pacífica. A las clases en conflicto señala que "dos caminos tenéis delante, la paz o la guerra; escoged"; sólo que yo digo eso a la vez y al mismo tiempo al proletariado y a las clases conservadoras, y además no he de incurrir en la inconsecuencia de formular aquí ese dilema, y fuera de aquí sustituirle con este otro: el silencio o la persecución". Su conclusión ese periodo: "Para resolver el problema social deben inspirarse: el individuo, en la solución cristiana; la sociedad, en la solución socialista, y el Estado, en la solución individualista"[109]. De la distintas escuelas de pensamiento ("escuelas filosóficas") y su diagnóstico de la situación y propuestas de reforma, hay que excluir las extremistas (la ultraconservadora; el liberalismo rancio individual; el socialismo autoritario y el socialismo radical), recogiendo aquellos análisis que aportan las doctrinas e ideologías al respeto bajo el prisma del krausismo liberal social que busca la armonía y la paz social a través de un camino lento y gradual de reformas desde dentro del sistema[110]. El reclamo de las revoluciones sólo puede utilizarse ante situaciones extremas de violación de los principios y valores de un sistema democrático[111]. Defiende, pues, un reformismo sociopolítico pragmático, es decir, una

[108] Azcárate, G. de: *Resumen de un debate sobre el problema social,* Madrid, Gras Cía., 1881. Reeditado como *El problema social,* Buenos Aires, Atalaya, 1946.

[109] Azcárate, G. de: *Resumen de un debate sobre el problema social,* Madrid, Gras Cía., 1881. Reeditado como *El problema social,* Buenos Aires, Atalaya, 1946.

[110] "Las leyes llamadas obreras o sociales son expresión, más o menos afortunada, del deseo […] de emprender, en fin, el lento camino de las reformas para evitar el violento de las revoluciones". Cfr. Azcárate, G. de: *Discurso leído por el señor D. Gumersindo de Azcárate, el día 10 de noviembre de 1893 en el Ateneo Científico y Literario de Madrid* con motivo de la apertura de sus cátedras, Madrid, Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Impresores de la Real Casa, 1893. (Azcárate, G. de: *Alcance y significación de las llamadas leyes obreras,* Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1893).

[111] Azcárate, G. de: *El self-government y la Monarquía doctrinaria,* edición, estudio preliminar, "Azcárate y la Monarquía democrática" (pp. XI-LXXX), y notas de G. Capellán de Miguel, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, Capítulo III ("Legitimidad de las revoluciones"), págs. 49-66. Azcárate trata de determinar cuándo las revoluciones son legítimas y cuándo son ilegítimas. Para él, cuando por revolución se entiende este conjunto de ideas, de sentimientos y de aspiraciones que en los tiempos modernos mueven y guían a la humanidad, esta nueva vida a que la Providencia ha llamado a los pueblos, este respeto a las creencias religiosas, esta expansión del pensamiento, esta consagración del trabajo, este reconocimiento de la personalidad humana en toda su integridad, en una palabra, la civilización y el *progreso* modernos; entonces es empresa fácil defender la causa de la revolución contra los ataques de aquellos que levan su voz para anatematizarla emplean su actividad en contrarrestarla". Ello se inspira una progreso ineludible de la humanidad: "La filosofía, afirmando los nuevos principios que guían hoy el pensamiento y a la conciencia, y la historia, mostrando el majestuoso paso con que camina la humanidad a cumplir su destino providencial según leyes de vida que ineludiblemente se cumplen, hacen inútiles y vanos los esfuerzos de aquellos que pretenden hacer que el mundo retroceda y que son cada día menos oídos por lo mismo que, quietos en lo pasado, se aleja más y más de ellos la vida" (*Ibid.*, pág. 49). En esta periodo (1877) Azcárate tenía una visión krausista liberal clásica que le llevaba defender la idea de progreso ineludible hacia la consecución de la civilización propia del ideal de la humanidad defendido desde el krausismo de los orígenes. No olvide, por otra parte, que según Azcárate "La democracia no reclama la revolución como procedimiento constante, necesario y siempre legítimo para llevar a cabo las reformas, sino tan sólo como una medida de defensa, como un medio de recabar para un país el

vía pacífica hacia un nuevo orden de libertad, igualdad, justicia y paz social. Rechaza soluciones integristas y extremas y apuestas por *soluciones integradoras y "armónicas"* en la solución de los conflictos políticos y sociolaborales. Su señas de identidad en educación son también nítidas: sin educación para la vida, sin formación en valores, no hay posibilidad de construir un auténtico *ser social* libre y responsables, a la vez, dentro de una comunidad democrática y pluralista. Considera Azcárate que es necesario establecer elementos objetivos para determinar cuándo las revoluciones son legítimas y cuándo ilegítimas. Su punto de partida es nítido: "el poder tiene por fin hacer posible que el Estado *cumpla su función propia, que no es otra que velar por el cumplimiento del derecho,* haciendo efectivas las condiciones necesarias para que el hombre pueda realizar su destino"[112]. Esas condiciones se formulan en leyes y encarnan en instituciones que deben ser inspiradas por el sentimiento público, por la opinión general, en una palabra, por el espíritu de la sociedad. No obstante, "para que sea efectiva esta necesaria condición de su existencia, son precisas tres cosas: primera, que el pensamiento pueda manifestarse y propagarse libremente; segunda, que el Estado está organizado de tal modo, que la opinión de la generalidad se traduzca en ley; y tercero, que esta ley sea acatada y respetada por todos y singularmente por los encargados de velar por su cumplimiento"[113]. Estas son condiciones necesarias de un régimen democrático, de manera que "donde se reúnen estas tres condiciones, esto es, donde el pensamiento puede libremente manifestarse y propagarse, la ley es reflejo de la opinión pública, y además es respetada y acatada por la autoridad oficial, la sociedad es soberana y el régimen de su vida jurídica y política se asienta sobre el principio del *self-government*. En tal caso no es lícito derrocar por la fuerza el poder; y la revolución que lo verifica o lo intenta, es injusta, puesto que lo que en realidad hace es ir contra la sociedad misma, imponer a esta violentamente una idea, una institución, un régimen, que es claro que no acepta en canto no lo ha mostrado así por los medios debidos que la ley ampliamente reconoce". Si esa condición esencial del régimen democrático en la vida de los pueblos es negada; "y, por tanto, cuando se les niega, tienen el derecho de recabarla por la fuerza, rechazando la que para arrancarle esto es necesario a su existencia, emplea el poder, *el cual no tiene o ha perdido el derecho de hacer derivar su autoridad de la sociedad misma*". Es decir, que allí donde la propagación de la verdad no es amparada, o las exigencias de la opinión no son atendidas, o las leyes no son acatadas, la revolución es justa; pero a condición de que se proponga tan sólo reintegrar a la sociedad en su soberanía, no establecer *ab irato* todo un régimen político, toda una serie de reformas jurídica. Febe hacer lo primero, para que el país manifieste el camino que ha de seguirse; no debe hacer lo segundo, porque sería una imposición incompatible con el mismo principio que justifica la revolución y tan digna de censura como la que antes procedía del poder". Pero el derecho a la revolución de un pueblo es excepcional: "la sociedad emplea este supremo recurso al modo que el individuo hace uso del *derecho de defensa* [en este caso defensa de la sociedad misma, se podría añadir]; y por tanto a la revolución no debe acudirse sino en último término, y cuando no haya ya otro remido, cuando el pensamiento esté tan encadenado, o la opinión tan

derecho a regirse por sí mismo. La democracia, en suma, no significa utopía, gobierno popular directo, revolución, sino que aspira lo mismo que se está llevando a cabo de una manera lenta, pero constante en Inglaterra". Cfr. Azcárate, G. de: *Contestación al discurso de E. Sanz y Escartin*, en Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, t. VI, Madrid, 1894, págs. 688-689; Monereo Pérez, J. L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pág.37, con cita expresa de este intervención de Gumersindo de Azcárate. En la misma dirección de pensamiento liberal, Moya, M.: *Conflictos entre los poderes del Estado. Estudio político,* Prólogo de Gumersindo de Azcárate, Madrid, Gaspar editores, 1881.

Sobre catolicismo social conservador de Eduardo Sanz y Escartín y su tiempo, véase ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *El catolicismo social conservador: Eduardo Sanz y Escartin,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo), 2010, capítulo 2 ("La vertiente reformista de la derecha moderada"), págs. 3 y sigs.; Capítulo 3 ("Las soluciones a la cuestión social. La política del reformismo social católico conservador"), págs. 68 y sigs., Capítulo 4. ("La ideología jurídica del catolicismo social y la construcción del Estado social"), págs. 116 y sigs. De propio Sanz Y Escartin, E.: *El Estado y la reforma social* (1893), edición crítica y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2010.

[112] Azcárate, G. de: *El self-government y la Monarquía doctrinaria,* cit., págs. 54-55.

[113] Azcárate, G. de: *El self-government y la Monarquía doctrinaria,* cit., págs. 54-55.

despreciada, o la ley tan escarnecida, que sea ilusoria toda esperanza de que la razón y el derecho recobren su justo imperio por los medios pacíficos". Y así se verifica el elemento de culpa del poder constituido que justifica una revolución legítima. Es en esas condiciones cuando el pueblo, detentador del poder constituirse, se puede levantar contra el poder constituido. Su legitimidad no reside en imponer un gobierno autoritario o antidemocrático (como el cesarismo, la Monarquía doctrinaria, un Estado de partido único, etcétera)[114]. Con todo llegará un momento ideal donde podrá tener lugar "el progreso de la civilización mediante la revolución pacífica de las ideas; progreso que es consecuencia de una ley providencial y se deriva de la naturaleza perfecta del hombre, ser finito con aspiraciones infinitas, ángel y bestia, como le llamaba Pascal, que, si toca con los pies en el suelo, llega con su razón hasta Dios, a cuya imagen está hecho, y que por lo mismo va subiendo uno a uno los peldaños de la escala de Jacob que une la tierra con el cielo"[115]. Estamos de nuevo ante las ideas enlazadas entre sí de progreso e ideal de la humanidad libre y una sociedad civilizada que decida sobre su destino dotándose de instituciones democráticas y de libertades, deberes y derechos recíprocos. En los países no es de temer que sobrevengan las revoluciones. No ocurre lo mismo en los regímenes autoritarios (pertenecen a ellos la "Monarquía doctrinaria", propia del antiguo régimen despótico, no la "Monarquía constitucional") que niegan el principio de soberanía de los pueblos y las libertades y derechos fundamentales de los individuos que integran el cuerpo social. Azcárate puede concluir que "en los países cuya constitución política se asienta sobre la base del *self-government,* sin bastardear ni mutilar las legítimas consecuencias de este principio, de tal suerte, que pueda aplicársele la definición que hace Franqueville del poder ejecutivo de Inglaterra ["Un soberano que reina sobre un *pueblo que se gobierna a sí mismo*, y ministros encargados de ejecutar, en nombre de la Corona, *la voluntad de la nación expresada por el Parlamento*"], la revolución no tiene siquiera pretexto; es un atentado y un crimen, es injusta e ilegítima. En los países regidos por la Monarquía doctrinaria la revolución tiene motivo y razón a veces, pretexto siempre"[116]. En el parlamentarismo se refleja la realización del principio democrático del *self-government,* frente a las tendencias del liberalismo doctrinario, y las ideologías autoritarias que falsean los procesos electorales o la realidad existente para introducir regímenes antidemocráticos[117]. En este sentido alteran los presupuestos indispensables del "*self-government, o sea del derecho que tienen los pueblos a regirse y gobernarse a sí mismos, en el cual se funda la esencia de aquel sistema ("régimen representativo y parlamentario)* El régimen representativo y parlamentario exige que los partidos sean realmente representativos y sirvan a los intereses de la sociedad no sus propios intereses adueñándose del Estado. Ningún partido "tiene un derecho absoluto al poder", pues deben sus servicios al país; pero, lejos de tener sobre él autoridad alguna, han de reconocerle como único juez. "El día en que acepten sincera y definitivamente la autoridad de este juez supremo, abrigamos la convicción de que el espíritu revolucionario quedara vencido y la *causa* de la revolución triunfante"[118]. Un régimen político democrático siempre pueda abordar las cuestiones cotidianas y críticas que se planteen en la sociedad; y señaladamente estará en mejores condiciones para abordar la solución del problema social -la cuestión social- desde sus raíz (sus causas más profundas) en plano político institucional, lo que remite a la legislación social y la organización de un sistema de enseñanza que se preocupe de formar individuos capacitados para estructurar su propia opinión. Aquí se impone el camino de reformas graduales, frente a las revoluciones violentas, las cuales son innecesarias y un orden democrático que efectivamente de crédito a su nombre; y, por tanto, pueda presentar las reformas legítimas sociales -y de todo orden- al amparo de la soberanía popular como poder constituyente funcionalmente representado a través de las instancias e instituciones propias del poder constituido en cada momento histórico. Se trata de

[114] Azcárate, G. de: *El self-government y la Monarquía doctrinaria,* cit., págs.56-57 y sigs.

[115] Azcárate, G. de: *El self-government y la Monarquía doctrinaria,* cit., pág. 60.

[116] Azcárate, G. de: *El self-government y la Monarquía doctrinaria,* cit., págs.63-66. Véase, igualmente, el Capítulo V ("Parlamentarismo"), págs. 91 y sigs.

[117] Azcárate, G. de: *El self-government y la Monarquía doctrinaria,* cit., Capítulo V ("Parlamentarismo"), págs. 91 y sigs.

[118] Azcárate, G. de: *El self-government y la Monarquía doctrinaria,* cit., Capítulo V ("Parlamentarismo"), pág. 96.

introducir el principio subyacente a la mutualidad (principio de solidaria social colectiva), frente al colectivismo socializante.

Pero según Azcárate el principio de soberanía del pueblo atiende a la heterogeneidad y pluralidad de los individuos y grupos que aglutina esa denominación, rechazando que pueda identificarse con una clase social determinada -por muy numerosa que ésta sea, pues ha de respetarse la opinión de las minorías-; y, desde luego, no se puede hacer de una clase un partido político (cuestionaría aquí los "partidos de clase" única, como algunos partidos conservadores y los partidos de socialismo radical o las formas de socialismo autoritario). Hay que aceptar el pluralismo presente en las sociedades avanzadas y su traslación a la esfera pública y al espacio político, de manera que hay que apostar por la libre discusión del problema social como presupuesto necesario para alcanzar una solución a dicho problema de paz y de justicia. La soberanía nacional -soberanía del pueblo- debe dar cuenta de su estructura compleja por la coexistencia de ámbitos sociales e ideologías diversas; y la necesidad de ser representada -estar presente- en el orden político y jurídico atendiendo a esa pluralidad subyacente en la sociedad. Por ello mismo, el mejor orden capaz de garantizarla es el régimen parlamentario representativo; que atienda, así, al advenimiento del "cuarto estado" a la vida política del país y reconozca el sufragio universal y la república. Y a la democracia constitucional, así entendida, corresponde un Estado constitucional entendido como Estado de pluralidad de clases, y no de clase única[119]. Hablaríamos de un Estado de Derecho social en sentido amplio. Estas expresiones -que Azcárate no utilizó evidentemente-, sin embargo describen bien su pensamiento para una Estado que organice el cuerpo social en su integridad.

Dada la interdependencia de la sociedad como un todo, la nueva sociedad democrática y pluralista deber ser estudiada a través de una nueva ciencia sociológica que está en permanente colaboración con las demás para alcanzar los fines (antropología, la religión, la moral, la filosofía, el Derecho, la Economía, la historia). En este sentido, lo social, total y genérico -observa- es lo propio de la sociología, lo social, particular y específico, corresponde a las diversas ciencias sociales.

En política, ese proyecto final de sociedad (sociedad no sólo de individuos[120], sino al propio tiempo de individuos socialmente situados) se encarnaría en el ideario plasmado en el programa del Partido Reformista, fundado ya en una edad muy avanzada (y del que formó parte desde su origen), pero que recogía las propuestas más avanzadas que él mismo realizara en su madurez y con la sabiduría que proporciona su larga experiencia como pensador y como hombre político (ser político en acción). Sus análisis no estaría muy lejos de las posiciones ya señaladas de Tönnies, pero también de Durkheim, cuando distinguía entre la "solidaridad mecánica" y la "solidaridad orgánica" para superar la *anomía social*, uno de cuyos exponentes estaría precisamente en el déficit de inclusión social de las clases trabajadores en el marco de una inadecuada división del trabajo social (la "cuestión social" planteada en las relaciones de trabajo asalariado en régimen de subordinación o dependencia a los poderes privados dominantes en las organizaciones productivas)[121].

---

[119] Para esta distinción -que se corresponde con el Estado constitucional contemporáneo-, veáse Giannini, M.S.: *El pode público. Estado y Administracioens públicas,* trad. y Prólogo de Luis Ortega, 1991, espec., págs.. 37 y sigs., 85 y sigs.,

[120] Sobre la construcción de la sociedad de individuos iguales, Rosanvallon, P.: *La sociedad de los iguales,* Barcelona, RBA Libros, 2012. La «sociedad de los iguales» surge tras los procesos revolucionarios del siglo XVIII, destacaba aquello común a los individuos, aquello que los igualaba.

[121] Durkheim, E.: *Escritos Selectos*, «Introducción» y Selección de A. Giddens, revisión, edición y estudio preliminar, "La sociología política de Durkheim: integración social, sociedad civil y democracia" (pp. XI-LXII), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021; Monereo Pérez, J.L.: "La filosofía social y jurídica de Durkheim: solidaridad y cuestión social", en Civitas. Revista española de derecho del trabajo", núm. 131 (2006), págs. 587-648; Monereo Pérez, J.L.: "Razones para actuar: solidaridad orgánica, anomia y cohesión social en el pensamiento de Durkheim", estudio preliminar a Durkheim, E.: *Sociología y filosofía*, trad. J.M. Bolaño (hijo), revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006, págs. VII-LXVI; Monereo Pérez, J.L.: "Cuestión social y reforma moral: Las 'corporaciones profesionales' en Durkheim, estudio preliminar a Durkheim, E.: *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del Derecho*,

Azcárate contempla el problema social partiendo de la legitimidad del "proletariado con razón y con derecho" una legislación protectora que garantice la justicia social[122]. Entiende que el "problema social" es "una consecuencia y manifestación de la crisis total, característica de los tiempos presentes, porque él es tan sólo una parte del que abarca la vida total". Y es así porque "tiene aquél tantos aspectos como ésta, y por eso, bajo el punto de vista económico, es el de la miseria; bajo el científico, el de la ignorancia; bajo el moral, el del vicio; bajo el religioso, el de la impiedad o del fanatismo, etc.; y por eso con motivo de esta cuestión se habla de las relaciones del capital con el trabajo, de sociedades cooperativas, de crédito popular; se habla de enseñanza primera gratuita, de la profesional y de la instrucción integral; se habla de las concupiscencias de estas o aquellas clases sociales, de los deberes de la riqueza, de los efectos del ahorro, de la laboralidad, de las virtudes todas…; se habla de libertad, personalidad, igualdad, asociación, propiedad, arrendamiento, herencia, libre contratación, usura, y se habla, en fin, de sociedades corales, de círculos de recreo, del poder educador del arte, de la necesidad de facilitar a los obreros el acceso a las galerías y museos públicos"[123]. En relación con la crisis del liberalismo individualista señala que "por todas partes se abre paso la concepción orgánica con todas sus naturales consecuencias y con la pretensión de hablar una solución que, sobre serlo de armonía entre el socialismo y el individualismo, corolarios respectivamente del sentido unitario y del empírico, supla de un modo real y positivo la artificial, limitada y relativa mantenida por el doctrinarismo ecléctico"[124]. Desde ese enfoque del organicismo social, afirma que "con el sentido orgánico de la vida, no su causa, y por tanto, que el Estado es soberano en la esfera del derecho y no en las demás; por donde, admitiendo la distinción, que es obra del periodo revolucionario, entre la esfera de acción propia del individuo y la propia del Estado, distinguiendo a su vez éste y la de aquél de la sociedad, y en consecuencia, admite la coexistencia del fin individual con el social, y como parte de éste, y no más, el jurídico; reconoce que la acción individual, la social y la del Estado se compenetran y necesitan.::"[125]. La tendencia de la democracia es a ampliar la esfera de protección del Estado respecto de los ciudadanos y también respecto al trabajo. En este contexto de una problema social de grandes dimensiones, cabe decir que "que la cuestión *obrera* sea el aspecto del problema *social* más manifiesto, el más visible y también el más interesante"[126]. Con Cimbali entiende que "el Estado, además, de las antiguas funciones de limitación, integración y tutela, está llamdo a ejercitar en el mundo moderno una que es por completo nueva, que suele denominarse función propiamente

trad. Estela Canto, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006, págs. VII-LI; Monereo Pérez, J. L.: "Inclusión social, división del trabajo y sistema democrático: Una reflexión sobre la teoría social de Durkheim. *Revista De Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, (4), (2022), págs. 20-73. https://doi.org/10.24310/rejlss.vi4.14214

[122] Azcárate, G. de: *"Alcance y significación de las llamadas leyes obreras, sociales o leyes del trabajo". Discurso leído por el señor D. Gumersindo de Azcárate, el día 10 de noviembre de 1893 en el Ateneo Científico y Literario de Madrid* con motivo de la apertura de sus cátedras, Madrid, Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Impresores de la Real Casa, 1893, pág. 6.

[123] Azcárate, G. de: *"Alcance y significación de las llamadas leyes obreras, sociales o leyes del trabajo". Discurso leído por el señor D. Gumersindo de Azcárate, el día 10 de noviembre de 1893 en el Ateneo Científico y Literario de Madrid* con motivo de la apertura de sus cátedras, Madrid, Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Impresores de la Real Casa, 1893, págs. 8-9.

[124] Azcárate, G. de: *"Alcance y significación de las llamadas leyes obreras, sociales o leyes del trabajo". Discurso leído por el señor D. Gumersindo de Azcárate, el día 10 de noviembre de 1893 en el Ateneo Científico y Literario de Madrid* con motivo de la apertura de sus cátedras, Madrid, Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Impresores de la Real Casa, 1893, págs. 18-19.

[125] Azcárate, G. de: *"Alcance y significación de las llamadas leyes obreras, sociales o leyes del trabajo". Discurso leído por el señor D. Gumersindo de Azcárate, el día 10 de noviembre de 1893 en el Ateneo Científico y Literario de Madrid* con motivo de la apertura de sus cátedras, Madrid, Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Impresores de la Real Casa, 1893, págs. 20-21.

[126] Azcárate, G. de: *"Alcance y significación de las llamadas leyes obreras, sociales o leyes del trabajo". Discurso leído por el señor D. Gumersindo de Azcárate, el día 10 de noviembre de 1893 en el Ateneo Científico y Literario de Madrid* con motivo de la apertura de sus cátedras, Madrid, Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Impresores de la Real Casa, 1893, págs. 26-27.

social, y cuyo objetivo ha de ser la resolución del conflicto en que hoy están empeñados capitalistas y obreros, bien está que se llamen *leyes sociales* todas las dictadas en estos últimos años sobre asuntos íntimamente relacionados con la cuestión obrera"[127]. En este sentido considera necesario realiza cambios legislativos de las leyes existentes y establecer una nueva legislación eminentemente social, porque la filosofía del mundo no ha dejado de cambiar sin cesar y el orden anterior es inoperante para afrontar las nuevas realidades y resolver los nuevos conflictos sociales. Es preciso redefinir las relaciones entre los tres elementos principales del orden social: individuo, sociedad y Estado. La relación entre estos tres elementos es orgánica dentro de un entramado de relaciones que impiden un aislamiento radical entre dichos elementos. La misión del Estado es asumir su nueva función social en aras de resolver los conflictos y alcanzar una armonía social que garantice la justicia y la paz social, evitando que la acción revolucionaria de las clases trabajadores por sus propios medios ante la abstención estatal y la actuación irresponsable de los más fuertes. En definitiva, se impone superar el "atomismo inorgánico", el "liberalismo abstracto", "el individualismo exclusivo, "el socialismo extremado"; "y una tendencia general a reorganizar la sociedad sin mengua de la libertad, para que "el individuo encuentre en su seno nuevas razones de dignidad". También en la esfera del Derecho existe una lucha entre la tradición el progreso, en cuanto pugna aquélla por mantener su imperio, y éste por arrebatárselo. En efecto, "en el orden jurídico se hace patente la crisis en el hecho de coexistir un derecho privado o sustantivo, informado por el elemento histórico, y un derecho público ó adjetivo, que es fruto del espíritu reformista, obra de la civilización moderna". Es necesario seguir la vía del progreso, y lo es tanto por razones de justicia social como de carácter eminentemente político, a saber: "Las leyes obreras o sociales son expresión, más o menos afortunada, de la aspiración, del deseo de resolver la antítesis existente entre el derecho privado y el público; de concertar las manifestaciones de estos dos elementos esenciales de nuestra naturaleza, el individual o autónomo, y el social o de subordinación; de restablecer la armonía entre el derecho sustantivo y las condiciones de vida económica moderna; *de emprender, en fin, el lento camino de las reformas para evitar el violento de las revoluciones"*. Hay que partir -asumiendo la reflexión de Ziegler- de la transformación gradual del orden existente poniendo en práctica el "espíritu social, el espíritu del porvenir. Esta tarea no es quizás tan seductora como los sueños dorados de la utopía; pero seguramente es más práctica que un sueño"[128].

En cualquier caso, Giner de los Ríos ya había puesto de relieve que con la "vieja política" del régimen ultraliberal no era posible resolver los conflictos sociales buscando un equilibrio entre lo individual y lo colectivo: era necesario inventar una "nueva política" armonización de los contrarios para establecer una organización social renovada, realizando el ideal del organicismo social, que, en el fondo, siempre fue el pilar central de la filosofía social del krausismo liberal en España[129].

---

[127] Azcárate, G. de: *"Alcance y significación de las llamadas leyes obreras, sociales o leyes del trabajo". Discurso leído por el señor D. Gumersindo de Azcárate, el día 10 de noviembre de 1893 en el Ateneo Científico y Literario de Madrid* con motivo de la apertura de sus cátedras, Madrid, Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Impresores de la Real Casa, 1893, pág. 30. Sobre el pensamiento de socialistas jurídicos como Cimbali, véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, espec., Capítulo 1 ("Los fundamentos doctrinales del Derecho social: la contribución del socialismo jurídico"), págs.21 y sigs., y Capítulo 4 ("Derecho social, socialismo democrático y constitución de la clase trabajadora"), págs. 191 y sigs.

[128] Azcárate, G. de: *"Alcance y significación de las llamadas leyes obreras, sociales o leyes del trabajo". Discurso leído por el señor D. Gumersindo de Azcárate, el día 10 de noviembre de 1893 en el Ateneo Científico y Literario de Madrid* con motivo de la apertura de sus cátedras, Madrid, Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Impresores de la Real Casa, 1893, pág 61 y sigs., en particular págs. 70-71; y en una dirección análoga viendo el problema social en una perspectiva más totalizadora (que incumbe al Derecho, la economía, la Ciencia, la Moral y la Religión), véase Azcárate, G. de: *El problema social,* Buenos Aires, Atalaya, 1946, págs. 212-213.

[129] Giner De Los Ríos, F.: "La política antigua y la política nueva", en Giner De Los Ríos, F.: *Estudios jurídicos y políticos,* Madrid, Victoriano Suárez, 1875, págs.65-199. Véase López Morillas, J.: *Racionalismo pragmático: el pensamiento de Francisco de los Ríos,* Madrid, Alianza, 1988; Monereo Pérez, J.L.: "El pensamiento sociopolítica y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos (I y II)", en *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo. ReDCE*. Año 8. Núm. 15-16 (2011), págs. 543 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: "El reformismo socio-liberal de Giner de los

Con todo, se percibe nítidamente que la política de reforma social tenía una doble misión de conservación y de reforma; se planteaba la integración de las clases trabajadores evitando su posible emancipación por sus propios medios. Se ha afirmado, clásicamente, que "a la postres, la aparición histórica del Derecho Obrero como categoría jurídica no tiene otra explicación verosímil y convincente que la de "solución defensiva y pacificadora" de la lucha social y política entre la burguesía y el proletariado dentro del sistema capitalista de producción y la sociedad de clases que se pretendía conservar"[130].

2. BIBLIOGRAFÍA DE GUMERSINDO DE AZCÁRATE

Azcárate, G. de: «De los gastos de juicio y de las costas procesales», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol, 15 n. º 30, 1867, pp. 193-204.

Azcárate, G. de: «Bancos hipotecarios. Imposibilidad de establecerlos hoy en España», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Vol. 32 , Abril de 1868, pp. 401-415.

Azcárate, G. de: *Electores de la circunscripción de León*, 26 de diciembre 1868, León, Imprenta Miñón, 1868.

Azcárate, G. de: *Discurso presentado por D. Gumersindo de Azcárate para el ejercicio del doctorado en la Facultad de Derecho de Madrid, sección de Derecho Civil y Canónico, Madrid 25 de Julio de 1869*. Publicado como «Juicio Crítico de la Ley 61 de Toro, exponiendo sus motivos, su objeto y conveniencia», Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, año I, n.º I, enero-marzo 1918, pp. 12-22.

Azcárate, G. de: «Estudio sobre el objeto y carácter de la Ciencia económica y su relación con la del Derecho*», Boletín de la Revista de la Universidad de Madrid*, vol. 3, n.0 5 1870, pp. 317-331. Posteriormente en *Revista General de Legislación y jurisprudencia,* vol. 19, n.º 38, 1871, pp. 305-328 y 401-427.

Azcárate, G. de: «La administración de justicia y la prensa» en *La Propaganda,* 1871.

Azcárate, G. de: «El problema social de ayer y hoy», *Boletín de la Revista de la Universidad de Madrid,* n.º 4, octubre de 1873, pp. 470-477. Posteriormente como «Estudio sobre el problema social» en *Estudios Económicos y Sociales,* 1876, pp. 127-138 y más tarde como Apéndice en *Resumen de un debate sobre el problema social* 1881, pp. 215-226.

Azcárate, G. de: «Ensayo de una introducción al estudio de la Legislación comparada y programa de esta asignatura», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* vol. 21, n.º 44, 1874, p 91 y vol. 22, n.º 45, 1874, pp. 5-59.

Azcárate, G. de: «Algunas observaciones sobre el problema social», *Revista Europea,* n.º 95, 3 de enero de 1875, pp. 297-301. Posteriormente como «Observaciones sobre el modo de considerar y resolver últimamente el problema social» en *Estudios Económicos y Sociales,* Madrid, Librería de V. Suárez 1876, pp. 139-158.

Rios. Organicismo y corporativismo social", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 142 (2009), págs. 279-338. Giner De Los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* edición y estudio preliminar, "El organicismo social de Giner de los Ríos", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008. Sus presupuestos fundamentales son compartidos y expuestos tantos por Azcárate como por Adolfo Posada. Para su verificación, consúltese Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., Capítulo I (sobre la "teoría organicista" del Estado y del Derecho en el krausismo), págs. 31-131.

[130] Palomeque López, M.C.: *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España* (1873-1923), 7ª ed., revisada (1ª ed., 1980), Madrid, Tecnos, 2011, pág.144.

Azcárate, G. de: «El self-government y la monarquía doctrinaria. La legalidad de los partidos políticos», *Revista de España,* tomo XLVIII, núm. 190, 28 de enero de 1876, pp. 145-167. Posteriormente, capítulo primero de *El Self-government y la Monarquía Doctrinaria,* Madrid, Imprenta de A. San Martin, 1877.

Azcárate, G. de: «El self-government y la monarquía doctrinaria. El gobierno personal», *Revista de España,* tomo XLVIII, núm. 191, 13 de febrero de 1876, pp. 289-307. Posteriormente, capítulo II de *El Self-government y la Monarquía Doctrinaria,* Madrid, Imprenta de A. San Martin, 1877.

Azcárate, G. de: «El self-government y la monarquía doctrinaria. Legitimidad de las revoluciones», *Revista de España,* tomo XLIX, núm. 193, 13 de marzo de 1876, pp. 35-52. Posteriormente, capítulo III de *El Self-government y la Monarquía Doctrinaria,* Madrid, Imprenta de A. San Martin, 1877.

Azcárate, G. de: «El self-government y la monarquía doctrinaria. Las constituciones irreformables», *Revista de España,* tomo XLIX, núm. 194, 28 de marzo de 1876, pp. 145-169. Posteriormente, capítulo IV de *El Self government y la Monarquía Doctrinaria,* Madrid, Imprenta de A. San Martin, 1877.

Azcárate, G. de: «El positivismo en el Ateneo de Madrid», *Revista Contemporánea,* t. III, abril-mayo 1876, 15 de mayo, pp. 351-367

Azcárate, G. de: «El positivismo y la civilización», *Revista Contemporánea,* t. IV, 30 de junio y 30 de julio de 1876, pp. 230-250 y 465-499. «El self-government y la monarquía doctrinaria. El parlamentarismo».

Azcárate, G. de: «El self-government y la monarquía doctrinaria. El parlamentarismo», *Revista de España*, tomo LI, núm. 202, 28 de julio de 1876, pp. 145-169. Posteriormente, capítulo V de *El Self-government y la Monarquía Doctrinaria*, Madrid, Imprenta de A. San Martin, 1877.

Azcárate, G. de: «El self-government y la monarquía doctrinaria. La centralización», *Revista de España*, tomo LI, núm. 204, 28 de agosto de 1876, pp. 461-488. Posteriormente, capítulo VI de *El Self-government y la Monarquía Doctrinaria*, Madrid, Imprenta de A. San Martin, 1877.

Azcárate, G. de: «El self-government y la monarquía doctrinaria. El jurado», *Revista de España*, tomo LII, núm. 205, 13 de septiembre de 1876, pp. 5-26. Posteriormente, capítulo VII de *El Self-government y la Monarquía Doctrinaria*, Madrid, Imprenta de A. San Martin, 1877.

Azcárate, G. de: «El self-government y la monarquía doctrinaria. Prerrogativas de la Corona», *Revista de España*, tomo LII, núm. 206, 28 de septiembre de 1876, pp. 145-165. Posteriormente, capítulo VIII de *El Self-government y la Monarquía Doctrinaria*, Madrid, Imprenta de A. San Martin, 1877

Azcárate, G. de: «Influencia del principio democrático sobre el derecho privado», *Revista de España*, tomo LII, núm. 208, 28 de octubre de 1876, pp. 448-474. «Una carta sobre la filosofía española», *Revista Europea*, n.º 141, 5 de noviembre de 1876, pp. 592-594.

Azcárate, G. de: *Minuta de un testamento*. Madrid, Librería de V. Suárez, 1876. Reeditada en Estudios religiosos) Madrid, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1933. Posteriormente se ha reeditado con estudio preliminar de Elías Díaz, Barcelona, Ediciones de Cultura Popular, 1967. Más tarde, de nuevo con el estudio de Elías Díaz y anexos, Granada, Comares, 2004, y, finalmente, con estudio preliminar y notas de Gonzalo Capellán de Miguel, Madrid, Fundación Giner de los Ríos/ Fundación Sierra Pambley, 2017.

Azcárate, G. de: *Estudios Económicos y Sociales*, Madrid, Librería de V. Suárez, 1876. Reeditada, con estudio preliminar de Juan Ignacio Palacio Morena, Madrid, Ediciones Cinca, 2018.

Azcárate, G. de: Traducción (con Santiago Innerarity) de la 3.ª edición de Lord Mckenzie, *Estudios de Derecho Romano comparado en algunos puntos con el francés, el inglés y el escocés y ampliación con notas e indicaciones relativas al derecho español común y foral*, Madrid, Francisco Góngora editor, 1876.

Azcárate, G. de: «El Derecho y la Religión», *Revista Europea*, n.º 147, 17 de diciembre de 1876, pp. 769-777.

Azcárate, G. de: «Los partidos políticos», Revista de España, tomo LIV, núm. 213, 13 de enero de 1877, pp. 5-36.

Azcárate, G. de: *El Self-government y la Monarquía Doctrinaria*, Madrid, Imprenta de A. San Martin, 1877. Reeditado en 2009. Azcárate, G. de: *El self-government y la Monarquía doctrinaria,* edición, estudio preliminar, "Azcárate y la Monarquía democrática" (pp. XI-LXXX), y notas de G. Capellán de Miguel, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

Azcárate, G. de: *El pesimismo en su relación con la vida práctica*, conferencia en la Institución Libre de Enseñanza el día 18 de febrero de 1877, Madrid, Imprenta Central. Reeditado en *Revista Europea*, n.º 158, 4 de marzo de 1877, pp. 257-265.

Azcárate, G. de: «La capacidad jurídica en el derecho español», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, 1877, p. 5.

Azcárate, G. de: «Ampliación del Derecho Civil y Códigos españoles», *Boletín de la Institución libre de Enseñanza*, 1877, p. 18.

Azcárate, G. de: «Legislación comparada (hasta fines de la Edad Media)», *Boletín de la Institución libre de Enseñanza*, 1877, p. 57.

Estudios filosóficos y políticos. Madrid, Librería de V. Suárez, 1877.

Azcárate, G. de: «La actual crisis política de Francia», *Revista de España*, tomo LVIII, núm. 230, 28 de septiembre de 1877, pp. 157-179.

Azcárate, G. de: *La Constitución inglesa y la política del continente*, Madrid, Imprenta de M. Mi nuesa de los Ríos, 1878.

Azcárate, G. de: «Derechos hereditarios de los cónyuges», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 26, n.º 52, 1878, pp. 5-20.

Azcárate, G. de: «Historia del derecho de propiedad», Revista General de Legislación y Jurisprudencia, vol. 26, n.º 53, 1878, pp. 465-476.

Azcárate, G. de: «Prólogo» a Estudios jurídicos de D. José María Maranges, catedrático que fue de Derecho Natura/y Romano en la Universidad de Madrid, Madrid, Imprenta, Estereotipia y Galvanoplastia de Adibau y C.ª, 1878, pp. V-XIII.

Azcárate, G. de: «El poder del Jefe del Estado en Francia, Inglaterra y los Estados Unidos», conferencia impartida en la Institución Libre de Enseñanza el 20 de enero de 1878, *Revista de España*, tomo LX, núm. 239, 13 de febrero de 1878, pp. 398-41O.

Azcárate, G. de: «Las jerarquías y la sociedad moderna», *Revista de Asturias*, n.º 19, 5 de mayo de 1878, pp. 398-41O.

Azcárate, G. de: Azcárate, G. de: «El problema social», *Revista de España*, tomo LXIV, núm. 256, octubre de 1878, pp. 433-452; tomo LXV, núm. 257, noviembre de 1878, pp. 5-19; núm. 258, noviembre de 1878, pp. 145-167; núm. 259, diciembre de 1878, pp. 236-319; núm. 260, diciembre de 1878, pp. 433-449 y tomo LXVI, núm. 261, enero de 1879, pp. 5-23.

Azcárate, G. de: «Prólogo» y traducción con Vicente Innerarity de E. Fawcett, El libre-cambio y la protección. *Investigación de las causas que han retardado la adopción general de la libertad de comercio desde que se introdujo en Inglaterra*, Madrid, Librería de V. Suárez, 1879.

Azcárate, G. de: «Prólogo (traducción de Santiago Innerarity) de Mrs. Fawcett, Economía política para principiantes, Madrid, Imprenta de Lucas Polo, s.f.

Azcárate, G. de: «Una observación sobre la historia de la propiedad eclesiástica», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza,* III, 1879, p. 33.

Azcárate, G. de: «La crisis económica y la reacción proteccionista en Europa, 8 de febrero de 1879», en *Conferencias celebradas por el Ateneo Mercantil de Madrid en el curso de 1878 a 1879,* Madrid, La Universal, 1879.

Azcárate, G. de: «La encíclica Aeterni Patris», *Revista de España,* t. LXX, n.º 278, septiembre de 1879, pp. 172-187.

Azcárate, G. de: «Idea de Constitución política», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza,* n.º 61, 31 de agosto de 1879, p. 125.

Azcárate, G. de: «El hombre práctico», *Revista Europea,* n.º 296, 26 de octubre de 1879, pp. 514-519.

Azcárate, G. de: Introducción a Concepción Arenal, *Ensayo sobre el derecho de gentes,* Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1879, pp. IX-XLIY.

C Azcárate, G. de: onferencia sobre el libro de May «La democracia en Europa», s.l., Imprenta y fundición de la Viuda e Hijos de García, s.f. (¿1878?). Más tarde como «Exposición del libro de May *La demacracia en Europa, Revista Europea, t.* XIII, 1879, pp. 577 y ss. y 646 y ss.

Azcárate, G. de: Edición y notas críticas *(J*unto a Francisco Giner y Augusto G. Linares) de Enrique Ahrens, *Compendio de la Historia del Derecho Romano,* Madrid, Librería de V. Suárez, 1879.

Azcárate, G. de: *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa,* Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, tomo I, 1879; tomo II, 1880; tomo III, 1883.

Azcárate, G. de: «La crisis económica y la reacción proteccionista en Europa», *La América* núm. 17, 8 de septiembre de 1880, pp. 6-7.

Azcárate, G. de: «Jovellanos juzgado por un alemán», *La Ilustración Gallega y Asturiana,* Tomo II, n.º 35, 18 de diciembre de 1880, p. 437.

Azcárate, G. de: «Prólogo» a Miguel Moya, *Conflictos entre los poderes del Estado. Estudio político*, Madrid. 1881.

Azcárate, G. de: *Resumen de un debate sobre el problema social* Madrid, Gras Cía., 1881. Reeditado como *El problema social,* Buenos Aires, Atalaya, 1946.

Azcárate, G. de: *Código civil de la República de Chile precedido de un juicio crítico de Gumersindo de Azcárate,* Madrid, establecimiento Tip. de García y Caravera, 1881, pp. III-XXVI.

Azcárate, G. de: «Sanción de la opinión pública en el orden moral», *Revista de España,* t. LXXX, 1881, n.º 319, pp. 408-418.

Azcárate, G. de: «Un discurso sobre la libertad de enseñanza», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza,* n.º 95, 31 de enero de 1881, pp. 11-13.

Azcárate, G. de: *A los Electores del distrito de León,* 15 de agosto de 1881, León, Imprenta de García Pérez y Hnos., 1881.

Azcárate, G. de: «Propiedad del Estado», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza,* tomo VI, 1882, pp. 29-33 y 42-43.

Azcárate, G. de: «El Senado en Europa», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza,* VI, 1882 n.º 122, 15 de marzo de 1882, pp. 54-56.

Azcárate, G. de: *Informe* (emitido junto a Augusto Comas y Luis Silvela) *sobre el Proyecto de Código y Tribunales de Comercio presentado al claustro de la facul tad de Derecho de la Universidad de Madrid y aprobado en sesión de 20 de marzo de 1882,* Madrid, Imprenta de Manuel G. Hernández, 1882.

Azcárate, G. de: «Darwin juzgado por un canónigo», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza,* VI, 1882 n.º 126, 16 de mayo de 1882, pp. 101-102.

Azcárate, G. de: «Los gobiernos de partido», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza,* n.º 136, 16 de octubre de 1882, pp. 223-225.

Azcárate, G. de: «Los partidos políticos según Minguetti», *Boletín de fa Institución Libre de Enseñanza,* n.º 143, 15 de enero de 1883, pp. 20-26 y n.º 145, 28 de febrero, pp. 52-57.

Azcárate, G. de: «Política comparada de Freeman», *Boletín de fa Institución Libre de Enseñanza,* n.º 153, 30 de junio de 1883, pp. 177-181, y n.º 155, 31 de julio, pp. 177-180 y 209-213.

Azcárate, G. de: «Organización municipal en Europa», *Boletín de fa Institución Libre de Enseñanza,* 158, 159 y 160 (1883), pp. 257-260, 279-281 y 293-296, respectivamente. Posteriormente incluido en *Municipalismo y Regionalismo,* Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1979.

Azcárate, G. de: *Tratados de Política. Resúmenes y juicios críticos,* Madrid, Imp. Enrique de la Riva, 1883. Reeditada, Pamplona, Analecta, 2003.

Azcárate, G. de: «Vestigios del primitivo comunismo en Europa», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza,* n.º 157, 31 de agosto de 1883, pp. 247-248.

Azcárate, G. de: «Condición de los obreros ingleses», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza,* 1884, pp. 84-86.

Azcárate, G. de: *Intereses de España en Marruecos. Discursos pronunciados en el Meeting de la Sociedad Española de Africanistas y* Azcárate, G. de: *Colonistas celebrado en el teatro de la Alhambra el día 30 de marzo de 1884 por los señores… D. Gumersindo de Azcárate,* Madrid, Instituto de Estudios Africanos, 1951, pp. 50-57.

Azcárate, G. de: *Prólogo a Obras de D. Nicolás Salmerón,* tomo primero, discursos parlamentarios. Madrid, Gras y Compañía, Editores, 1885.

Azcárate, G. de: *El régimen parlamentario en la práctica,* Madrid, Imprenta Fortanet, 1885. Posteriormente, Madrid, Librería de Fernando Fe, 1892. Más tarde, con prólogo de Adolfo González Posada, Madrid, Imprenta de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1931; con prólogo de Enrique Tierno, Madrid Tecnos, 1978, y, finalmente, en edición facsímil, Pamplona, Analecta, 2006.

Azcárate, G. de: «La Nación y la Realeza en los estados de la Corona de Aragón», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* vol. 33, n.º 66, 1885, pp. 442-261.

Azcárate, G. de: «El Derecho y la Política» en *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza,* 1885, pp. 55-56.

Azcárate, G. de: «El Estado en sus relaciones con la Iglesia», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza,* 1885, pp. 324-328.

Azcárate, G. de: *Breve resumen del pleito promovido por don Faustino Rodríguez San Pedro a la Sociedad Anselmo Cifuentes y C[a] reclamando rvn. 2.676.460'36, como remuneración de sus servicios,* Madrid, Imprenta Fortanet, 1885.

Azcárate, G. de: «La inmoralidad política», *Revista de España,* t. CII 1885, pp. 321-331.

Azcárate, G. de: «El Gobierno representativo en Inglaterra», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza,* n.º 216, 15 de febrero de 1886, pp. 33-35, n.º 221, 30 de abril de 1886, pp. 113-117 y n.º 226, 15 de julio de 1886, pp. 193-195.

Azcárate, G. de: «A los electores del distrito de León», 13 de marzo de 1886, León, Imprenta de Hemeterio García Pérez. Luego publicado en *El Porvenir de León,* 31 de marzo de 1886, n.º 2239, año xiv.

Azcárate, G. de: «El concepto de la religión», *El Porvenir de León,* 28 de abril de 1886, p. 1. «La moral religiosa y la moral filosófica», *El Porvenir de León,* 5 de mayo de 1886, p. 1.

Azcárate, G. de: «Olózaga. Origen, ideas y vicisitudes del partido progresista. El Parlamento desde 1840 hasta 1866», en *La España del S.XIX* (Colección de Conferencias históricas. Curso 1885-86) Tomo II, Ateneo Científico, Literario y Artístico de Madrid, Madrid, Librería de D. Antonio San Martín, 1886.

Azcárate, G. de: «Absolutismo», «asociación», «caciquismo», «cesarismo», «democracia», «doctrinarismo», «estado», «gobierno», «libertad», «parlamentarismo», «partido», «poder», «república», «rey», «revolución» y «senado», en *Diccionario Enciclopédico Hispano-americano,* Barcelona, Montaner y Simón, 1887-1903, t. I, pp. 175-176; t. II, pp. 841-842, 85, 1268, 252-253,296-297; t. VII, pp. 921-923, 525-527; t. XI, pp. 867-874; t. xiv, pp. 841-845 y 984-985; t. XV, pp. 868-874; t. XVII, pp. 444-446, 568-569 y 862-863; t. XVIII, pp. 1000-1003.

Azcárate, G. de: «Prólogo» a Rafael Altamira, *Historia de la propiedad comunal,* Madrid, J. López Camacho, 1890, pp. XI-XIV

Azcárate, G. de: «El evangelio de la riqueza por Mr. Andrew Carnegie», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza,* n.º 326, 16 de septiembre de 1890.

Azcárate, G. de: «El genio de las naciones», *Revista de España,* t. CXXXI, n.º 521, 1890, pp. 403-410.

Azcárate, G. de: «Secularización de la política», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza,* n.º 315, 31 de marzo de 1890, pp. 93-95.

Azcárate, G. de: «La República norteamericana según el profesor Bryce», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza,* n.º 329, 31 de octubre de 1890, pp. 313-317; n.º 330, 16 de noviembre de 1890, pp. 331-336; n.º 331, 30 de noviembre de 1890, pp. 363-368; n.º 334, 16 de enero de 1891, pp. 8-10 y n.0 335. 31 de enero de 1891, pp. 23-29. «Interesante estadística», *La Justicia,* 1891.

Azcárate, G. de: «De la Administración provincial y municipal» (I) *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* vol 39, n.º 79, 1891, pp. 506-533; (II), vol. 40, n.º 80, 1892, p. 66.

Azcárate, G. de: *El concepto de sociología. Discurso de recepción del Ilmo. Sr. D. Gumersindo de Azcárate en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el* 7 *de mayo de 1891*. Tomo VI, 1891.1894, Madrid, Imprenta y litografía de los huérfanos, 1894. Reeditado junto a «Un estudio sobre los deberes de la riqueza», Barcelona, Imprenta de Heinrich y Cª, 1904. Posteriormente en *Estudios Sociales.* Madrid. Sucesora de M. Minuesa de los Ríos. 1933, pp. 283-344. También en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas,* 56, octubre-diciembre de 1991, pp. 242-273.

Azcárate, G. de: «La vida local», discurso pronunciado en el Ateneo Científico y Literario de Madrid el día 1O de noviembre de 1891, posteriormente incluido en *Municipalismo y Regionalismo,* Madrid. Instituto de Estudios de Administración Local, 1979, pp. 53-122.

Azcárate, G. de: «Teoría y práctica de las represalias en materia arancelaria», conferencia pronunciada por el Sr. Gumersindo de Azcárate en el Círculo de la Unión Mercantil e Industrial el día 18 de diciembre de 1891, Madrid, Tipografía de Tomás Minuesa de los Ríos, 1892

Azcárate, G. de: «Los Estados Unidos», conferencia en el Ateneo de Madrid, 15 de febrero de 1892, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1892.

Azcárate, G. de: «Deberes y responsabilidades de la riqueza», discurso leído en el Ateneo Científico y Literario, Madrid, el día 11 de noviembre de 1892. Sucesores de Rivadeneyra, 1892. Posteriormente publicado en *Estudios Sociales,* Madrid, Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1933, pp. 97-199.

Azcárate, G. de: «Prólogo-Artículo» a H. Sumner Maine, *El Derecho antiguo (ancient law) considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las ideas modernas,* Madrid, Escuela Tip. del Hospicio, 1893.

Azcárate, G. de: «Doña Concepción Arenal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* vol. 41, n.º 82, 1893, pp. 5-8.

Azcárate, G. de: «Carta a Accacio Rosa», 18 de marzo de 1893, en *A Nosa independencia e o Iberismo, Lisboa,* Livraria e typographica de F. Silva, 1895, p. XXV.

Azcárate, G. de: Intervención en la discusión mantenida en la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas sobre el tema «Ventajas e inconvenientes de convertir el derecho de sufragio en una función pública obligatoria», Madrid, 30 de enero y 6 de marzo de 1894, *Memorias, Tomo VIII,* RACMP, pp. 380-381 y 390-392.

Azcárate, G. de: «El problema social», conferencia en el Ateneo de Madrid, 1O de noviembre de 1893, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1893. Reeditado como «Leyes obreras, leyes sociales o leyes del trabajo», discurso leído en el Ateneo Científico y Literario, Madrid, el día 1O de noviembre de 1893, *Revista de España,* tomo CLXIV, 1894, pp. 54-80 y 129-158. Posterior mente, como «El problema social y las leyes del trabajo», en *Estudios Sociales,* Madrid, Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1933, pp. 201-282.

Azcárate, G. de: *De la autoridad política en la sociedad contemporánea, Discursos de recepción del Doctor D. Eduardo Sanz y Escartín y contestación del Ilmo. Sr. D. Gumersindo de Azcárate leídos en la Junta Pública de 25 de febrero de 1894,* s. n., 1894, pp. 679-697.

Azcárate, G. de: *Doña Concepción Arenal en la ciencia jurídica, sociológica y en la literatura,* junto a Salillas y Sánchez Moguel), Madrid, Librería de V. Suárez, 1894. «La cuestión de Irlanda», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* vol. 43, n.º 86, 1895, pp. 240-255.

Azcárate, G. de: Recensión de Pierre Armijon, «L'Administration locale de L'Angleterre» (1895), *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* vol. 43, n.º 87, 1895, pp. 457-463.

«Un libro sobre la evolución social», *Revista de Derecho y de Sociología,* vol. 1, n.º 1, 1895, pp. 8-27; vol. 1, n.º 2, 1895, pp. 159-170; vol. 1, n.º 5, 1895, pp. 548-561.

Azcárate, G. de: *Discursos pronunciados en el Congreso de los Diputados el día 15 de abril de 1895 por los señores* D. *Gumersindo de Azcárate con motivo de la discusión del presupuesto de establecimientos penales,* Madrid, Imprenta de José Góngora y Álvarez, 1895. Suplemento al n.º 16 del año III de la *Revista de las Prisiones*.

Azcárate, G. de: *Algunos casos de la vida municipal norteamericana,* conferencia pronunciada el día 14 de diciembre de 1895 en Madrid en el Círculo Mercantil. BRAH. Posteriormente incluido en *Municipalismo y Regionalismo,* Madrid. Instituto de Estudios de Administración Local, 1979, pp. 125-141.

Azcárate, G. de: *La filosofía de la anarquía,* informe leído por el Ilmo. Sr. D. Gumersindo de Azcárate en la sesión ordinaria del 23 de junio de 1896 en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en *Memorias,* RACMP, 1896, pp. 267-279.

Intervención en la discusión mantenida en la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas sobre el tema: «Impuesto progresivo sobre las rentas y utilidades», Madrid, 17, 24 de noviembre, 9 de diciembre de 1896, 9 de febrero y 9 de marzo de 1897, en *Extractos de* Azcárate, G. de: *Discusiones,* RACMP, Tomo III, pp. 518-519; 520-521; 523-524; 529; 534-535.

Azcárate, G. de: *Programa de Legislación Comparada, Curso 1897-1898,* s. l. s. n. Manuscrito.

Azcárate, G. de: *Biografía de* D. *Manuel Pedregal y Cañedo,* conferencia pronunciada en Grado, 2 de septiembre de 1897, y leída en velada necrológica en el Ate neo de Madrid, Gijón, Fototipia y Tipografía de O. Bellmunt y Cía, 1897.

Azcárate, G. de: *Extracto del discurso en la Velada en memoria de Don Antonio Cánovas del Castillo celebrada en el Ateneo de Madrid el 9 de noviembre de 1897,* Madrid, Imprenta de los hijos de M.G. Hernández, pp-3-8.

Azcárate, G. de: «Una obra notable sobre el Código Civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* vol. 46, n.º 93, 1898, p. 28.

Azcárate, G. de: «Informe del Ilmo. Sr. D. Gumersindo de Azcárate leído en la sesión del 17 de enero de 1899 sobre el número del *Journal des Economistes,* correspondiente al día 15 de diciembre de 1898 en el que Federico Passy publica dos cartas escritas a seguida de la terrible represión de La *Commune,* siendo autor de una de ellas, Mr. Alejandro Dumas, Hijo», en *Memorias,* RACMP, 1899, pp. 49-56.

Azcárate, G. de: Recensión de Napoleone Colajani, «El Socialismo» (1898), *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* vol. 47, n.º 94, 1899, pp. 386-399.

Intervención en la discusión mantenida en la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas sobre el tema «Hasta qué punto es compatible en España el regionalismo con la unidad necesaria del Estado», Madrid, 24 de enero de 1899, *Extractos de Discusiones,* RACMP, Tomo 1.º, parte 1.ª, 1900, pp. 11-17 y 21-23. Posteriormente incluido en *Municipalismo y* Azcárate, G. de: *Regionalismo,* Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1979, pp. 143-153.

Azcárate, G. de: «Informe del Ilmo. Sr. D. Gumersindo de Azcárate leído en la sesión del 7 de marzo de 1899 sobre el número de enero de 1899 del *Journal des Economistes,* acerca de dos artículos, uno titulado ¿De qué nace la inferioridad actual de los franceses? y el otro, El bachillerato» en *Memorias,* RACMP, Tomo IX, 1899, pp. 65-67.

Azcárate, G. de: «Plan de Sociología», *BILE* XXIII, n.º 471, junio de 1899, pp. 183-190.

Intervención en la discusión mantenida en la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas sobre el tema: «Sentido general en que debe llevarse a cabo la reforma de la enseñanza en España», Madrid, 14 de noviembre de 1899, 13 de febrero de 1900, *Extractos de Discusiones,* RACMP, 1901, Tomo 1.º, parte 2.ª, pp. 31-36; 131-135.

Azcárate, G. de: Conferencia dada en el curso «Centralización, descentralización y regionalismo», Ateneo de Madrid, 16 de marzo de 1900, BRAH. Posteriormente incluido en *Municipalismo y Regionalismo,* Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1979, pp. 155-165.

Azcárate, G. de: *La representación corporativa. Conferencia explicada por el Sr. D. Gumersindo de Azcárate en la noche del 30 de marzo de 1898 en el Círculo de la Unión Mercantil e Industrial de Madrid,* Madrid, Avrial Impresor, 1900.

Azcárate, G. de: Intervención en la discusión mantenida en la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas sobre el tema «Representación política de las corporaciones, asociaciones y fundaciones», Madrid, 4 de diciembre de 1900. *Extractos de Discusiones,* RACMP, 1902, Tomo 2.º, parte 2.ª, pp. 10-18.

Azcárate, G. de: Intervención en la discusión mantenida en la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas sobre el tema «Ventajas e inconvenientes de la ampliación de los servicios sociales a cargo de los municipios», Madrid, 29 de enero de 1901. *Extractos de Discusiones,* RACMP, Madrid, 1902, Tomo 2.º, parte 1.ª. Posteriormente incluido en *Municipalismo y Regionalismo,* Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1979, pp. 167 a 182.

Azcárate, G. de: *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individua el referéndum y la costumbre. Discursos leídos ante la Real academia de Ciencias Morales y Políticas en la recepción pública del Señor D. Joaquín Costa y Martínez, el día 3 de febrero de 1901. [contestación del Sr. D. Gumersindo de Azcárate) académico de número],* Madrid, Imprenta de San Francisco de Sales, 1901, pp. 93-105.

Azcárate, G. de: Intervención en la discusión mantenida en la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas sobre el tema: «Método procedente en el estudio de los hechos sociales», 5 y 19 de noviembre de 1901. *Extractos de Discusiones,* RACMP, Madrid, 1903, Tomo 2.º, parte 2.\ pp. 4-45.

Azcárate, G. de: *Explicación de Don Gumersindo de Azcárate correspondiente a la lección 47 del programa de legislación Comparada publicada por sus alumnos en el curso de 1901 a 1902,* Madrid, Establecimiento Tip. Santa Engracia, 1902.

Azcárate, G. de: «El programa de Manresa», *La Lectura,* n.º 13, enero de 1902, pp. 22-32. Posteriormente incluido en *Municipalismo y Regionalismo,* Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1979, pp. 183-195.

Azcárate, G. de: *Discurso pronunciado por D. Gumersindo de Azcárate en el Congreso de los diputa dos el día 14 de abril de 1902 con motivo de la interpelación del Sr. Silvela (D. Francisco) acerca del programa del nuevo gobierno,* Madrid, Establecimiento Tipográfico de los hijos de J. A. García, 1902.

Azcárate, G. de: Intervención en la discusión mantenida en la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas sobre el tema «Causas de la indiferencia en relación con la política», Madrid, del 15 de abril al 6 de mayo de 1902, *Extractos de Discusiones,* RACMP, 1904, Tomo II, Parte 2.ª, pp. 47-79.

Azcárate, G. de: *Discursos leídos en el acto de dar solemne posesión de la investidura de Académico de Mérito al Excmo. Sr. D. José Díez Macuso celebrada el 21 de Junio de 1902.* [Contestación de Gumersindo de Azcárate], Madrid, Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, 1902, pp. 6-14.

Azcárate, G. de: Intervención en la discusión mantenida en la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas sobre el tema: «Importancia del factor económico en la organización social. Critica del llamado materialismo histórico» Madrid, 18 de noviembre de 1902. *Extractos de Discusiones,* RACMP, 1907, Tomo III, pp. 5-13.

Azcárate, G. de: «León XIII y la cuestión obrera», *La Lectura. Revista de ciencias y de artes,* año II, t. 2, 1903.

Azcárate, G. de: «Prólogo» a marqués de Camarines, *Algo sobre la cuestión obrera, diversas opiniones,* Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1903, pp. 5-8.

Azcárate, G. de: *Neutralidad de la ciencia,* discurso pronunciado en el Centro de Fusión Republicana con motivo de la apertura de la Universidad Popular de Valencia el 8 de febrero de 1903, Valencia, F. Sempere y C.ª editores, 1903.

Azcárate, G. de: *Neutralidad de la Universidad,* discurso pronunciado en la apertura de la Universidad Popular de Valencia el 8 de febrero de 1903. Madrid, R. Rojas, 1903. Reeditado en *Estudios religiosos,* Madrid, Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1933, pp. 283-31O.

Intervención en la Velada en honor de D. Gabriel Rodríguez y Benedicto celebrada el 24 de mayo de 1903, Madrid, Imprenta de Jaime Ratés, 1903, pp. 5-12.

Azcárate, G. de: Discurso en el Mitin republicano de Santander, «Azcárate en Santander, el mitin de ayer», E/ *Cantábrico,* Santander, año IX, 16 de noviembre de 1903.

Intervención en la discusión mantenida en la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas sobre el tema: «Del movimiento proteccionista en Inglaterra», Madrid, 17 de noviembre de 1903. *Extractos de Discusiones,* RACMP, 1907, Tomo III, pp. 117-121.

Azcárate, G. de: *Autonomía Universitaria,* ponencia en la II Asamblea Universitaria celebrada en Barcelona del 2 al 7 de enero de 1905, Barcelona, Serra Hnos. y Russell, S. A., 1905.

Azcárate, G. de: Intervención en la discusión mantenida en la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas sobre el tema: «Discusión acerca de la persona y doctrinas filosóficas de Herbert Spencer», Madrid, 21 de marzo de 1905. *Extractos de Discusiones,* RACMP, 1907, Tomo III, pp. 196-198.

Azcárate, G. de: *Los latifundios,* Madrid, s. n., 1905.

Azcárate, G. de: «Carta-Prólogo» a Práxedes Zancada, *El problema de las pensiones para los obreros en España,* Madrid, Liberia Editorial, 1905, pp. V-VII.

Azcárate, G. de: Intervención en la discusión mantenida en la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas sobre el tema: «El impuesto sobre la renta», Madrid, 11 de abril de 1905. *Extractos de Discusiones,* RACMP, 1907, Tomo III, pp. 293-296.

Azcárate, G. de: *El materialismo histórico, en relación con algunas de las principales instituciones del derecho privado. Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en la recepción pública del Sr.* D. *Felipe Sánchez Román el 21 de mayo de 1905 [contestación del Ilmo. Sr.* D. *Gumersindo de Azcárate],* Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1905, pp. 207-222.

Azcárate, G. de: *Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en la recepción pública del Excmo. Sr.* D. *Pío Gullón e Iglesias el 31 de diciembre de 1905 [con testación del Ilmo. Sr.* D. *Gumersindo de Azcárate],* Madrid, Establecimiento Tip. de Jaime Ratés, 1905, pp. 67-85.

Azcárate, G. de: *Los límites territoriales de las Repúblicas de Perú y el Ecuador. Dictamen jurídico* (con Eugenio Montero Ríos, Rafael M.ª de Labra, Nicolás Salmerón, Eduardo Dato Y Rafael Conde y Luque) *con motivo del Tratado de Arbitraje hecho por los gobiernos del Perú y el Ecuador el día 1 º de agosto de 1887y ratificado y canjeado por los mismos gobiernos el 14 de abril de 1888,* Madrid, Establecimiento Tipográfico de Fortanet, 1906.

Azcárate, G. de: «Prólogo» a Francisco Gil y Pablos, *Estudios sobre la Moneda y los cambios,* Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1906.

Azcárate, G. de: *Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en la recepción p1íblica del Excmo. Sr. D. Guillermo J. de Osma el día 13 de mayo de 1906. Contestación de D. Gumersindo de Azcárate,* Madrid, Imprenta de los Hijos de M.G. Hernández, 1906.

Azcárate, G. de: Intervención en la discusión mantenida en la Real Academia de las Ciencia Morales y Políticas sobre el tema: «¿Es compatible el referéndum con *el* sistema representativo?», Madrid, 30 de octubre, 6 de noviembre de 1906, 12 de febrero y 5 de marzo de 1907. *Extractos de Discusiones,* RACMP, 1907, Tomo iv, pp. 182-198; 209-211; 282-287; 320-333.

Azcárate, G. de: Intervención en la discusión mantenida en la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas sobre el tema: «La última conferencia colonial celebrada en Inglaterra», 21 de mayo de 1907. *Extractos de Discusiones,* RACMP, Tomo V, parte 1.ª, pp. 20-21.

Azcárate, G. de: «Carta-prólogo» a Juan Antonio Hidalgo, *El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo,* Tomo I, Madrid, Hijos de Reus editores, 1908, pp. V-X.

Azcárate, G. de: «A los electores del distrito de León», 11 de abril de 1909, León, Tip. La Democracia.

Azcárate, G. de: *La Religión y las regiones.* Conferencia pronunciada el 16 de mayo de 1909 en Sociedad El Sitio, Bilbao, Imprenta José Rojas Núñez, 1909. Posteriormente en *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza,* 1933, pp. 296-308 y en *Estudios Rehgiosos y Sociales* Madrid. Sucesora de M. Minuesa de los Ríos. 1933, pp. 217-254.

Azcárate, G. de: «Carta-prólogo» a M. Pedro de Tourtoulon, profesor de la Universidad de Lausane, *Los Principios de la Filosofía del Derecho,* Madrid, Imprenta de Inocente Calleja, 1909, pp. III-V (firmada el 30 de septiembre).

Azcárate, G. de: Necrológica del Excmo. Sr. D. Laureano Figuerola leída en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 18 de enero de 191O. Reeditada en *Papeles y* Azcárate, G. de: *Memorias de la RACMP,* n.º 11, 2003, pp. 223-227.

Intervención en la discusión mantenida en la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas sobre el tema: «Principios en que se fundaba la teoría del derecho de propiedad en la primera mitad del siglo XIX. Modificaciones causadas en dicha teoría por las nuevas doctrinas, por las leyes promulgadas y por el socialismo del Estado en la segunda mitad de la mencionada centuria. - *¿Cuál debe ser la verdadera teoría del derecho de propiedad, según la Filosofía del derecho y la Economía política y soda/?': Madrid, 1 de junio de 191O, en Extractos de Discusiones,* RACMP, 1916, Tomo VI, parte 2.ª, pp. 83-91.

Azcárate, G. de: «Prólogo» a Antonio Royo Villanova, *Cuestiones obreras,* Valladolid, Imprenta castellana, 1910, pp. V-IX (firmado el 13 de marzo).

Azcárate, G. de: *El carácter científico de la Historia. Discursos leídos ante la Real Academia de la Historia en la recepción pública del señor D. Gumersindo de Azcárate el 3 de abril de 191O,* Madrid, Imprenta de los Sucesores de Hernando, 1910.

Azcárate, G. de: «Discurso de don Gumersindo de Azcárate sobre los intereses políticos y económicos de España en Marruecos», Suplemento al n.º 87 de la Revista *España en África,* correspondiente al 30 de octubre de 1910, Barcelona, Imprenta de la Revista España en África, 1910.

Azcárate, G. de: Discurso en el «Banquete a Melquíades Álvarez», en *El Liberal,* «El acto republicano de ayer», de 8 de abril de 1912.

Azcárate, G. de: «Jovellanos y su tiempo», en *El Ateneo de Gijón en el primer centenario de Jovellanos. Conferencias y lecturas,* Gijón, Tip. «La Industria», 1912.

Azcárate, G. de: Contestación a «La personalidad internacional de España», discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 19 de mayo de 1912 por D. Rafael María de Labra, Madrid, Establecimiento Tip. de Fontanet, 1912.

Azcárate, G. de: *La Caja de Ahorros y el Monte de Piedad de León. Discurso leído por el Excmo. Sr.* D. *Gumersindo de Azcárate, consejero del Instituto Nacional de Previsión en la sesión estatutaria celebrada en León el día 13 de mayo de 1913,* Madrid, Imprenta de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1913.

Azcárate, G. de: Intervención en la discusión mantenida en la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas sobre el tema: «La filosofía estoica y el libre albedrío», Madrid, 25 de febrero de 1914, en *Extractos de Discusiones,* RACMP, 1916, Tomo IX, pp. 92-95.

Azcárate, G. de: *Informe sobre las farmacias cooperativas,* Madrid, Imprenta de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1914.

Azcárate, G. de: «Prólogo» a Joaquín Costa Martínez, *La Vida del derecho (Ensayo sobre el derecho consuetudinario),* Madrid, Biblioteca Costa, 1914, 2.ª edición, pp. XV-XXIII.

Azcárate, G. de: *El abadengo de Sahagún; contribución al estudio del feudal ismo en España. Discurso leído en el acto de su recepción por D. Julio Puyol y Alonso y contestación del Excmo. Sr.* D. *Gumersindo de Azcárate el día 21 de marzo de 1915,* Madrid, Imprenta de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1915. Reeditado en A Coruña, Ed. Órbigo, 2013.

Azcárate, G. de: «Gibraltar. La opinión del Sr. Azcárate», *España,* n.º 13, 23 de abril de 1915, Madrid, p. 146.

Azcárate, G. de: Discurso en la Real Academia de Jurisprudencia y legislación, en el acto de investidura como Académico de Mérito del Excmo. Sr. D. José Maluquer y Salvador el 5 de junio de 1915, Madrid, Imprenta de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1915.

Azcárate, G. de: Contestación al discurso «La ciudad moderna» de Adolfo González Posa da con motivo de su ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 13 de junio de 1915, Madrid, Imprenta clásica española, 1915. Posteriormente incluido en *Municipalismo y Regionalismo,* Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1979, pp. 183-195.

Azcárate, G. de: *Urgencia de la reforma del arancel como medio de prevenirse de las consecuencias mundiales de la crisis económica actual,* Conferencia en el Círculo de la Unión Mercantil e Industrial del 2 de junio de 1916, Imprenta de José Poveda Ramírez, Madrid, 1916.

Azcárate, G. de: «Prólogo» a P. Pérez Díaz, *El contrato de trabajo y la cuestión socia* Madrid, Hijos de Reus, s.f (curso 1916/1917, Biblioteca de Sociología), pp. IX-XVI) Azcárate, G. de: «Prólogo» a José Calvo Sotelo, *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo,* Madrid, librería General de Victoriano Suárez, 1917, pp. V-XV.

Azcárate, G. de: «Prólogo» a Isaac Alchech Saporta, *Los españoles sin patria de Salónica,* Madrid, Tip. de la Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, 1917, pp. 3-5 (firmado el 30 de abril de 1917).

Azcárate, G. de: «¿Qué pasará cuando esta guerra termine?», en *La Lectura,* noviembre de 1917, pp. 229-241.

Necrología del Sr. D Joaquín Costa Martínez. Leída por Adolfo G. Posada en las sesiones de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas del 9, 16 de abril 7 y 21 de mayo de 1918. Establecimiento Tip. de Jaime Ratés, 1919. Fue escrita por Gumersindo de Azcárate en el verano de 1917.

Azcárate, G. de: «Estudio preliminar» a Francesco Consentini, *La reforma de la legislación civil y el proletariado,* [1911]. Versión castellana de Alberto Aguilera y Arjona. Francisco Beltrán librería española y extranjera, 1921, pp. 7-22. Reeditado, Pamplona, Analecta. 2005.

Azcárate, G. de: *Estudios religiosos,* Madrid, Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1933.

Azcárate, G. de: *Estudios Sociales,* Madrid, Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1933.

Azcárate, G. de: *Municipalismo y regionalismo,* estudio preliminar de Justino de Azcárate Enrique Orduña, Madrid, Instituto de Estudios de administración Local, 1979.

Azcárate, G. de: «La vieja estirpe», en *La Democracia núm.* 3906, s.f. Reeditado en *Revista de la Casa de León de Madrid,* III Época, Año XXVII, verano 1980, n.º 312-314, pp. 69 y ss.

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

INFORMACIÓN GENERAL

Título: *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*
Abreviatura: 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 la propia página web de la revista http://revista.laborum.es. Es aconsejable que el autor/a o autores cursen su alta en la revista. Para ello únicamente tiene que entrar en la siguiente dirección de internet: revista.laborum.es y en el margen derecho superior se encuentran las ventanas para darse de alta (seguir las indicaciones). Solamente tiene que hacerlo una vez y a partir de ese momento ya podrá enviarnos sus colaboraciones y seguir su curso (registro, remisión a evaluadores, aceptación, fecha de su publicación, etc.).

El archivo debe identificarse con los apellidos del autor/a del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar. Dicha identificación del documento se anonimizará con posterioridad al fin de que su sistema de revisión por pares sea de doble ciego.

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 tres archivos de la siguiente forma:

Primer archivo: Documento con la identificación del autor/a o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido: – Identificación del autor/a (nombre y apellidos de cada autor/a); 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/a responsable de la correspondencia sobre el artículo.

Segundo archivo: Declaración responsable del autor/a de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital). En caso de coautoría se deberá de indicar, si procede, el criterio escogido para decidir el orden de firma y la contribución específica de cada uno de los autores/as al trabajo, reconociéndose a todos los autores/as materiales del trabajo, sin que se puedan conceder autorías ficticias o regaladas. Aquí se puede descargar el modelo de declaración de originalidad y cesión de derechos de autor: https://url.laborum.es/1doycda

Tercer 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/a o autores dentro del propio artículo.

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).

Referencias bibliográficas

Los apellidos de los autores/as citados/as han de ir solo en mayúscula la primera letra y versales. Los nombres solo se identifican con las iniciales en mayúscula.

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.

5. POLÍTICA ANTIPLAGIO

Los autores/as confirman que el trabajo es original y garantizan que ningún tipo de información ha sido plagiada, inventada o manipulada, con un uso inadecuado de la técnica de citación, a través de la firma del documento "declaración de originalidad" que debe de adjuntarse junto con el envío del artículo. En el caso de que la Editorial aprecie algún tipo plagio durante el proceso de evaluación del artículo, este será rechazado y no se procederá a su publicación. Si el plagio detectado obedece a un uso indebido de la técnica de cita, se le dará la posibilidad al autor para que revise y edite su trabajo como requisito necesario para su publicación. En caso de que se detecte el plagio una vez que se ha publicado el artículo, dicho artículo será eliminado de la página web, sin perjuicio de la denuncia de las prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

6. POLÍTICAS DE IGUALDAD DE GÉNERO

Compromiso con el uso de lenguaje no sexista: Los autores/as se comprometen a redactar sus trabajos siguiendo las buenas prácticas en igualdad de género, utilizando lenguaje incluso y no discriminatorio.

Desagregación de datos en función del sexo: Es importante que los datos de origen de la investigación tengan en cuenta el sexo para advertir las posibles diferencias. En el caso de que los autores/as presenten datos, siempre que sea posible, deberán de desagregarse estos en función del sexo con el fin de permitir la identificación de dichas diferencias.

7. POLÍTICAS DE INFORMACIÓN SOBRE FUENTES DE FINANCIACIÓN

Cada autor/a deberá de reconocer y determinar la financiación que ha recibido para la elaboración del artículo en cuestión. En el mismo artículo, en la primera nota a pie de página, se indicará la agencia o agencias de financiación, así como el/los código/s de los proyectos de investigación en los cuales se ha desarrollado el trabajo. Esta información también se incluirá en los metadatos del artículo.

AVISO DE DERECHOS DE AUTOR/A

Los trabajos de la presente revista se publican bajo una licencia de "todos los derechos reservados" hasta que transcurra un año desde su publicación (período de embargo), momento a partir del cual se publican los trabajos bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

*Las secciones que no están sujetas a período de embargo se publican directamente bajo una licencia CC BY-NC-ND 4.0.

Recuérdese que las secciones Editorial; Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas; Crónica de Doctrina Administrativa de Seguridad Social y Clásicos de la Seguridad Social, se ofrecen en abierto. Las secciones Estudios Doctrinales; Estudios de Doctrina Judicial; Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas; y Economía y Sociología, se ofrecen también en abierto transcurridos doce meses desde la publicación de cada número.

Por medio de la firma de la Carta de originalidad y de cesión de derechos de autor se ceden en exclusiva, durante un año a partir de la fecha de publicación, los derechos patrimoniales de propiedad intelectual (distribución, comunicación pública, reproducción y transformación) a Ediciones Laborum, S.L. No obstante, sí que se les permite a los autores/as publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico), siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

POLÍTICA DE AUTOARCHIVO POR PARTE DEL AUTOR/A

Se podrá depositar la versión final aceptada para publicación en repositorios institucionales o temáticos de acceso abierto en los plazos y en los términos establecidos por la entidad financiadora de la investigación publicada y, en todo caso, cuando haya transcurrido el período de embargo inicial de 12 meses.

CÓDIGO ÉTICO PARA LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LABORUM

«Revista de 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