Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

4º Trimestre 2014 nº 1

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

Estudios Doctrinales

- Nuevamente la Incapacidad Temporal a Debate
  Jose Luis Tortuero Plaza
- Indemnizaciones derivadas de la responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo: prueba y cuantificación
  Carlos L. Alfonso Mellado
- Estabilizadores automáticos en el sistema de Seguridad Social: Factor de sostenibilidad e índice de revalorización
  Jose Luis Monereo Pérez y Juan Antonio Fernández Bernat
- Vida Laboral Cotizada: Cómputo y efectos tras las últimas reformas
  Juan António Maldonado Molina

Estudios de Doctrina Judicial

- Cambios Sociales y Cambios Jurídicos. Un nuevo ejemplo *In Itinere* vs El Accidente en misión
  Arántzazu Vicente Palacio
- La morosidad como obstáculo de acceso a las prestaciones de la Seguridad Social
  Guillermo Rodríguez Iniesta
- Ceguera como situación determinante de gran invalidez
  Juan Gorelli Hernández
- Ajustes constitucionales recientes a la regulación sobre acceso de la pareja de hecho a la pensión de viudedad contenida en la Ley 40/2007
  Faustino Cavas Martínez
- Novación de contratos de prejubilación para acceder a condiciones de jubilación más beneficiosas
  Lourdes López Cumbre
- Integración de lagunas de Trabajadora Inmigrante. A propósito de la STSJ-Galicia de 3 de febrero de 2014
  Borja Suarez Corujo
- El pago único de la prestación por desempleo en el contexto de las políticas de activación
  Jaime Cabeza Pereiro

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- Panorama sinóptico de la Seguridad Social en Uruguay
  Mario Garmendia Arigón y Álvaro Rodríguez Azcúe

Crónica Legislativa de Seguridad Social y materias conexas

María Nieves Moreno Vida

Crónica de Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

Belén del Mar López Insua

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- El mercado de trabajo en España en la antesala de la recuperación
  Santos M. Ruesga Benito

Clásicos de la Seguridad Social

- "José Maluquer y Salvador"
  José Luis Monereo Pérez

Ediciones Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

4º Trimestre 2014 Nº 1

© Ediciones Laborum, S.L.

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

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

Depósito Legal: MU-1085-2014

Impreso por: Gráficas Sanmar, S.L.

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:


www.laborum.es/revsegsoc


facebook.com/RevSegSoc


@RevSegSoc


revsegsoc@laborum.es

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

DIRECCIÓN:
José Luis Monereo Pérez

COORDINACIÓN:
Guillermo Rodríguez Iniesta

CONSEJO DE REDACCIÓN:

José Luis Monereo Pérez
Guillermo Rodríguez Iniesta
Faustino Cavas Martínez
Lourdes López Cumbre
Juan Antonio Maldonado Molina
María Nieves Moreno Vida
José Luis Tortuero Plaza
Cristina Sánchez-Rodas Navarro
Francisco Ortiz Castillo

CONSEJO ASESOR:

Mario Ackerman
Jordi Agustí Juliá
Miguel Almendros González
María José Añón Roig
Joaquín Aparicio Tovar
Ángel Arias Domínguez
Alberto Arufe Varela
Guido Balandi
Guillermo Barrios Baudor
Francisco Blasco Lahoz
Ángel Blasco Pellicer
Umberto Carabelli
Jo Carby-Hall
María Emilia Casas Baamonde
Lance Compa
María Antonia Castro Argüelles
Wolfgang Däubler
Luis Enrique De la Villa
Mikel De la Fuente Lavín
Ángel Luis De Val Tena
Aurelio Desdentado Bonete
María Teresa Díaz Aznarte
Gemma Fabregat Monfort
José Antonio Fernández Avilés
Juan Antonio Fernández Bernat
Juan José Fernández Domínguez
Maximilian Fuchs
Ángel Gallego Morales
Javier Gárate Castro
Juan García Blasco
Carlos García de Cortázar
Joaquín García Murcia
Ignacio García Ninet
María García Valverde
Mario Garmedia Arigón
Rosa González de Patto
Santiago González Ortega
Jesús Lahera Forteza
Juan López Gandía
Belén del Mar López Insua
José Luján Alcaraz
Antonio Márquez Prieto
Jesús Martínez Girón
Carolina Martínez Moreno
Jesús Mercader Uguina
Orides Mezzaroba
Cristina Monereo Atienza
Rafael Muñoz de Bustillo
Antonio Ojeda Avilés
Sofía Olarte Encabo
Mari Carmen Ortiz Lallana
Adrián Osvaldo Goldin
Manuel Carlos Palomeque López
José Antonio Panizo Robles
Rosa Quesada Segura
Margarita Ramos Quintana
Susana Rodríguez Escanciano
Gloria Rojas Rivero
Eduardo Rojo Torrecilla
Santos Miguel Ruesga Benito
Tomás Sala Franco
Fernando Salinas Molina
Carmen Sánchez Trigueros
Carolina San Martin Mazzuconi
Antonio Vicente Sempere Navarro
Alejandro Slocker Torres
Fabio Tulio Barroso
Daniel Toscani Giménez
Fernando Valdés Dal-Ré

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:
Sandro Garilli
Jaime Cabeza Pereiro
Carlos Alfonso Mellado
Juan Gorelli Hernández
Aranzatzu Vicente Palacio
Borja Suárez Corujo

EDITOR:
Francisco Ortiz Castillo

Índice

EDITORIAL **11**

"El Derecho de la Seguridad Social en una coyuntura crítica" 13
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

ESTUDIOS DOCTRINALES **23**

Nuevamente la Incapacidad Temporal a Debate 25
Again, the debate on the contingency of temporary incapacity
JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

1. ¿Qué ocurre con la incapacidad temporal? 26
2. Nuevas reglas de gestión y control: el Real Decreto 625/2014 29
3. Las competencias de las mutuas en los procesos derivados de contingencias comunes: la propuesta de alta médica 32
4. Determinación de la contingencia causante de la incapacidad temporal 35
5. Requerimiento a los trabajadores para reconocimiento médico y la suspensión cautelar de la prestación 41
6. La reforma de los plazos en el procedimiento de impugnación regulado en el RD 1430/2009 46

Indemnizaciones derivadas de la responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo: prueba y cuantificación 55
Compensation arising from employers liability for accidents at work: evidence and quantification
CARLOS L. ALFONSO MELLADO

1. Introducción 55
2. Reglas en materia probatoria: carga y objeto de la prueba 57
3. La cuantía de las reparaciones (indemnizaciones) 71

Estabilizadores automáticos en el sistema de seguridad social: factor de sostenibilidad e índice de revalorización 83
Automatic estabilizer on social security system: factor of sustainability and appreciation index
JOSE LUIS MONEREO PÉREZ Y JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ BERNAT

1. La regulación del factor de sostenibilidad en nuestro país: la ley 23/2013 83
2. El factor de sostenibilidad de la pensión de jubilación 85
3. El índice de revalorización 96
4. Balance general: ¿problemas de constitucionalidad y cambio de modelo? 104

Vida Laboral Cotizada: Cómputo y Efectos tras las Últimas Reformas 111
Working Life Assurance: Computation and Effects after Recent Reforms
JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA

1. Introducción. Del principio de contributividad al factor de sostenibilidad 111
2. Vida laboral y período de carencia 114
3. Vida laboral y cuantía 125

4. Vida laboral y edad de jubilación....132
5. Conclusiones....134

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 137

Cambios Sociales y Cambios Jurídicos. Un Nuevo Ejemplo: El Accidente *In Itinere* Vs El Accidente En Misión....139
Social Change And Legal Changes: A New Example: Accident *in Itinere* Vs Accident In Mission
ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

1. Introducción....139
2. El cambio de doctrina del tribunal supremo en relación al accidente *in itinere*. La primacía del elemento teleológico sobre el temporal y el geográfico....142
3. El accidente en misión: la restricción jurisprudencial de la causalidad mediata....145
4. Un excurso: el accidente *in itinere* en el ámbito de los regímenes especiales de funcionarios....148
5. Conclusiones finales....150

La morosidad como obstáculo de acceso a las prestaciones de la Seguridad Social .153
Delinquencies as a barrier to access to Social Security benefits
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

1. Introducción....153
2. La condición de estar al corriente en el pago de cuotas a la seguridad social cuando el trabajador es sujeto y responsable y el mecanismo que palia tal defecto....154
3. La sentencia del TS de 18 de febrero de 2014....160
4. Conclusiones o reflexiones finales....164

Ceguera como situación determinante de gran invalidez (Comentario a la STS de 3 de marzo de 2014, RCUD 1246/2013) 169
Blindness as a decisive situation of severe disability (Commentary on the STS from March 3, 2014, RCUD 1246/2013)
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

1. Los hechos....169
2. ¿Es necesaria una ceguera total y absoluta para que se produzca una declaración de gran invalidez?....172
3. La necesidad de un tercero que asista para satisfacer los actos esenciales de la vida....174
4. Sobre la calificación como gran invalidez de un supuesto de ceguera (o de los supuestos asimilados): criterios subjetivo y objetivo....176
5. Compatibilidad entre gran invalidez y trabajo....180
6. Conclusión: doctrina afirmada por la STS de 3 de marzo de 2014....182

Ajustes constitucionales recientes a la regulación sobre acceso de la pareja de hecho a la pensión de viudedad contenida en la Ley 40/2007 185
Constitutional adjustments to the regulation on access to widow's pension by cohabiting partner in law 40/2007
FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

1. Régimen de acceso de la pareja de hecho a la pensión de viudedad tras la ley 40/2007 ...185
2. Inconstitucionalidad del requisito de existencia de hijos comunes para que la pareja de hecho pueda acceder a la pensión de viudedad en el derecho transitorio....189

3. Inconstitucionalidad del reenvío a la legislación autonómica para regular la consideración y acreditación de las parejas de hecho a efectos de disfrutar de la pensión de viudedad....191
4. Constitucionalidad e interpretación judicial del requisito de que ninguno de los integrantes de la pareja de hecho tenga vínculo matrimonial con otra persona....196
5. Constitucionalidad de los requisitos de previa inscripción registral de la pareja de hecho o su constitución en documento público....199

Novación de contratos de prejubilación para acceder a condiciones de jubilación más beneficiosas....201
Novation of pre-retiremet agreements to access more beneficial retirement
LOURDES LÓPEZ CUMBRE

1. Contratos de prejubilación....201
2. La doctrina jurisprudencial sobre la novación de los contratos de prejubilación....209
3. Efectos de las reformas de la jubilación sobre los contratos de prejubilación....213

Integración de lagunas de Trabajadora Inmigrante. A Propósito de la STSJ-Madrid de 3 de febrero de 2014....223
Gap integration of Social Security contributions of immigrant worker. Concerning the decision of the High Court of Madrid 3 february 2014
BORJA SUÁREZ CORUJO

1. Apuntes introductorios: Sobre los mecanismos redistributivos dentro del nivel contributivo del sistema de Seguridad Social....223
2. Los hechos enjuiciados en la sentencia....224
3. La problemática jurídica planteada....225
4. A modo de reflexión final....231

El pago único de la prestación por desempleo en el contexto de las políticas de activación....233
The whole amount payment of the unemployment benefit in the framework of activation policies
JAIME CABEZA PEREIRO

1. Introducción....233
2. Un apunte de dinámica normativa, con comentario valorativo....235
3. El obiter dicta de la sentencia: sobre la interpretación de la normativa del pago único....238
4. El fraude de ley....241
5. Para concluir....242

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 245

Panorama sinóptico de la Seguridad Social en Uruguay....247
Synoptic Overview of the Social Security System in Uruguay
MARIO GARMENDIA ARIGÓN Y ÁLVARO RODRÍGUEZ AZCÚE

1. Rasgos constitutivos del sistema de seguridad social uruguayo....247
2. Cambios recientes en el régimen jubilatorio....256
3. Tendencias y perspectivas en el sistema de seguridad social....264

CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 267

MARIA NIEVES MORENO VIDA

Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, sobre bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social del personal investigador. BOE nº 144, 14-6-14.....269
Resolución de 26 de junio de 2014, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se regula la asistencia sanitaria fuera del territorio nacional. BOE nº 157, 28-6-14 270
Resolución de 26 de junio de 2014, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se modifican los anexos II, III y IV de la Orden APU/2245/2005, de 30 de junio, por la que se regulan las prestaciones complementarias de la asistencia sanitaria en MUFACE y se establece el procedimiento de financiación de bombas portátiles de infusión subcutánea continua de insulina. BOE nº 157, 28-6-14.....271
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 nº 176, 21 julio 2014.....271
Real Decreto 637/2014, de 25 de julio, por el que se modifica el artículo 23 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre. BOE nº 181, 26 julio 2014 274
Orden SSI/1475/2014, de 29 de julio, por la que se regula, en el ámbito del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, el contenido y procedimiento de suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria, previsto en el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio. BOE 6 agosto 2014 275
Real Decreto 681/2014, de 1 de agosto, por el que se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, aprobado por Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, y el Real Decreto 764/2010, de 11 de junio, por el que se desarrolla la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional. BOE nº 187, 2 agosto 2014. 277
Resolución de 30 de julio de 2014, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se prorroga la vigencia y se modifica la de 1 de agosto de 2013, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero. BOE nº 193, de 9 agosto 2014. 283
Real Decreto 640/2014, de 25 de julio, por el que se regula el Registro Estatal de Profesionales Sanitarios. BOE nº 197, 14 agosto 2014 283
Resolución de 31 de julio de 2014, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se establecen los términos para la aplicación a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social de los

coeficientes del 0,055 y 0,033 a los que se refiere el artículo 24.1 de la Orden ESS/106/2014, de 31 de enero, para la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena de las empresas asociadas. BOE 25 agosto 2014. 284
Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. BOE nº 217, 6 septiembre 2014. 285

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 287

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

Crónica de Doctrina Judicial....289
1. Configuración jurídica general del Sistema de Seguridad Social (Sistema de Fuentes y Estructura Básica del Sistema Normativo)....289
2. Ámbito Subjetivo de aplicación de la Seguridad Social....289
3. Gestión de la Seguridad Social....289
4. Actos de encuadramiento o de inmatriculación (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores)....291
5. Financiación de la Seguridad Social. La cotización....291
6. Acción Protectora. Las prestaciones del Sistema de Seguridad Social:....292
7. Asistencia Social y Servicios Sociales....306
8. El Sistema Nacional de Atención a la Dependencia....306
9. Protección Social Complementaria (Iniciativa Privada)....306

Novedades Bibliográficas....309
1. Obras *generales* de Seguridad Social y materias conexas....309
2. Obras *específicas* de Seguridad Social y materias conexas....309
3. Protección Social Complementaria (Iniciativa Privada)....310

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL 311

El mercado de trabajo en España en la antesala de la recuperación....313
Spanish labour market: A step before economic recovery
SANTOS M. RUESGA BENITO

1. Introducción....314
2. El mercado de trabajo en España ante la recuperación económica....315
3. Valoración crítica del diagnóstico subyacente sobre el funcionamiento del mercado de trabajo español....324
4. Reformas laborales y políticas de empleo....329
5. Referencias bibliográficas....331

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 335

"José Maluquer y Salvador" 337
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

1. Biografía intelectual....337
2. El pensamiento socio-económico y político-jurídico de Maluquer....340
3. Bibliografía....355

Editorial

Laborum

“El Derecho de la Seguridad Social en una coyuntura crítica”

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIVERSIDAD DE GRANADA

DIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LABORUM

> “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A establecer o mantener un régimen de Seguridad Social. 2. A mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del trabajo (número 102) sobre normas mínimas de Seguridad Social. 3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de la Seguridad Social…”
>
> Carta Social Europea Revisada de 1996, artículo 12

> “Los elementos puramente formales y lógicos que se ofrecen a los jurisconsultos en el aparato exterior y plástico del derecho positivo, son insuficientes para satisfacer las aspiraciones de la vida jurídica. De donde resulta la consecuencia, inevitable, que la jurisprudencia debe buscar fuera y sobre estos elementos los medios de llenar toda su misión”
>
> Francisco Gény[1]

1.- La oportunidad de una nueva Revista de Derecho de la Seguridad Social en un contexto profundamente cambiado deriva tanto de razones estructurales y permanentes como de razones coyunturales.

1º. Estructurales y permanentes, porque nadie puede dudar de la importancia de crear una revista de carácter monográfico, detenido y exhaustivo que incida en este importante sector diferenciado del ordenamiento jurídico general integrado en el mismo corazón del Derecho del constitucionalismo democrático-social y de su forma política el Estado Social de Derecho. La Seguridad Social es reconocida como un derecho humano, un derecho social fundamental, en la normativa internacional de garantía de los derechos humanos (Artículos 22 de la DUDH, 9 del PIDESC, 12 de la Carta Social Europea Revisada de 1996, 34 de la Carta de los Derechos Sociales fundamentales de la Unión Europea, Convenio OIT núm. 102, de 28 de junio de 1952, sobre la Seguridad Social, “Norma mínima”, etcétera). Estas normas internacionales, junto con los textos constitucionales nacionales, consagran a la Seguridad Social como unos de los pilares civilizatorios del Estado Social de Derecho. En una perspectiva de conjunto se puede afirmar –y constatar en la misma normativa internacional- que el derecho a la Seguridad Social es un derecho de estructura compleja, porque a su vez comprende un haz de derechos prestaciones. Sobre todos esos derechos sociales de prestación reconocidos, cabe decir que estos derechos a la Seguridad Social y a la Asistencia Social presentan una significación y alcance diferenciado, pero su punto de conexión más significativo reside en el dato normativo de que son *derechos de solidaridad*

[1] GÉNY, F.: *Métodos de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, edición y estudio preliminar, “El pensamiento científico jurídico de Gény: El problema del método” (pp. XVII-LXXV) a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2000, pág. 534.

social. Se trata de derechos sociales prestacionales, esto es, de carácter prestacional público, cuya satisfacción exigen un comportamiento activo de los poderes públicos.

Otro elemento de conexión, más allá de las diferencias específicas, se encuentra en la finalidad, al menos en *ultima ratio*, de todos ellos de *garantizar una existencia digna del hombre*, como responsabilidad de los poderes públicos de realizar políticas y prestaciones de renta de carácter redistributivo. En la Observación general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Nº 19, se destaca que "la Seguridad Social, debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social". Ninguna persona puede gozar de una libertad de acción razonable si no vive en las condiciones sociales que fomentan el despliegue de toda su personalidad. Para ello se necesita una base institucional que proporcione un conjunto de condiciones sociales que sólo el Estado democrático es capaz de garantizar satisfactoriamente, pues implica la consagración de derechos sociales como derechos de desmercantilización de ciertos modos de satisfacción de las necesidades humanas. Se resuelven en el derecho de las personas a un mínimo de medios materiales con la finalidad de que puedan vivir una existencia digna de la condición humana. Este es el primero y fundante derecho social general, esto es, el derecho a una vida digna del hombre, como ser humano *integrado* en una sociedad democrática. Desde luego, el principio y valor fundamental que se encuentra en centro mismo de la garantía de los derechos sociales fundamentales es *común –y, por tanto, compartido–*, y no es otro que el de garantizar a todos las condiciones mínimas suficientes para desplegar una vida digna del hombre conforme al estado de civilización alcanzado. Todo ello subyace a la garantía internacional de estos derechos.

Ahora bien, este marco garantista contiene un conjunto de disposiciones que no se limitan a garantizar ciertos derechos sociales de prestación, sino que se les dota de un contenido mínimo sustancial, pero, como cabía esperar, en él no se contiene un modelo cerrado sino abierto de protección social pública en general, ni de Seguridad Social y Servicios Sociales ni de Asistencia Social en particular. Si se adopta una perspectiva de conjunto, se percibe que se diseña un contenido mínimo identificador de las prestaciones que integran estas protecciones sociales, siendo extremadamente útil, al respecto, el reclamo necesario de los artículos 12, 13, 30 y 31 de la Carta Social Europea Revisada (1996) y ante todo el Convenio OIT, núm.102 (1952), relativo a la norma mínima de Seguridad Social, y textos concordantes. El reconocimiento y garantía en el sistema internacional de estos derechos sociales fundamentales de prestación tiene una doble virtualidad: por un lado, constituyen un límite para las políticas públicas que han de respetarlos; y, por otro, imponen, por su propia naturaleza (pues estos derechos no se organizan por sí mismos, como suele ocurrir, por el contrario, con los "derechos de autonomía") exigen un programa de acción positiva por parte de los poderes públicos.

2º. Hablamos de razones de carácter coyuntural ante el fenómeno visible de los vertiginosos cambios que se vienen produciendo a través de la llamada "legislación de emergencia" o de "excepción"; cambios que, en el fondo, están implicando –lejos de lo que pudiera parecer– una transformación del modelo de Seguridad Social en un sentido más restrictivo de la calidad de la protección dispensada (Seguridad Social Asistencial de mínimos de cobertura, siguiendo un modelo típicamente "residual" del modelo de bienestar que confiere y que cuestiones el principio de suficiencia de las prestaciones contributivas) y

en una inequívoca orientación había el incremento de los espacios de la previsión privada, de carácter intrínsecamente selectivo y subjetivamente limitado. Por otra parte, se está produciendo una fragmentación y dualización interna del sistema de Seguridad Social que reproduce las desigualdades en el mercado de trabajo, cuestionando el principio de igualdad y no discriminación y el mismo principio de solidaridad social.

Una característica importante del momento actual es la "gubernamentalización" de los procesos de reforma socio-laborales, esto es, del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social, siendo exponente de ello en el plano de la técnica normativa la utilización sistemática por los Gobiernos del Real Decreto-Ley como instrumento legislativo para realizar reformas no sólo coyunturales, sino también de carácter eminentemente estructural y permanente. Forma de legislar que ha sido ciertamente legitimada con gran permisibilidad causal por nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 16 de julio de 2014, aunque referida especialmente a las reformas de contenido laboral). Las reformas en la rama social del orden jurídico no sólo reducen el garantismo jurídico-social, sino que simétricamente conllevan más "gubernamentalidad" (y en esa lógica de "gubernamentalización"), que, además, pretende cerrar el paso a la racionalidad judicial (en un cierto redescubrimiento paradójico del positivismo legalista, de reducción del margen de discrecionalidad judicial…). La gubernamentalidad se acentúa en el tipo de intervencionismo de "gobernanza suave" de la Unión Europea (y atendiendo a la propia estructura intergubernamental de las instituciones políticas de la Unión). Todo esto incide en la naturaleza de los instrumentos normativos de intervención, regulación y control que se utilizan (Señaladamente, RD.-Ley, deslegalización, desregulación legislativa, expansión de las normas de Derecho necesario absoluto, etcétera). "Gubernamentalización" no tanto "de facto", como propiamente, "de iure". En contraste: El Bloque constitucional laboral (artículos 9.2, 41, 43, 49, etcétera), que apuesta por reforzar el "principio de legalidad", pero igualmente quieren impedir la "gubernamentalización" del sistema normativo regulador de la Seguridad Social propia de sistemas totalitarios y autoritarios de todo tipo. Cabe realzar la ruptura de la distribución de poderes (y el elemento subyacente de distorsión encubierta del principio de reserva legal en materia laboral): el uso y abuso de la técnica normativa del real decreto-ley y la constatación de la superación permanente de los límites causales que se impone deducir del art. 86 del Texto Constitucional.

La proliferación y "descausalización" efectiva del real decreto-ley, más que problemas de cantidad plantea cuestiones cualitativas o fondo. Los reales decretos-leyes de la legislatura generan dudas de constitucionalidad, pues parece que se va más allá de la situación de urgencia y excepcionalidad en detrimento de la elaboración de leyes a través del Parlamento. Esta práctica reiterada (a la que no se ha sabido poner freno desde el TC) acentúa el proceso de *gubernamentalización* de las reformas laborales como "obra del Gobierno" que sólo después de operarse y producir efectos jurídicos es objeto de ratificación por el Parlamento con suaves o leves modificaciones, bajo el dominio de la mayoría absoluta. El uso y abuso de la legislación de urgencia produce una *fuerte tensión de política legislativa* entre Decreto-Ley (Gobierno) versus Ley Parlamentaria: la utilización abusiva de las leyes de urgencia durante la décima legislatura en detrimento del espacio regular propio de la legislación parlamentaria para afrontar la actual crisis económica. La práctica política de los últimos años pone de manifiesto que en estas circunstancias los Poderes Ejecutivos optan por aprobar decretos-leyes en lugar de tramitar proyectos de Ley. El Gobierno encuentra diversos mecanismos y justificaciones "para facilitar disposiciones normativas

inmediatas cuando así lo requieren situaciones excepcionales o imprevistas. Para ello, basta analizar los principales rasgos del Decreto-Ley a la luz de una consolidada doctrina constitucional. Desde esta perspectiva, se puede proponer la utilización de la Ley aprobada mediante procedimientos legislativos abreviados como alternativa al uso desmedido de la legislación de urgencia. Por el contrario, se debería favorecer el ejercicio del derecho de iniciativa legislativa a través de la tramitación de proyectos de Ley parlamentaria por vía de urgencia.

Cabría inquirir sobre si el instrumento para realizar esas reformas estructurales y permanentes no debería ser mejor la tramitación de un Proyecto de Ley a través del trámite de urgencia, y no la utilización (a) sistemática y fragmentaria (cuando no "oportunista" desde la perspectiva de la política del Derecho) de la figura de los reales decretos-leyes que inciden en aspectos puntuales y sin una reflexión entre los diversos grupos parlamentarios. Este tipo de reformas sucesivas estandarizadas parece que no se corresponden con los límites constitucionales para una válida utilización de la forma del real decreto-ley[2]. La pérdida de coherencia se produce, así, tanto en el plano de la técnica jurídica como de la política del Derecho.

2.- En cuanto a la orientación y el enfoque metodológico general de esta "*Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social"*, señalar, en primer lugar, que se trata de una revista teórico-práctica. El título en sí mismo contiene una decisión encaminada a reivindicar el amplio espacio propio y perfectamente identificable de lo que es típicamente "Seguridad Social" en su evolución histórica (basta reparar en la delimitación dinámica de su "ideal de cobertura" consagrado, significativamente, en el Convenio OIT, núm. 102, sobre "Norma mínima de Seguridad Social", que en no pocos casos está siendo ya objeto de ampliación para abarcar nuevas situaciones objetivas de necesidad a través de nuevo formas prestacional públicas) aunque enmarcada dentro de lo que se ha dado en llamar "Sistema General de Protección Social Pública". Por lo demás, esto permite hacer frente a las tendencias emergentes hacia una cierta "dilución" o "disolución" cada vez más indiferenciada de la Seguridad Social dentro sistema general de protección social pública.

Se persigue, en esta Revista, la actualización permanente sobre las cuestiones doctrinales, normativas y judiciales en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social y materias conexas. En segundo lugar, se pretende llevar a cabo un análisis técnico-jurídico y de política jurídica (Ambas perspectivas integradas en la Ciencia del Derecho de la Seguridad Social). Por tanto, como se corresponde con el título, dominará el enfoque estrictamente jurídico. Por último, se llevara a cabo con carácter instrumental otros tipos de análisis correspondientes a las ciencias sociales (Económicos, Demográficos, y sociológicos de la Seguridad Social). Nuestro deseo es que sea una revista innovadora y monográfica sobre esta importante, y a menudo desatendida, rama del Derecho Social.

Se reivindica un conocimiento pleno del *"Derecho vivo"* tal como se verifica en la experiencia jurídica y en la praxis judicial. Para ello es preciso adoptar la perspectiva de un jurista técnicamente riguroso y comprometido con los principios y la legislación del Estado

[2] Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: "El derecho del Trabajo y el legislador de la crisis económica. Técnica legislativa y política del Derecho Social", en *RGDTSS*, núm.38 (2014), *passim.*

Social de Derecho. Este compromiso activo pone en crisis la posición tradicional del jurista de hoy que no puede limitarse a una pretendida aplicación técnica, neutral y mecánica de la legislación vigente. El modelo de "jurista científico" no puede ignorar el problema de los principios y valores implicados en el saber jurídico y su papel no puede limitarse a una esfera técnica ("jurista ingeniero" diría críticamente Roscoe Pound)[3]. Tampoco el "jurista-juez" puede limitarse a actuar como una simple figura pasiva que "pronuncia las palabras de le ley" (propio del formalismo estricto de la llamada "jurisprudencia de conceptos", justamente objeto de crítica por el maduro Rudolf von Ihering, en su obra *El fin en el Derecho*)[4].

Esta concepción tradicional del rol de jurista resulta no solo superada y estéril, sino contradictoria con su función crítica –analítica, reflexiva y propositiva– y de necesario compromiso activo con los valores constitucionales del Estado Social de Derecho, y con su legalidad específica. Por lo que tiene que tiene que aceptarse que el "jurista- juez" no puede evitar un margen de discrecionalidad razonablemente amplio (margen de discrecionalidad que no tiene porqué comprometer la imparcialidad respecto a la ajenidad en relación a los intereses subyacentes en el conflicto jurídico examinado) en el proceso de aplicación e interpretación de las normas jurídicas. En el caso del "jurista-científico" (que es, por decirlo expresivamente, un experto en Derecho, pero que no se ocupa directa y profesionalmente de la aplicación judicial del Derecho vigente), parece cada vez más evidente que sus elecciones de política del Derecho no se pueden esconder detrás de la máscara de las fórmulas mágicas que "justifican" o "legitiman" pretendidamente la neutralidad de su labor. En este sentido se ha podido hablar de la necesidad de sustituir o desplazar al Modelo tradicional ("Modelo de Montesquieu") por el Modelo de jurista crítico ("Modelo crítico"). Este modelo de jurista crítico "en lugar de eliminarlos, debe hacer explícitos y comprensibles los valores que son presupuesto de las profesiones jurídicas"[5]. Pero debe prestar especial atención a las normas vigentes y a las técnicas legislativas y de protección del Derecho, así como a la contextualización necesaria de las normas en el marco político, socio-económico y ético en que se insertan. Al tiempo, al Derecho sólo se conoce en un determinado marco histórico-social y valorativo. El ámbito de lo jurídico –juridicidad– se enmarca en una determinada sociedad históricamente situada y, en este contexto, atendiendo a los valores socialmente dominantes o, en su caso, compartidos. Evitando con ello que el conocimiento del Derecho sea cada vez más superficial. El jurista no debe incurrir en el formalismo de un aislamiento del entorno social que enmarca inevitablemente la "cultura jurídica".

Con esta orientación y enfoque metodológico los posibles destinatarios de esta nueva Revista no son sólo los profesionales del Derecho. Lo son, efectivamente, todas las personas, instituciones y organismos interesados –públicos y privados– en el campo de la Seguridad Social sin excepción (Abogados, Graduados Sociales, Profesorado Universitario y en general

[3] POUND, R.: *La grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2004, Capítulo VII, págs. 167 y sigs.; *Íd.: Evolución de la Libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad, Edición y estudio preliminar*, «La "jurisprudencia sociológica" de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social», a cargo de José Luis Monereo Pérez (pp. LXXXVI), Editorial Comares, Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, Granada, 2004.

[4] IHERING, R. v.: *El fin en el derecho*, edición y estudio preliminar, "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2ª ed., 2011.

[5] LUZZATI, CL.: *La política de la legalidad. El rol del jurista en la actualidad*, Madrid, Ed. Marcial Pons, trad. de F.J. Arena y M. A. Rosso, 2013, pág. 18.

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, etcétera).

3.- Las transformaciones legislativas en curso en materia de Seguridad Social acreditan el momento jurídico-político de un proceso de reformas permanentes que no parece que vaya a cesar a corto plazo. La Seguridad Social está ciertamente en un proceso permanente de reformas en prácticamente todos sus elementos nucleares (desde la gestión, sistemas de financiación, estructura del sistema y a las distintas ramas de prestaciones), cuya orientación restrictiva y su constante oscilación (contingencia) ya están haciendo mella en el plano de la psicología y de la cultura de la solidaridad, pues es bien visible la creciente pérdida de confianza de los ciudadanos en la efectividad –a corto, medio y largo plazo– de sus derechos sociales a prestaciones de Seguridad Social. Tan sólo hacer aquí una referencia a las últimas transformaciones en curso o en vías de consumación.

1º. Debe destacarse la reforma emprendida ya con discontinuidad –y nítidamente al margen– del Pacto de Toledo. Esta ha sido gráficamente la orientación y el procedimiento seguido en la reforma de 2012 unilateralmente adoptada por impulso exclusivo "gubernamental" y su continuación –en esa misma dirección decisionista fuerte– a través de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del Sistema de pensiones de la Seguridad Social. El tiempo confirmará si este tipo de reformas "no paramétricas" constituyen efectivamente un instrumento de garantía para las generaciones presentes y futuras de la percepción de pensiones adecuadas y suficientes conforme al mandato constitucional recogido en los artículos 50 y 41 CE. Será necesario establecer políticas eficientes de búsqueda de nuevas fuentes de financiación, racionalización del gasto de las pensiones públicas y, asimismo, políticas sociolaborales de envejecimiento activo que garanticen la empleabilidad positiva y el principio de no discriminación de los trabajadores mayores[6].

2º. El proceso de reforma por ramas de prestaciones prosigue (Incapacidad Temporal, Pensiones, Desempleo, Prestaciones Sanitarias –en deterioro permanente inducido y enfrentadas a los proceso de recortes y remercantilización–, etcétera). En particular, son singularmente relevantes las reformas de los mecanismos de control de la IL –rehusando el legislador realizar una necesaria reforma sistemática y coherente del subsidio por IL que

[6] Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Ciudadanía social y derechos de las personas mayores,* Granada, Ed. Comares, 2014. Para las últimas y más recientes reformas en materia de pensiones, véase, VV.AA.: *La edad de jubilación,* Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2011; MALDONADO MOLINA, J. A.: *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2002; Monereo Pérez, J. L.: "La reforma de la jubilación", en *RGSS*, núm. 29-30 (2012); TORTUERO PLAZA, J.L.: *La reforma de la jubilación: marco de referencia y Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social,* Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson-Aranzadi, 2012; LÓPEZ GANDÍA, J.: *La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2013; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y GIL PLANA, J.: *Pensión de jubilación. Últimas reformas legales*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Civitas/Thomson Reuters, 2014; MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNEZ BERNAT, J.A.: "El factor de sostenibilidad en España: ¿Un nuevo paso para el cambio silencioso del modelo de pensiones?", en *Revista de Derecho Social*, núm. 62 (2013); GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dirs.): *Las reformas laborales y de Seguridad Social. De la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero,* Lex Nova-Ed. Aranzadi, Valladolid-Pamplona, 2014

debería ser el centro de gravedad desde la perspectiva finalista o teleológica de la Seguridad social–. En este sentido, se sitúa 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. Este real decreto quiere situarse expresamente en línea con la Recomendación 10ª del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, en la cual la Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo considera también que deben potenciarse los mecanismos de colaboración y las posibilidades de control por parte del INSS y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, en relación con los diferentes procesos de incapacidad temporal de los trabajadores del sistema de la Seguridad Social. Pero se pone un especial énfasis de control de los procesos de IT en la línea de incrementar el papel de las Mutuas[7].

El Real Decreto 625/2014 sirve de antesala a la más amplia reforma en curso de las Mutuas, que tiende a incrementar su papel como "Mutuas de la Seguridad Social" (sic.), en la muy discutible nueva denominación propuesta por el Proyecto de Ley gubernamental. Es esta la lógica interna del "Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social" (2014). La disposición adicional decimocuarta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social estableció el compromiso del Gobierno para abordar en el plazo de un año, con la participación de los interlocutores sociales, una reforma de envergadura del marco normativo de aplicación a las Mutuas. Pero el Proyecto de Ley va más lejos, pues incorpora una nueva denominación de "Mutuas de la Seguridad Social" (incluidas expresamente dentro del sector público estatal administrativo, de conformidad con la naturaleza pública de sus funciones y de los recursos económicos que gestionan, sin perjuicio de su naturaleza privada, asumiendo la gestión de la prestación por riesgo durante el embarazo y lactancia materna, de las prestaciones económicas por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, y de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer y otra enfermedad grave. Por otra parte, suprime la referencia a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Asimismo, se concretan las prestaciones y servicios atribuidos a la gestión de las Mutuas dentro de la acción protectora de la Seguridad Social y su dispensación a los trabajadores. De aprobarse se consolidará el proceso de expansión del campo de actividad de las Mutuas abarcando nuevos dominios en la rama de las prestaciones públicas dispensadas por la Seguridad Social. Ya en el Dictamen del CES núm. 1 de 22 de enero de 2014, sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el CES asumió institucionalmente una posición bastante crítica respecto del mismo, partiendo de que no se compartía la sustancial alteración en la denominación que realiza la propuesta legislativa, y recordando que estamos ante asociaciones de empresarios colaboradoras en la gestión de prestaciones de la Seguridad Social, de carácter privado, y asimismo que la incorporación de una denominación excesivamente ambigua podría abrir paso a la introducción de nuevas funciones que no corresponderían a las Mutuas en virtud de su naturaleza inicial.

[7] Véase ampliamente, LÓPEN INSUA, B. Del M.: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Ed. Comares, 2014.

3º. Algunas de estas reformas han venido inducidas y condicionadas por pronunciamientos jurisprudenciales al máximo nivel. Es el caso de la STJUE de 22 de noviembre de 2010 y las SSTC de 14 de marzo de 2013, 71/2013, de 8 de abril, 72/2013, de 8 de abril, 116/2013, de 20 de mayo, y 117/2013, de 20 de mayo, sobre la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial. Problemática que plantea la conexión entre la precariedad laboral y la discriminación indirecta por razón de género y la correlativa precariedad en las formas de protección social pública (pensiones, en el caso examinado por estas sentencias)[8]. Su cristalización legislativa no se hizo esperar, inicialmente en RD.-Ley 11/2013, de 2 de agosto, y después en la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

4º. En el plano de los actos de encuadramiento (con lógica influencia en la dinámica de las prestaciones y su calidad) debe resaltarse la introducción de la llamada "tarifa plana" en la cotización a la Seguridad Social en el marco de las medidas de incentivos públicos al empleo. Su introducción se opera en virtud del RD.-Ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida (nuevos contratos indefinidos que impliquen una creación neta de empleo y se mantengan durante tres años. Se está, así, ante una medida que tiene un soporte eminentemente contractual y no subjetivo (atendiendo a las circunstancias de la personal), toda vez que lo relevante que la relación laboral ostente un carácter indefinido y que se garantice una cierta estabilidad en el empleo, siendo indiferente las circunstancias subjetivas que tiene el trabajador y empresario concernido. La medida ha sido ampliamente criticada, y con razón, porque, entre otras cosas, permite la reducción de los costes de cotización aun cuando no se esté incrementando, en puridad, el nivel de empleo; se trata de una garantía débil de mantenimiento del empleo; tiene un carácter regresivo, y entraña nuevas e inducidas dificultades de financiación de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y, por lo demás, resulta contradictoria con la tendencia legislativa de incrementar los recursos del sistema público[9]. De ahí la pertinencia de la Comunicación de la AESS (presidida por Antonio Ojeda Avilés), de julio de 2014 ("Tarifa plana y tarifa joven de la Seguridad Social: la inconsistencia de una sostenibilidad"), dirigida a la opinión pública y sumamente crítica respecto de la "Tarifa plana" y la "Tarifa joven" de la Seguridad Social. Comunicado que quien escribe estas líneas suscribe siendo partícipe del mismo. En dicho Comunicado de la EESS, tras la reflexión crítica, se solicita al legislador que: "Solicitamos al legislador que suprima radicalmente cualquier frivolidad que pueda poner en peligro una institución tan importante como es la Seguridad Social y que sanee las cuentas del sistema con decisión, con vistas no sólo a mantener, sino a mejorar la capacidad protectora del mismo frente al infortunio y simultáneamente el coste de sus mecanismos. Esos miles de millones que se van a perder en financiar a las empresas –no

[8] Puede consultarse LLORENTE ÁLVAREZ, A. y DE VALLE JOZ, J. I.: "La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: jurisprudencia reciente y alternativas de reforma", en *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 3 (2013); y en una perspectiva más amplia, PANIZO ROBLES, J. A.: *Las nuevas reglas de Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial*, Madrid, CEF-Laboral Social, 2013; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Trabajo a tiempo parcial y protección social*, Madrid, 2013.

[9] En este sentido, ARAGÓN MEDINA, C.: "Una aproximación al cuadro actual de incentivos al empleo, haciendo especial referencia a la tarifa plana en la cotización a la Seguridad Social", en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dirs.): *Las reformas laborales y de Seguridad Social. De la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero*, Lex Nova-Ed. Aranzadi, Valladolid-Pamplona, 2014, págs. 167 y sigs.

referimos a las reducciones creadas por los Reales Decretos-Ley 4/2013, 3/2014, 8 2014 y todos los anteriores aún vigentes– deberían de salir de otros bolsillos, a no ser que lo pretendido consista en agudizar la crisis de la institución para mejor justificar un cambio de modelo. En cuyo caso nos permitimos recordar los enormes trastornos que implica semejante cambio privatizador, y las enseñanzas que ha deparado el fracaso" de los modelos iusprivatistas radicales puestos en práctica hasta el momento. Las políticas de empleo y de apoyo a la reestructuración de las empresas no deberían suponer como regla una minoración de los recursos del sistema de Seguridad Social.

Para dar cuenta de todo ello, en una rigurosa perspectiva técnica jurídica y de política del Derecho, el lector tiene ante sí el número 1 de esta Revista cuya existencia no debería de necesitar de más razones, a las cuales sirve su estructura organizada en las secciones correspondientes.

Laborum

Estudios Doctrinales

Nuevamente la Incapacidad Temporal a Debate[1]
Again, the debate on the contingency of temporary incapacity

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Resumen

La incapacidad temporal es la contingencia temporal más relevante de los sistemas de protección social, con múltiples implicaciones para la seguridad social, las empresas, los niveles de absentismo y productividad, así como para los trabajadores. Se trata de una institución donde confluyen las normas laborales, de seguridad social y de prevención de riesgos laborales, con una importante presencia en los convenios colectivos; y en la que participan una multiplicidad de entidades, Servicio Publico de Salud; Seguridad Social; Empresa; Mutuas de Accidentes de Trabajo y en su caso, Servicio Público de Empleo Estatal En España carecemos un tratamiento omnicomprensivo del instituto, a pesar de su importancia

Sin duda el motor de todas las reformas producidas en los últimos veinte años está en los mecanismos de gestión y control, una veces motivados por el volumen de gasto y otras por estrictos criterios competenciales. En este espacio se sitúa el nuevo RD 625/2014, de 18 de julio, que pretende modernizar la gestión con la utilización de elementos telemáticos, vincular los procesos incapacitantes a protocolos y ordena distintos procedimientos administrativos

Palabras clave

Incapacidad temporal; Incapacidad; Control de la incapacidad temporal; Gestión de la incapacidad; Competencias de control; Determinación de contingencia.

Abstract

The contingency temporary incapacity of the most important social protection systems, with many implications for social security, business, levels of absenteeism and productivity, also for workers. It is an institution confluence labor standards, social security and occupational risk prevention, with a significant presence in collective agreements; and in which a multiplicity of entities, Public Health Service involved; Social Security; company; Mutual of Accidents and where appropriate, Public Service of Employment. In Spain we lack a complete and comprehensive treatment of the institute, despite its importance.

The engine of all reforms produced in the last twenty years is in the mechanisms of management and control, sometimes motivated by the volume of spending and other strict criteria for competition. In this area is located the new RD 625/2014 of 18 July, which aims to modernize the management with use of electronic elements, linking processes disabling protocols and orders of administrative procedures.

Keywords

Temporary incapacity; Incapacity; Control of temporary incapacity; Incapacity management; Control competences; Determination of the contingency

[1] El presente trabajo se inserta en las actividades del Proyecto de Investigación "La Incapacidad Temporal en el trabajo de hombres y mujeres" (Subprograma de Proyectos de Investigación Fundamental no orientada, convocatoria 2011 (DER2011-29448-C03-01).

1. ¿QUÉ OCURRE CON LA INCAPACIDAD TEMPORAL?

Durante más de veinte años, desde 1992, la incapacidad temporal ha sido el centro de atención del legislador, y de la doctrina científica[2], realizando reformas continuas –y no

[2] Una incompleta pero gráfica reseña de la preocupación doctrinal por la materia es la siguiente: AA.VV.: *La incapacidad temporal* (Coord. OJEDA AVILES, A.), Tecnos, Madrid, 1996; AA. VV.: *Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.), Cinca, Madrid, 2011; ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 18ª edic., Madrid, 2006; ALVAREZ DE LA ROSA. M. *Incapacidad temporal y maternidad*, en "Tribuna Social" nº 53; ARETA MARTÍNEZ, Mª., "La incapacidad temporal de los funcionarios públicos", AA. VV.: *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal de los funcionarios públicos*, Cinca, Madrid, 2011; BARBA MORA, A., *Incapacidad temporal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000; BLÁZQUEZ AGUDO, E. Mª., "Presente y futuro de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional", Aranzadi Social Revista Doctrinal, núm. 2, 2012; BRUNA REVERTER, J., *La incapacidad laboral: problemática legal, jurisprudencial y médica*, Comares, Granada, 2012; CARRIZOSA PRIETO, E., "La tutela del trabajador enfermo en el Estatuto de los Trabajadores", Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 157, 2013; CASTILLA CASTILLA, Á., "Control médico de la Incapacidad Temporal: la reordenación de las competencias de las entidades que intervienen en la prestación de la Incapacidad Temporal: artículo 128 de la LGSS", Revista de Información Laboral, núm. 3, 2012; CASTRO CONTE, M., "Evolución de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos o por cuenta propia", AA. VV.: *Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.), Cinca, Madrid, 2011; DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I. *El subsidio de la incapacidad temporal. Cuantía, nacimiento, duración y extinción* en "Tribuna Social", núm. 44-45, 1.994; DESDENTADO BONETE, A. "*Mutuas de accidentes de trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal".* Actualidad Laboral. Nº 6. 2008; Dueñas Herrero, L. F., "La contingencia de incapacidad (laboral) temporal en el régimen general de Seguridad Social", Relaciones Laborales, núm. 4, 1996; FERNANDEZ LOMANA GARCÍA, M., «El control por las Mutuas de Accidentes de Trabajo de las bajas médicas por contingencias comunes: situación actual y perspectiva», Actualidad Laboral nº 8, 2008; FERNANDEZ ORRICO, F. J. "*Medidas encaminadas a racionalizar el subsidio de incapacidad temporal por Ley30/2005, de 29 de diciembre* , AA VV "La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema". Laborum. 2006; FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; GARCÍA MURCIA J. y ROMÁN VACA, E., "Nuevas pautas de la regulación de la incapacidad temporal", Aranzadi Social, núm. 2, 1996; GARCÍA NINET, J. I., "La incapacidad temporal", AA.VV.: *La incapacidad temporal*, (Coord. OJEDA AVILES, A.), Tecnos, Madrid, 1996; GARCÍA QUIÑONES, J. C., "Ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia", Documentación Laboral, núm. 70, 2004; GARCÍA VIÑA, J. *El deber recíproco de buena fe en la incapacidad temporal*, en AA.VV.(Coord. OJEDA AVILES, A.), *La incapacidad temporal*, 1996; GIL PLANA, J. y GONZALEZ DEL RIO, J. M. "*Aspectos polémicos en la colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social".* Revista Española de Derecho del Trabajo GOERLICH PESET, J. M. "*La reforma de la incapacidad temporal"* en VV.AA "*La reforma de la Seguridad Social".* Ed. Tirant lo Blanch. 2008; GONZÁLEZ ORTEGA, S., "El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal (I) (El control durante la primera fase de la incapacidad temporal, Relaciones Laborales, núm. 12, 2011; "Prórrogas y recaídas. El tránsito hacia la incapacidad permanente", Relaciones Laborales, núm. 13, 2011; GRANADO MARTINEZ, O. *"El control de la incapacidad temporal en el Instituto Nacional de la Seguridad Social* en AA VV "La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema". Laborum. 2006); JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; LÓPEZ INSUA, B. M., *La incapacidad temporal en el Sistema de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2014; MARTÍN VALVERDE, A., "Incapacidad laboral transitoria e Invalidez Provisional: legislación y jurisprudencia", Actualidad Laboral, núm. 39, 1994; MARTINEZ-GIJON MACHUCA, M. A., "*Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005*). Relaciones Laborales. Nº 21. 2006; MARTINEZ-GIJON MACHUCA, M. A. "*Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005*). Relaciones Laborales. Nº 21. 2006; MERCADER UGUINA, J. R., *El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)*, en Revista de Relaciones Laborales, Tomo I/2004; MONEREO PEREZ, J. L. y FERNANDEZ AVILES, J. A., "Determinación de la contingencia", en AAVV (Dir. BORRAJO DACRUZ) Accidentes de Trabajo y Mutuas, edit. Lay y Fremap, Madrid, 2009; MONERO ROMERO, F. "La responsabilidad empresarial en materia de prestaciones a la luz de la incapacidad temporal**".** AA.VV**,** "La responsabilidad del empresario"**.** Ediciones Laborum. 2012. y "El papel de las mutuas en la gestión de la incapacidad temporal: Previsiones sobre la nueva

siempre debidamente maduradas– con la finalidad de construir un nuevo modelo de gestión y control, que permita recomponer el papel que deben asumir las entidades intervinientes en el proceso, reconducir su utilización, no siempre ortodoxa, y situar el gasto en parámetros de racionalidad.

---

ordenación". **e**n AAVV., Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social. AESSS. Ediciones Laborum, Murcia, 2013; MUÑOZ MOLINA, J., *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2005; OLARTE ENCABO, S., "Control y gestión de la incapacidad temporal: análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente, el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo", Aranzadi Social Revista Doctrinal, núm. 20, 2011; 2006; PANIZO ROBLES, J. *El control de la incapacidad temporal: A propósito del Real Decreto 575/11997, de 18 de abril"*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 4/ 1997; "*De nuevo sobre el control de la IT (A propósito del Real Decreto 1117/1998)"*. En Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. Nº 187. Septiembre.1998; *"La Seguridad Social en los comienzos de 2006 (comentario a las novedades incorporadas a la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006 y en otras disposiciones legales y reglamentarias de reciente promulgación)."* Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. Nº 275. Enero 2006; "Un nuevo paso en el control de la prestación de la seguridad social por incapacidad temporal: el RD 1430/2009, de 4 de diciembre", Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 320, 2009; PÉREZ ALONSO, M. A., *La incapacidad temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; PUEBLA PINILLA, A. "*El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo".* Actualidad Laboral. Nº 11. Junio 2008; PURCALLA BONILLA, M. A., "Incapacidad temporal y control del absentismo", AA. VV.: *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa* (Dirs. ROMERO BURILLO, A. Mª y ARGÜELLES BLANCO, A. R.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013; RIOS SALMERON, B. y FERRANDO GARCIA, F. "*La prestación por incapacidad temporal: equilibrio entre la protección y control del fraude"* FORO DE SEGURIDAD SOCIAL. Mayo 2007; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V., "Evolución de la normativa sobre la incapacidad para el trabajo en el ordenamiento jurídico español", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 94, 2011; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial", Temas Laborales, núm. 118, 2013; SALA FRANCO, T., *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005; SALA FRANCO, T. y SALAS BAENA, A "*La incapacidad temporal: aspectos laborales, sanitarios y de Seguridad Social".* Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007; SANTAMARIA RUIZ, M. D. "*Gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal: una gestión compleja".* Foro de Seguridad Social. Nº 13-14, 2005; SIRVENT HERNANDEZ, N. "Nuevas medidas de control en la gestión de los procesos de incapacidad temporal introducidas a raíz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre", Actualidad Laboral núm. 16, 2011; TOROLLO GONZÁLEZ, F. "Las mutuas y su lugar de conflictos jurídicos derivados de la incapacidad temporal", en AAVV. Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social. AESSS. Ediciones Laborum, Murcia, 2013; TORTUERO PLAZA, J.L. "la incapacidad temporal para el trabajo en la seguridad social", Madrid, Tesis Doctoral, 1.987; "La incapacidad temporal, contingencia y situaciones protegidas: un análisis teórico", Tribuna Social, núms. 44/45, 1994; "*Régimen jurídico de la incapacidad temporal: una perspectiva general".* Foro de Seguridad Social. Nº 12-13. 2005; "*Apuntes sobre la reforma de la incapacidad temporal".* En AA VV. *"La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema".* Laborum. 2006; "El control público de las Mutuas en materia de incapacidad temporal", AA. VV.: *Accidentes de trabajo y Mutuas*, La Ley, Madrid, 2008; TORTUERO PLAZA, J. L. y MORENO ROMERO, F. "Poder de dirección del empresario y los mecanismos de control de la incapacidad temporal: la opción por el control público", AA. VV.: *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales: estudios ofrecidos al profesor Alfredo Montoya Melgar*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011; TORTUERO PLAZA, J. L. y MORENO ROMERO, F. La reforma de la Incapacidad Temporal en la Ley 35/2010 y materias conexas, en AA.VV (Dir. ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO) "La reforma Laboral de 2010. Estudio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo" Editorial: Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2010; TORTUERO PLAZA J. L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva", Fundación MAPFRE, Madrid, 1996; TOSCANI GIMENÉZ, D., "La impugnación judicial de las altas médicas emitidas por las entidades gestoras de la seguridad social", Revista capital Humano, núm. 257/21011; Laborum. 2006; VALLE JOZ, J. y TRILLO GARCIA, A. "*Las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como gestoras de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes". e*n VV.AA "*Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales".* La Ley, 2007; VALLE MUÑOZ A., "La facultad de control por las Mutuas Patronales de los procesos de incapacidad temporal mediante reconocimientos médicos, Aranzadi Social 22/2011; VICENTE PALACIO, M. A., "El control de la Incapacidad Temporal: el control en el ámbito de la relación laboral individual y en el ámbito de la Seguridad Social", Tribuna Social, núm. 168, 2004.

Cierto es que en la incapacidad temporal intervienen todo un conjunto de sujetos e instituciones –Servicio Público de Salud, Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, empresario y trabajador, así como, en ocasiones, al Servicio Público de Empleo Estatal– que dificultan su ordenación, singularmente desde la esfera competencial. No obstante y como veremos, el equilibrio, la ponderación y la racionalidad no se han conseguido, ¡después de más de 20 años de reformas!, ¿tan difícil es…?.

Cierto es también que en su momento asistimos a un constante y alarmante incremento del gasto en incapacidad temporal, que justificó en parte que las principales reformas de los últimos años se hayan centrado casi en exclusividad sobre la ordenación de los mecanismos de control, bajo la hipótesis de que un mayor control conducirá a una reducción del gasto. No obstante, las reformas no se plantearon la problemática existente en forma sosegada y reflexiva, sino más bien conducidas por la obsesión razonable del gasto y la idea de que el fin justifica cualquier medio. En este orden, el aluvión normativo, producido entre el año 1997 y el año 2007, buscó la reordenación de los mecanismos de control con la finalidad de alcanzar el resultado económico deseado. No obstante, desde hace años el gasto en incapacidad temporal alcanzó el espacio de normalidad y, aún más, la crisis económica se ha encargado de reducirlo considerablemente, tanto por razones técnicas –menos afiliados, menos salarios…–, como humanas, el miedo a perder el empleo ha hecho que el trabajador –salvo en situaciones extremas– acuda a trabajar estando incapacitado.

Para visualizar las afirmaciones realizadas conviene identificar el proceso reformador. Las viejas y nunca pacíficas contingencias de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional, fueron reformadas por la Ley 42/1994, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que procedió a la redenominación de la contingencia –incapacidad temporal– y a reformar parcialmente su régimen jurídico suprimiendo formalmente la invalidez provisional. A la referida reforma habría que añadir otras anteriores (por ejemplo, la efectuada en materia de cuantía de la prestación y responsables del pago por la Ley 42/1992, de 24-XI, cuya constitucionalidad fue declarada por STCO 34/1994, de 10 –II) y posteriores, por ejemplo, la efectuada en materia de extinción de la prestación económica por las Leyes 66/1997, de 30 de diciembre y 24/2001, de 27 de diciembre, así como por el RDL 6/2000, de 23 de junio. Junto a ellas, las más recientes incorporadas por la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social que rectifica parcialmente las reformas del 2006, las recogidas en la disposición final tercera de la Ley 26/2009, de 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. Finalmente, la importante reforma operada por la disposición adicional decimonovena, cinco, de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que añadió la nueva disposición adicional quincuagésima segunda de la LGSS; el número dos de la disposición final quinta de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, que volvió a retocar el artículo 128.1.a) de la LGSS. Por último, salvo error, Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, que reordenó los artículos 131 bis y 132 de la LGSS. Ciertamente el aparato reformado produce vértigo.

Las reformas referidas, aunque importantes, no son las únicas, todavía habría que añadir otras múltiples reformas directas de alcance reglamentario y otras indirectas que

proceden de la reforma de otras contingencias, de materias e instituciones que son comunes al Sistema o, finalmente, de normas procedentes de otras parcelas del ordenamiento, singularmente del Estatuto de los Trabajadores.

Toda esta complejidad normativa se ha producido manteniéndose la ordenación reglamentaria procedente del desarrollo de la Ley de Seguridad Social de 1966 (singularmente el D. 3158/1966, de 23-XII y la O. 13-X-1967, que han encajado múltiples reformas) que convive con todo un elenco de normas reglamentarias posteriores de distinta procedencia y alcance (desde el D. 1646/1972, de 23-VI, pasando por el RD 53/1980, de 11-I, hasta los más recientes sobre gestión y control, el RD 575/1997, de 18-IV, modificado por el RD 1117/1998, de 5-VI y el RD 430/2009, de 1-IX, de desarrollo reglamentario de la Ley 40/2007) , incluida la aplicación de las modernas tecnologías para la presentación en soporte informático de los partes médicos (O Tas/ 399/2004, de 12-II). El giro más importante en esta materia viene de la mano del RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, que será objeto de análisis en las páginas que siguen, y que sustituye al viejo RD 575/1997, de 18-IV. Sobre esta anacrónica y compleja estructura normativa[3], han impactado reformas procedentes de la incapacidad permanente, la maternidad, el riesgo durante el embarazo, la jubilación parcial, el desempleo…, lo que dificulta su comprensión.

Finalmente y como se aprecia en la descripción normativa, la mayoría de las reformas producidas, singularmente las que han afectado a la LGSS, no han tenido desarrollo reglamentario, provocando efectos perversos, bien al convertir a la Ley en un híbrido entre Ley y Reglamento, bien dejando vacíos normativos que se resuelven a través de los criterios internos de las entidades gestoras o por decisiones jurisprudenciales no siempre afortunadas.

Por último, otra asignatura pendiente es el frecuente desencuentro entre el contrato de trabajo y la incapacidad temporal. Como sabemos, a tenor de lo establecido en el artículo 45. 1.c) del Estatuto de los Trabajadores, la incapacidad temporal es causa de suspensión del contrato de trabajo, quedando vinculado el espacio suspensivo a las reglas sobre nacimiento, duración y extinción de la incapacidad temporal establecidas en la normativa de la seguridad social, singularmente en la LGSS. Esto que parece elemental, no lo debe ser, ya que el legislador suele olvidarse con cierta frecuencia de los efectos que las normas de seguridad social tienen sobre el contrato de trabajo, olvido que adquiere especial relevancia, cuando la norma laboral delega tácitamente su ordenación en las de seguridad social, como es el caso de la incapacidad temporal.

2. NUEVAS REGLAS DE GESTIÓN Y CONTROL: EL REAL DECRETO 625/2014

Después de un largo periodo en incubación y siempre al rebufo del denominado Proyecto de Ley de Mutuas, el Boletín Oficial del Estado publico el día 21 de julio, el Real

[3] Esa complejidad ha sido puesta de manifiesto por la generalidad de la doctrina y singularmente por MUÑOZ MOLINA, J. *La incapacidad temporal…cit pag.229*. Igualmente, incluso, ofreciendo cuadros y esquemas orientativos, PANIZO ROBLES, J. A. *Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal…cit,* y por SANTAMARIA RUIZ, M. D. "*Gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal: una gestión compleja".* Foro de Seguridad Social. Nº 13-14 2005

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.

Antes de comenzar el análisis del referido RD, conviene realizar algunas reflexiones de carácter general.

Como es imaginable, los puntos principales de conexión con el Proyecto de Ley de Mutuas están en los espacios de actuación de las Mutuas en materia de contingencias comunes, aspectos históricamente conflictivos, que, como veremos, tampoco las reglas del RD terminan de encontrar un espacio competencial equilibrado. A lo que se añaden las dudas sobre la ordenación final contenida en el referido Proyecto de Ley una vez finalizado el trámite parlamentario.

El RD 625/2014 viene a sustituir a su precedente –que es derogado expresamente por la disposición derogatoria única–, el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal. Al tiempo, el nuevo RD modifica todo un conjunto normativo, a saber:

- El Reglamento sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el Real decreto 1993/1995, de 7 de diciembre.
- El Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- El Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medias en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal.
- El Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y recuperadores por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

Ciertamente el RD 575/1997, de 18 de abril, había quedado desfasado en muchos de sus contenidos, lo que es habitual en materia de seguridad social, donde rara vez la reforma de la LGSS (texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en adelante, LGSS) va acompañada del correspondiente texto reglamentario, bien para sustituir al viejo, bien para adaptarle. Por citar las reformas más relevantes en la materia habría que hacer referencia a las siguientes:

- La modificación operada en el artículo 128.1.a) de la LGSS, por el que se atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social y, en su caso, al Instituto Social de la Marina, la competencia plena a partir de los trescientos sesenta y cinco días del inicio de la situación de incapacidad temporal.

- La disposición adicional quincuagésima segunda de la LGSS, que fue añadida por la disposición adicional decimonovena, cinco, de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. En

> ella se establece que el Instituto Nacional de la Seguridad Social y, en su caso, el Instituto Social de la Marina, a través de los inspectores médicos adscritos a dichas entidades, ejercerán las mismas competencias que la inspección de servicios sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo servicio público de salud, para emitir el alta médica a todos los efectos, hasta el cumplimiento de la duración máxima de trescientos sesenta y cinco días en los procesos de incapacidad temporal.

Como indica el título del RD –regulación de "determinados aspectos…"– no se pretende proceder a dar una regulación completa, unitaria y acabada de la gestión y control de la incapacidad temporal, sino abordar aspectos parciales, de suma importancia, pero parciales. Una vez más, perdemos la oportunidad de proceder –después de un largo periodo de gestación de la norma– a abordar una regulación completa, optando de forma incomprensible por la ordenación parcelada. Prueba de lo afirmado, es que el RD 625/2014, no sólo modifica el RD 1430/2009, sino que las remisiones al mismo son constates. La ordenación unitaria de una materia tan importante como es la gestión y el control de la incapacidad temporal, no es un capricho retórico. La parcelación provoca ausencia de globalidad y por tanto de visión y ordenación de conjunto, más aun cuando las normas reguladoras tienen infinidad de conexiones.

La gestión sanitaria vinculada a la incapacidad temporal se moderniza, apostando por la utilización de procedimientos telemáticos, tanto en la gestión de los elementos formales –que se ordenan en función del previsible tiempo de baja–, en la utilización de protocolos, que pretenden dotar al facultativo de herramientas de respaldo técnico, y en el acceso a la documentación clínica del trabajador por parte de las instituciones con competencias en materia de gestión y control. Parece que la apuesta por los protocolos es excesiva, olvidándose que más que enfermedades existen enfermos.

En este orden y con insuficiente rango legal, el artículo 8 del RD incorpora una competencia abusiva, a saber, que "los inspectores médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina, para el ejercicio de sus competencias, tendrán acceso, preferentemente por vía telemática, a la documentación clínica de atención primaria y especializada de los trabajadores del sistema de la Seguridad Social". La carencia de rango legal y el carácter abusivo de la competencia no se soluciona con la coletilla habitual que advierte que "el tratamiento de los datos de los trabajadores afectados así como el acceso a los mismos quedará sujeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y en sus disposiciones de desarrollo" (art.8.3). Repárese en que los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dictada en desarrollo del artículo 18.1 CE, establecen que "la protección civil de la intimidad y de la propia imagen *quedará delimitada por las leyes*…", "no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando *estuviere expresamente autorizada por Ley*…". El RD busca apoyo en la disposición adicional cuadragésima de la LGSS[4], sin embargo, ésta refiere a "…datos

[4] Disposición adicional cuadragésima.- Remisión de datos médicos necesarios para el reconocimiento de las prestaciones económicas de la Seguridad Social.

médicos estrictamente relacionados con las lesiones y dolencias padecidas por el interesado que resulten relevantes para la resolución del procedimiento…". El diferente ámbito es notable y, por tanto, la autorización legal resulta insuficiente.

3. LAS COMPETENCIAS DE LAS MUTUAS EN LOS PROCESOS DERIVADOS DE CONTINGENCIAS COMUNES: LA PROPUESTA DE ALTA MÉDICA

Sin duda uno de los principales e históricos puntos de conflicto en esta materia ha sido la delimitación de las competencias de las Mutuas para poder expedir altas médicas en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes.

Sin perjuicio de prejuicios y reticencias, la cuestión es la siguiente. En las contingencias comunes, los órganos competentes para proporcionar la atención sanitaria y determinar la situación de incapacidad temporal, mediante la expedición del parte de baja médica, son los correspondientes del Servicio Público de Salud. Sin embargo, los órganos competentes para ejercer funciones de control durante el proceso se multiplican, adjudicándose título suficiente a la inspección médica del servicio público de salud, a los inspectores médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina y a los facultativos de las mutuas cuando éstas gestionen la cobertura de las contingencias comunes. El elemento diferencial aparece cuando nos planteamos quién, en el ejercicio de las competencias de control, tiene título suficiente para expedir el alta médica. En este orden, las entidades competentes se reducen, quedando fuera las Mutuas y por tanto, la competencia se circunscribe a la inspección médica del servicio público de salud, a los inspectores médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina.

Parecería razonable entender que el título habilitador no es otro que la cobertura de la incapacidad temporal por contingencias comunes, cobertura que previamente ha sido elegida por el empresario o lo es por imperativo legal para los trabajadores por cuenta propia. El complemento al referido título está en las competencias de control. El híbrido, gestor de la prestación económica y controlador del proceso incapacitante sin competencias, es poco razonable[5]. Recordemos que estas circunstancias han sido el motor de las reformas[6] de los

En los procedimientos de declaración de la incapacidad permanente, a efectos de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social, así como en lo que respecta al reconocimiento o mantenimiento del percibo de las prestaciones por incapacidad temporal, orfandad o asignaciones familiares por hijo a cargo, se entenderá otorgado el consentimiento del interesado o de su representante legal, a efectos de la remisión, por parte de las instituciones sanitarias de los informes, documentación clínica, y demás datos médicos estrictamente relacionados con las lesiones y dolencias padecidas por el interesado que resulten relevantes para la resolución del procedimiento, salvo que conste oposición expresa y por escrito de aquéllos.

Las entidades gestoras de la Seguridad Social, en el ejercicio de sus competencias de control y reconocimiento de las prestaciones, podrán solicitar la remisión de los partes médicos de incapacidad temporal expedidos por los servicios públicos de salud, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y las empresas colaboradoras, a efectos del tratamiento de los datos contenidos en los mismos. Asimismo, las entidades gestoras y las entidades colaboradoras de la Seguridad Social podrán facilitarse, recíprocamente, los datos relativos a las beneficiarias que resulten necesarios para el reconocimiento y control de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

La inspección médica de los servicios públicos de salud podrá solicitar la remisión de los datos médicos, necesarios para el ejercicio de sus competencias, que obren en poder de las entidades gestoras de la Seguridad Social.

[5] Esta distorsión ya fue objeto de reflexión por el TS (FJ.9, STS 5-10-2005, 2966/2005), al afirmar que "la Sala es consciente de la disfunción que significa una gestión limitada de la contingencia por parte de quien tiene atribuido

últimos 20 años que han ido situando al Instituto Nacional de la Seguridad Social –tradicional pagador de la prestación– el sujeto con competencias plenas en los primeros trescientos sesenta y cinco días y, exclusivas a partir del referido periodo.

El RD 625/2014, de 18 de julio, apuesta como veremos por una fórmula ya conocida, practicada y fracasada, cuya principal novedad es la reducción de los plazos en periodos transitorios. Sin duda, el procedimiento más equilibrado y garantista es el que integra la participación de los facultativos intervinientes –Servicio público de salud, INS/ISM y Mutua–, esto es, quien otorga la baja médica y lleva el proceso incapacitante y quienes ejerce ejercen los mecanismo de control. La cuestión es que hasta ahora han fracasado o han sido poco operativos. No obstante, si ahora el procedimiento funciona, la lógica impone que se realicen las reformas necesarias para que el Instituto Nacional de la Seguridad Social se integre en un procedimiento similar y abandone sus competencias plenas.

3.1. Procedimiento

Las distintas fases del procedimiento están reguladas en el artículo 6 del RD.

3.1.1. Fase de propuesta, comunicación y órgano competente

En los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes cuya cobertura corresponda a una mutua, cuando ésta, a la vista de los partes médicos de baja o de confirmación de la baja, de los informes complementarios o de las actuaciones de control y seguimiento que desarrolle, considere que el trabajador puede no estar impedido para el trabajo, podrá formular, a través de los médicos adscritos a ella, propuestas motivadas de alta médica, a las que acompañará los informes y pruebas que, en su caso, se hubiesen realizado.

Las mutuas comunicarán simultáneamente al trabajador afectado, para su conocimiento, que se ha enviado la propuesta de alta.

3.1.2. Órgano competente y planteamiento de conformidad o discrepancia

Las propuestas de alta de las mutuas se dirigirán a las unidades de la inspección médica del servicio público de salud, quienes las remitirán inmediatamente a los facultativos o servicios médicos a quienes corresponda la emisión de los partes médicos del proceso.

Los facultativos referidos deberán pronunciarse bien confirmando la baja médica, bien admitiendo la propuesta, a través de la expedición del correspondiente parte de alta médica.

---

su pago y el control, en términos que incluso pudieran perjudicar el éxito de aquélla …, pese a que tampoco desconocemos que la ampliación de facultades atribuidas a las Mutuas… es consecuencia de la preocupación del legislador por la lucha contra el fraude…"

[6] PURCALLA BONILLA, M.A. *Competencia del INSS sobre el reconocimiento de la prestación económica por incapacidad temporal.* Aranzadi Social: Revista Doctrinal, nº 20. 2009. Págs. 41-52; FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. *Breves consideraciones en torno a la incapacidad temporal y sus mecanismos de control en el marco de su continua e interminable reforma.* Revista técnico laboral, nº 120. 2009. Págs. 165-183

En el caso de que se confirme la baja, se consignará el diagnóstico, el tratamiento médico dispensado, las causas que justifican la discrepancia y se señalarán las atenciones y los controles médicos que se considere necesario realizar.

La inspección médica trasladará a la mutua este informe junto con la actuación realizada en el plazo máximo de cinco días desde la recepción de la propuesta de alta.

En el caso de que la inspección médica del correspondiente servicio público de salud no reciba contestación de los facultativos o de los servicios médicos, o en caso de discrepar de la misma, podrá acordar el alta médica, efectiva e inmediata.

En esta fase, podríamos decir, que la inspección asume un papel de árbitro con capacidad decisoria, en la medida en que actúa como decisor entre la propuesta de la mutua y la discrepancia del facultativo. Todo ello, sin perjuicio de sus competencias directas cuando no exista contestación de los facultativos.

Los calificativos que el precepto otorga al alta médica –efectiva e inmediata–, son más bien retóricos, ya que el alta es un acto jurídico con efectos propios y legalmente establecidos.

En todo caso, la inspección comunicará a la mutua, dentro del plazo de los cinco días siguientes a la fecha de recepción de la propuesta de alta, la actuación realizada junto con los informes que el facultativo hubiera remitido.

3.1.3. Fase de reiteración ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social

En los casos en que el procedimiento no funcione, esto es, cuando la propuesta de alta formulada por una mutua no fuese resuelta y notificada en el plazo de cinco días establecido, la mutua podrá solicitar el alta médica al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Social de la Marina, de acuerdo con las competencias previstas en la disposición adicional quincuagésima segunda de la Ley General de la Seguridad Social.

La entidad gestora resolverá en el plazo de cuatro días siguientes a su recepción, efectuando las comunicaciones previstas en el artículo 7.5. del RD 625/2014, cuyo contenido es aplicable, tanto a los supuestos en que el INS/ISM actúa por decisión propia, como cuando actúa a petición de la mutua. De esta forma, cuando el parte médico de alta sea expedido por el inspector médico adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Social de la Marina, estos trasladarán de manera inmediata y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de dicha expedición, una copia del parte al correspondiente servicio público de salud para su conocimiento y otra copia a la mutua, en el caso de trabajadores protegidos por la misma, con la finalidad de que esta dicte acuerdo declarando extinguido el derecho por causa del alta, sus motivos y efectos, y notifique el acuerdo a la empresa.

Asimismo, el inspector médico entregará dos copias al trabajador, una para conocimiento del mismo y otra con destino a la empresa, expresándole la obligación de incorporarse al trabajo el día siguiente al de la expedición.

Cuando en un proceso de incapacidad temporal se haya expedido el parte médico de alta por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina, a través de los inspectores médicos adscritos a dichas entidades, durante los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha en que se expidió el alta, serán estas entidades las únicas competentes, a través de sus propios médicos, para emitir una nueva baja médica por la misma o similar patología. La regla es habitual, como también lo es las limitaciones impuestas por la jurisprudencia, al afirmar que "la identidad de las patologías exige comparar términos homogéneos, de modo que lo determinante es la dolencia que motivó la última baja y no el cuadro clínico/médico que fue valorado en el procedimiento que culminó con la denegación de la incapacidad permanente (STS de 27-6-2011 [RJ 2011, 6091]).

3.1.4. Transitoriedad de los plazos

De conformidad con lo establecido en la Disposición transitoria segunda del RD, durante los primeros seis meses desde la entrada su vigor (el día primero del segundo mes siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»), el plazo de cinco días establecido en los párrafos segundo y tercero del artículo 6.2 será de once días.

Asimismo, durante los primeros seis meses desde la entrada en vigor, los plazos de cinco y cuatro días establecidos en el artículo 6.3 serán de once y ocho días, respectivamente.

3.2. Valoración

Como hemos visto, nada nuevo bajo el sol. Incluso, la poca fe en la fórmula se explicita en el último párrafo del artículo 6 que advierte que:" El Instituto Nacional de la Seguridad Social y, en su caso, el Instituto Social de la Marina, realizarán el seguimiento del comportamiento del nuevo procedimiento de gestión y control de los procesos por incapacidad temporal. Asimismo, ambas entidades realizarán el seguimiento del grado de motivación clínica de las propuestas de alta de las mutuas y de respuesta de la inspección médica de los servicios públicos de salud o del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, así como el grado de cumplimiento de los plazos de las distintas entidades en lo que se refiere a las propuestas de alta. En caso de que se detectasen retrasos significativos se propondrán medidas adicionales que aseguren que el procedimiento se desarrolle con el necesario grado de celeridad". Sin perjuicio de la innecesaria prepotencia del lenguaje, faltan por especificar las "medidas adicionales", que podrán oscilar entre cambiar el procedimiento, hasta denunciar los convenios de colaboración con los servicios públicos de salud que van asociados a importantes dotaciones económicas.

4. DETERMINACIÓN DE LA CONTINGENCIA CAUSANTE DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Varios son los supuestos que pueden dar lugar al procedimiento de determinación de la contingencia.

4.1. El rechazo de la mutua

Es perfectamente posible que, tras la preceptiva atención sanitaria y la realización de las pruebas que corresponda, la mutua entienda que la contingencia originaria de la patología

no es de carácter profesional sino de carácter común y determine la remisión del trabajador al servicio público de salud.

Hasta ahora, la situación descrita se producía por la vía de hecho, sin la exigencia de ningún acto formal, lo que generaba complicaciones importantes, que podían terminar en una situación de reenvíos entre la mutua y el servicio público de salud y viceversa, donde el único perjudicado era el trabajador, por mucho que se le prestara la atención sanitaria inicial o primaria.

El artículo 3 del RD pone fin, con acierto, a esta crispante y en ocasiones, abusiva situación. En efecto, cuando la mutua rechace el siniestro por entender que el origen de la contingencia es común, deberá entregar al trabajador un informe médico en el que se describa la patología, se señale el diagnóstico y el tratamiento dispensado, acompañado de los informes relativos a las pruebas que se hubieran realizado. Igualmente, la mutua, en base la documentación referida, deberá incorporar al informe los motivos que justifican la determinación de la contingencia como de carácter común.

Parece, y es, desproporcionada y abusiva la caracterización que el precepto impone a la exigencia impuesta para la dispensación de la atención sanitaria, a saber, que se trate de supuestos de urgencia o riesgo vital, más aun cuando la definitiva calificación de la contingencia tiene como efecto derivado la compensación de gastos en materia sanitaria. Los términos "urgencia o riesgo vital", recuerdan al reintegro de gastos cuando se acude por tales motivos a una institución privada y el recuerdo viene acompañado de tortuosa doctrina jurisprudencial y de abundante doctrina científica.

En todo caso, el precepto es confuso, por un lado, se determina la exigencia de reconocimiento médico, la realización de pruebas, incluso se hace referencia al tratamiento aplicado… y, por otro, se limita la prestación de asistencia a los supuestos de urgencia o riesgo vital. Con todo, es regla indubitada e histórica que la prestación asistencial se da siempre y en todo caso, sin perjuicio de las actuaciones posteriores.

Lógicamente, tras el rechazo de la mutua el trabajador acudirá al servicio público de salud aportando el preceptivo informe. El facultativo del servicio público de salud, viene obligado a actuar en los extremos bajo el paraguas de la contingencia común, sin perjuicio de que pueda discrepar de tal calificación. Varias situaciones se pueden producir:

- Que el facultativo del servicio público de salud acepte la calificación de la mutua y expida el correspondiente parte de baja médica por contingencia común. En este caso, si el trabajador discrepa de la calificación podrá formular reclamación ante el INSS en los términos que veremos y siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 6 del RD 1430/2009, incorporado por la disposición final tercera, cuatro del RD 625/2014, de 18 de julio.

- Que el facultativo del servicio público de salud expida el correspondiente parte de baja médica por contingencia común y discrepe de la calificación efectuada por la mutua, cuyo caso podrá formular su discrepancia mediante el procedimiento referido y ordenado en el artículo 6 del RD 1430/2009.

Como veremos, la resolución que resuelva la discrepancia establecerá el carácter común o profesional de la contingencia causante y el sujeto obligado al pago de las prestaciones derivadas de la misma y a la prestación de asistencia sanitaria, en su caso.

4.2. Procedimiento de determinación de la contingencia

Como hemos anunciado, la disposición final tercera, cuatro del RD 625/2014, de 18 de julio, incorpora un nuevo artículo 6 al RD 1430/2009, donde se regula el procedimiento administrativo de determinación de la contingencia causante en los procesos de incapacidad temporal.

Sin perjuicio de lo anterior, sorprendentemente el RD 625/2014, mantiene –modificando los plazos– otro procedimiento de determinación de contingencia, regulado en el artículo 4 del RD 1430/2009, combinado con el procedimiento de impugnación de las altas médicas expedidas por los facultativos de la mutuas en las contingencias profesionales. No alcanzo a entender la falta de unificación. Más adelante me referiré a este procedimiento.

4.2.1. Órgano competente

El órgano competente para resolver el procedimiento es el Instituto Nacional de la Seguridad Social, mediante resolución del director provincial correspondiente. Igualmente lo es, en el ámbito del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, el Instituto Social de la Marina, según se desprende del último párrafo del artículo 6.5, que establece que "en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, el informe preceptivo del correspondiente equipo de valoración de incapacidades será formulado ante el director provincial del Instituto Social de la Marina, para que este adopte la resolución que corresponda y proceda a su posterior notificación a las partes interesadas". A pesar de la previsión y como veremos, el ISM no aparece en la tramitación del procedimiento, aunque sí como sujeto legitimado para su iniciación ante el INS. El procedimiento por tanto es confuso, no parecería razonable que la tramitación la realizara el INS y a partir del informe del EVI la competencia pasara al ISM.

4.2.2. Sujetos legitimados

El procedimiento podrá iniciarse a partir de la emisión del parte de baja médica y deberá ir acompañado de la documentación necesaria y de los informes y pruebas realizadas, a fin de facilitar la oportuna calificación de la contingencia.

El procedimiento podrá iniciarse:

a) De oficio, por propia iniciativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

b) Como consecuencia de petición motivada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

c) A instancia del servicio público de salud competente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

d) A propuesta del Instituto Social de la Marina.

e) A instancia del trabajador o su representante legal.

f) A instancia de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social o de las empresas colaboradoras, en aquellos asuntos que les afecten directamente.

4.2.3. Fase de tramitación

El Instituto Nacional de la Seguridad Social comunicará la iniciación del procedimiento al servicio público de salud competente, a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social o a la empresa colaboradora, según corresponda, cuando el procedimiento no se hubiera iniciado a su instancia y en aquellos asuntos que les afecten, para que, en el plazo improrrogable de cuatro días hábiles, aporten los antecedentes relacionados con el caso de que dispongan e informen sobre la contingencia de la que consideran que deriva el proceso patológico y los motivos del mismo.

También se dará traslado al trabajador de la iniciación del procedimiento, cuando esta no hubiera sido a instancia suya, comunicándole que dispone de un plazo de diez días hábiles para aportar la documentación y hacer las alegaciones que estime oportunas.

La exclusión de quienes hubieran solicitado la iniciación del procedimiento, llevaría implícito privarles del plazo de alegaciones y aportación de documentos, lo que no parece conforme con las reglas generales del procedimiento administrativo previstas en Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Lógicamente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá solicitar los informes y realizar cuantas actuaciones considere necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe dictar resolución.

4.2.4. Informe preceptivo del EVI

El equipo de valoración de incapacidades emitirá un informe preceptivo, que elevará al director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el que se pronunciará sobre la contingencia que ha originado el proceso de dicha incapacidad. En el ámbito de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, el informe preceptivo del correspondiente equipo de valoración de incapacidades será formulado ante el director provincial del Instituto Social de la Marina, para que este adopte la resolución que corresponda y proceda a su posterior notificación a las partes interesadas.

Aunque nada dice la norma, parece que el informe no es vinculante para el director provincial, lo que se desprende tanto del silencio, como de la previsión contenida en el núm. 5 del artículo 6, que determina que tras el informe del EVI el director provincial dictara la resolución que corresponda.

4.2.5. Resolución del procedimiento

Emitido el informe del equipo de valoración de incapacidades, el director provincial competente del Instituto Nacional de la Seguridad Social dictará la resolución que

corresponda, en el plazo máximo de quince días hábiles a contar desde la aportación de la documentación por las partes interesadas, o del agotamiento de los plazos fijados para ello en el apartado 2 de este artículo. Los plazos de referencia son de 4 y 10 días hábiles, dependiendo del trámite del procedimiento. Sin embargo si entendemos que la apertura del mismo debe ser comunicada a todos los intervinientes, cualquiera que sea el que tomo la iniciativa, el plazo a partir del cual se abre el tiempo para la resolución sería de 10 días.

La resolución e deberá pronunciarse sobre los siguientes extremos:

a) Determinación de la contingencia, común o profesional, de la que derive la situación de incapacidad temporal y si el proceso es o no recaída de otro anterior.
b) Efectos que correspondan, en el proceso de incapacidad temporal, como consecuencia de la determinación de la contingencia causante, cuando coincidan en el tiempo dolencias derivadas de distintas contingencias.
c) Sujeto responsable de las prestaciones económicas y sanitarias.

En lugar inapropiado (en medio de la ordenación de la tramitación del procedimiento) el núm. 3 del artículo 6, entremezcla el mantenimiento de la situación durante la tramitación del procedimiento –recuérdese que el beneficiario estará de baja por una u otra contingencia– y los efectos de la futura resolución.

En este orden habría que distinguir dos situaciones, a saber:

- ✓ Que el servicio público de salud hubiera emitido parte de baja por contingencias comunes, en cuyo caso se iniciará o continuará el abono de la prestación de incapacidad temporal por esta contingencia hasta la fecha de resolución del procedimiento.

  Si la resolución determina el carácter profesional de la contingencia, la mutua que la cubra debe abonar al interesado la diferencia que resulte a su favor, y reintegrar tanto a la entidad gestora, en su caso, la prestación abonada a su cargo, mediante la compensación de las cuantías que procedan, como al servicio público de salud el coste de la asistencia sanitaria prestada. Asimismo, cuando la contingencia profesional estuviera a cargo de la entidad gestora, esta abonará al interesado las diferencias que le correspondan.

- ✓ Que el beneficiario este de baja por contingencia profesional, en cuyo caso la entidad que corresponda continuará en el abono de la prestación hasta que se produzca la resolución.

  En el supuesto de que la resolución determine el carácter común de la contingencia, modificando la anterior calificación como profesional y su protección hubiera sido dispensada por una mutua, ésta deberá ser reintegrada por la entidad gestora y el servicio público de salud de los gastos generados por las prestaciones económicas y asistenciales hasta la cuantía que corresponda a dichas prestaciones en consideración a su carácter común.

Aunque nada dice la norma, sin duda la Resolución producirá otros efectos adicionales, al menos teóricos –ver más adelante en el texto–, que podrían sintetizarse de la siguiente forma:

- ✓ El cambio de contingencia afecta al cálculo de la base reguladora, a la cuantía de la prestación, al inicio de la protección y al sujeto responsable del pago. Dependiendo del cambio, el empresario y el trabajador se convertirán en deudores o acreedores, con repercusión en la entidad gestora o colaboradora correspondiente.

- ✓ Igualmente, dependiendo del cambio en la calificación de la contingencia, será necesario realizar los ajustes oportunos en las cotizaciones, tema en el que interviene el empresario, siendo el resultado de los mismos positivo o negativo, lo que exigirá reintegro del exceso o abono de la diferencia. Cuestión adicional es quién paga la diferencia o se beneficia del reintegro, sólo el empresario o el empresario y el trabajador. Hubiera sido deseable que el RD vinculara el tema al instrumento recaudatorio correspondiente y hubiera fijado las reglas oportunas.

- ✓ Finalmente, el cambio en la calificación podrá impactar sobre los complementos que el trabajador hubiera percibido o tuviera derecho a percibir en función de la nueva y vieja calificación. En este orden habrá que estar a los términos del convenio colectivo para fijar el alcance del cambio de la contingencia. Repárese que el cambio puede afectar, al menos, a la cuantía y al inicio de la protección, de lo que deriva que el trabajador podrá situarse en la posición de acreedor o deudor con el empresario. La cuestión no es baladí, singularmente cuando el trabajador derive en deudor por un cambio en la calificación de la contingencia no imputable al propio trabajador. En este orden, la solución más razonable es que el trabajador no tuviera que devolver la mejora percibida.

4.2.6. Comunicación y efectos procesales

La resolución será comunicada al interesado, a la empresa, a la mutua y al servicio público de salud. Las comunicaciones efectuadas entre las entidades gestoras, la mutua y la empresa se realizarán preferentemente por medios electrónicos, informáticos o telemáticos que permitan la mayor rapidez en la información.

Las resoluciones emitidas por la entidad gestora (INS o ISM), en el ejercicio de las competencias establecidas en el artículo 6 del RD 1430/2009, podrán considerarse dictadas con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. De esta forma la resolución será directamente impugnable ante la Jurisdicción Social.

4.3. Valoración del procedimiento y propuesta alternativa

Hemos visto que la regulación del procedimiento es en ocasiones incompleta y en ocasiones confusa, obligando a realizar interpretaciones complejas.

En materia de efectos de la resolución y sin perjuicio de los aspectos teóricos apuntados, cabe otra interpretación de la norma, a saber: los silencios no son incorrecciones, sino reglas. Veamos su alcance.

En una lectura del artículo 6.3 constructiva de los silencios podemos hacer, entre otras, las siguientes consideraciones:

- La ausencia de cualquier referencia a las cotizaciones, puede hacernos entender que las mismas se dan por válidas y que el cambio de contingencia no afecta a las cotizaciones.

- La ausencia de cualquier referencia al empresario puede indicar que el cambio de calificación de contingencia común a profesional, no implica la devolución de las prestaciones abonadas a su exclusio cargo.

- La ausencia de cualquier referencia al empresario, puede indicar que el cambio de calificación de contingencia profesional a común, no implica la reclamación al empresario de las prestaciones que debería abonadar a su exclusio cargo.

Propuesta alternativa.

Dada la complejidad en los efectos directos e indirectos del cambio en la calificación de la contingencia determinante de la incapacidad temporal, parecería más apropiado y sencillo, que los efectos jurídicos de la calificación fueran *ab initio* y los derivados, esto es todos los demás –prestaciones, cotizaciones, asistencia sanitaria…– a partir de la resolución.

En otro caso, sería necesario una norma de desarrollo del RD que regulara todos los efectos y los instrumentos para hacerlos efectivos.

5. REQUERIMIENTO A LOS TRABAJADORES PARA RECONOCIMIENTO MÉDICO Y LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LA PRESTACIÓN

Rompiendo una tradicional regla[7] extremadamente severa –incomparecencia/extinción de la prestación–, el apartado cuatro de la disposición final cuarta de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, incorporó un nuevo núm. 3 al artículo 132 de la LGSS. El precepto establece que:

"La incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social para examen y reconocimiento médico producirá la suspensión cautelar del derecho, al objeto de

[7] Así lo había denunciado PANIZO ROBLES, J. A. *La Seguridad Social en los Presupuestos Generales del Estado para 2014*, al afirmar que:" Parece razonable que, como sucede en otras prestaciones (por ejemplo, los complementos a mínimos) el incumplimiento de una obligación de presencia no diese lugar inevitablemente a la extinción de la IT, sino que se arbitrase una medida de suspensión cautelar. A ese objetivo responde la LPGE 2014 (apdo. cuatro de la disp. final 4.ª), que incorpora un supuesto más de modo que la incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos a la entidad gestora o las mutuas para examen y reconocimiento médico produce la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada. No obstante, se difiere a disposición reglamentaria la regulación del procedimiento de suspensión del derecho y de sus efectos". RTSS. CEF, núm 371, febrero 2014, Págs. 11-110. También con un análisis de la jurisprudencia al respecto, VALLE MUÑOZ A., "La facultad de control por las Mutuas Patronales de los procesos de incapacidad temporal mediante reconocimientos médicos, Aranzadi Social 22/2011.

comprobar si aquella fue o no justificada. Reglamentariamente se regulará el procedimiento de suspensión del derecho y sus efectos".

El artículo 9 del RD 625/2014, de 18 de julio, procede a regular el procedimiento referido en la LGSS.

5.1. Los reconocimientos médicos

El Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina, y las mutuas, respecto de los beneficiarios de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes incluidos en su ámbito de gestión, podrá disponer que los trabajadores que se encuentren en situación de incapacidad temporal sean reconocidos por los inspectores médicos de dichas entidades gestoras o por los médicos dependientes de las mutuas.

Como elemento de garantía, se establece que los reconocimientos se llevarán a cabo respetando, en todo caso, el derecho a la intimidad y a la dignidad de los trabajadores. Igualmente, serán de aplicación las garantías establecidas en el artículo 8 en relación con el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal de los trabajadores y la confidencialidad de la información objeto de tratamiento. Asimismo, será de aplicación lo dispuesto para las historias clínicas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La citación a reconocimiento médico habrá de comunicarse al trabajador con una antelación mínima de cuatro días hábiles, informándole que en caso de no acudir al reconocimiento, se procederá a suspender cautelarmente la prestación económica, y que si la falta de personación no queda justificada en el plazo de diez días hábiles siguientes a la fecha fijada para el reconocimiento, se procederá a la extinción del derecho al subsidio.

5.2. La falta de comparecencia y sus efectos

La norma distingue distintos supuestos y la correspondiente respuesta de la entidad gestora o colaboradora. Así puede ocurrir:

- ✓ Que el trabajador no pueda asistir en la fecha fijada y que antes de dicha fecha o el mismo día justifique las razones de la incomparecencia, en cuyo caso la entidad gestora o mutua, podrá fijar una fecha posterior para su realización, comunicando la misma al interesado con la antelación mínima de cuatro días hábiles.
- ✓ Que el trabajador citado en forma no se personara en la fecha fijada, en cuyo caso el director provincial correspondiente dictará resolución, que será inmediatamente comunicada al interesado, disponiendo la suspensión cautelar del subsidio desde el día siguiente al fijado para el reconocimiento, e indicándole que dispone de un plazo de diez días hábiles, a partir de la fecha en que se produjo la incomparecencia, para justificar la misma. Cuando la citación proceda de la mutua, ésta actuará ante la incomparecencia en los mismos términos y plazos.

Aunque la norma nada dice, la suspensión cautelar de la prestación, llevará implícita la suspensión de la cotización.

La entidad gestora o la mutua comunicará la suspensión acordada por vía telemática a la empresa y a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Se entenderá que la incomparecencia fue justificada:

- ✓ Cuando el trabajador aporte informe emitido por el médico del servicio público de salud que le dispense la asistencia sanitaria, en el que se señale que la personación era desaconsejable conforme a la situación clínica del paciente;
- ✓ Cuando la cita se hubiera realizado con un plazo previo inferior a cuatro días hábiles; o
- ✓ Bien cuando el beneficiario acredite la imposibilidad de su asistencia por otra causa suficiente.

De la casuística justificadora de la incomparecencia, las dos primeras –certificado médico e incumplimiento del plazo– operarán de forma automática, sin embargo, las otras posibles causas exigirán su ponderación y valoración en la correspondiente resolución.

En todo caso pueden darse diferentes supuestos con sus correspondientes efectos, así:

- ✓ Que el trabajador justifique de forma suficiente y en plazo. En estos casos el director provincial del INSS o del ISM dictará nueva resolución, o la mutua nuevo acuerdo, dejando sin efecto la suspensión cautelar, y procederá a rehabilitar el pago de la prestación con efectos desde la fecha en que quedó suspendida. Igualmente, la entidad gestora o mutua, en el plazo de quince días siguientes a la fecha en que se dicte la resolución o acuerdo, pagará directamente al trabajador el subsidio correspondiente al período de suspensión. Asimismo, comunicará a la empresa y a la Tesorería General de la Seguridad Social la resolución o acuerdo por la que la suspensión queda sin efecto, informando de la fecha a partir de la cual procede reponer el pago delegado por parte de la empresa.

  En el supuesto –silenciado por la norma– de que la suspensión se produjera durante el periodo de prestación a cargo exclusivo del empresario –días 4º a 15–, se supone que la rehabilitación del pago corresponderá al empresario hasta el decimoquinto día.

  Igualmente, la rehabilitación y pago desde la suspensión de la prestación supondrá, la correspondiente cotización.

  Finalmente, en aquellos supuestos en que la causa de la incomparecencia está tasada, la rehabilitación debería ser automática, mediante la utilización de los medios telemáticos correspondientes. No olvidemos que la prestación es normalmente la única fuente de ingresos del trabajador.

- ✓ Que el trabajador justifique en plazo, pero que la misma no esté tasada y sea insuficiente. En estos casos, el director provincial correspondiente dictará resolución motivando la insuficiencia de la causa justificadora y declarando la extinción del derecho a la prestación económica con efectos desde el día en que hubiera sido efectiva la suspensión. Dicha resolución se notificará al interesado. Igualmente, la entidad gestora comunicará la extinción acordada, por vía telemática, al servicio público de salud, a la empresa y a la Tesorería General de la Seguridad Social. En los mismos términos actuará la mutua, cuando sea la entidad competente.

  La extinción de la prestación llevará implícita la extinción de la obligación de cotizar.

  La resolución se podrá impugnar en los términos del artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

- ✓ Que el trabajador no justifique en el plazo de diez días hábiles la causa que justifique la incomparecencia. En estos casos se procederá en los mismos términos vistos, a saber, la entidad competente dictara resolución declarando la extinción del derecho a la prestación económica con efectos desde el día en que hubiera sido efectiva la suspensión. Igualmente, La extinción de la prestación se comunicará a todas las partes y llevará implícita la extinción de la obligación de cotizar. La resolución será impugnable en los términos dichos.

5.3. Armonización normativa

La reforma del artículo 132.3 de la LGSS por la LPE.2104 –*La incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social para examen y reconocimiento médico producirá la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada*– debe ponerse en relación con lo previsto en el artículo 131.bis también reformado por la LPE.2014 –"*El derecho al subsidio se extinguirá por …la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social…*– y finalmente con la previsión contenida en el artículo 128.1.a), incorporada por la disposición final tercera, números cuatro de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010[8], que da nueva redacción al primer párrafo del artículo

[8] La Memoria que acompaña a la Ley de Presupuestos, justifica la reforma en los siguientes términos: "*…se pretende subsanar la laguna legal existente para aquellos supuestos de IT con duración superior a 12 meses en los que se produzca la incomparecencia al reconocimiento médico del INSS en el ejercicio de la competencia del artículo 128.a a), permitiendo la emisión del alta médica en estos supuestos.*". Igualmente, se da noticia justificativa de las situaciones que se pretenden subsanar con la reforma, afirmando que "*actualmente se están produciendo casos de trabajadores sin derecho a subsidio y en situación de IT, por diferentes causas, que al no estar percibiendo la prestación económica no acuden a los reconocimientos al cumplimiento del duodécimo mes. Además, como los*

128.1.a) de la LGSS, para incorporar que el INSS podrá emitir "*el alta médica por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social*". Para que todos los preceptos tengan lógica, deben quedar armonizados. Así, la incomparecencia dará lugar al procedimiento referido en el artículo 132.3 y ordenado en el artículo 9 del RD 625/2014; y una vez constatado su carácter injustificado, podrá procederse a la extinción de la prestación, última fase del procedimiento analizado que trae su habilitación (aunque el RD no diga nada) del artículo 131.bis de la LGSS.

5.4. La norma sorprendente

Fuera de contexto y con una habilitación más que dudosa, el artículo 9.6 del RD 625/2014, incorpora el siguiente párrafo:

> *"El inspector médico del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina podrá expedir el alta médica por incomparecencia en el ejercicio de las competencias previstas en la disposición adicional quincuagésima segunda de la Ley General de la Seguridad Social."*

¿Estas son las competencias previstas en la DA 52?. Veamos, la referida norma fue incorporada por el apartado cinco de la disposición adicional decimonovena de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y supuso un cambio radical en el control de la incapacidad temporal. Su previsión es la siguiente:

> *"Hasta el cumplimiento de la duración máxima de trescientos sesenta y cinco días de los procesos de incapacidad temporal del Sistema de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y, en su caso, el Instituto Social de la Marina, a través de los Inspectores Médicos adscritos a dichas entidades, ejercerán las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud, para emitir un alta médica a todos los efecto…".*

Evidentemente, la reforma tiene una función competencial clara y lógicamente, en su momento –2010–, el alta médica podía darse tanto por entender que las dolencias habían dejado de ser incapacitantes, como por falta de comparecencia del trabajador. Hoy, en el 2014 y tras las reformas operadas por la LPE.2014, la falta de comparecencia no provoca sin más el "alta médica", que es tanto como decir la "extinción", sino la apertura del procedimiento analizado y regulado en el propio RD.

De todo lo anterior, se deduce que el párrafo analizado es inoportuno y carece de habilitación legal, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 132.3 y 131 bis de la LGSS,

---

SPS ya no son competentes para expedir partes de confirmación una vez agotado el duodécimo mes de duración del proceso, el trabajador puede quedar en una situación de indefensión respecto de su situación laboral y, además, al no comparecer a los reconocimientos médicos establecidos por la Entidad Gestora para poder ejercer la competencia del artículo 128.1.a) permanecen en una "prórroga tácita de IT" hasta el cumplimiento de los 18 meses".

preceptos a los que –por su modernidad 2014– debe adaptarse la previsión contenida en la DA 52, de mayor antigüedad, 2010.

6. LA REFORMA DE LOS PLAZOS EN EL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN REGULADO EN EL RD 1430/2009

Como vimos, la disposición final tercera del RD 625/2014 procede a incorporar los nuevos artículos 6 y 7, así como a modificar los plazos del artículo 4, regulador del procedimiento de impugnación de las altas médicas emitidas por las mutuas en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, dejando intacto el resto del procedimiento. No obstante, como ya advertimos, el propio artículo 4 ordena también un procedimiento de determinación de la contingencia.

Siguiendo la selección que vengo realizando en este trabajo de temas de interés en la ordenación de la incapacidad temporal, procederé al análisis del referido procedimiento.

6.1. La ubicación del RD 1430/2009[9] y el procedimiento de revisión

En la tramitación parlamentaria de la Ley 40/2007 se incorporó una disposición adicional decimonovena, con el siguiente tenor:

> *"Reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social y a instancia del trabajador, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal"*

La previsión contenida en el precepto referido fue posiblemente la reforma de mayor calado desde la reordenación de la incapacidad temporal y, lo es históricamente, desde la perspectiva organizativa y competencial.

La reforma vino a dar respuesta a una queja histórica sobre altas "indebidas", "prematuras" o excesivamente "rigurosas" efectuadas por las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en los procesos de incapacidad temporal derivados de riesgos profesionales, únicos en los que tiene competencias para expedir los correspondientes partes de baja y de alta médica. En este orden, la finalidad es múltiple.

Por un lado, rompe con la independencia histórica de las Mutuas en los procesos derivados de riesgos profesionales. Por otro lado, se da un paso más en la hegemonía de la entidad gestora y, consecuentemente, en la subordinación de las entidades colaboradoras.

[9] Un análisis completo del Reglamento en PANIZO ROBLES, J. A. Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por incapacidad temporal. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos; Recursos Humanos, nº 320. 2009. Págs. 35-58; FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. Cinco nuevos aspectos de aplicación en la incapacidad temporal y la enfermedad profesional incorporados por Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, en Aranzadi Social núm. 16-10 (enero 2010) págs. 55 y ss.

6.2. Procedimiento de revisión del alta médica

6.2.1. Titularidad del derecho

Las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, son las únicas que tienen competencia para expedir los correspondientes partes de baja y de alta médica durante los primeros 365 días.

En este orden, el RD 1430/2009 reconoce el derecho del trabajador a impugnar el alta médica a través del procedimiento administrativo regulado al efecto. Así, el artículo 4.2 establece que, frente a las altas médicas emitidas por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y por las empresas colaboradoras, en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales con anterioridad al agotamiento del plazo de 365 días, el interesado podrá iniciar ante la entidad gestora competente, el procedimiento administrativo especial de revisión de dicha alta.

Si bien el principal interesado será el trabajador, el RD citado utiliza el término "interesado", lo que nos remite a la previsión contenida en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por último, es conveniente matizar que la titularidad para la iniciación del procedimiento alcanza también a los trabajadores por cuenta propia del RETA que hubieran optado por la cobertura de las contingencias profesionales y ésta se efectúe con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Finalmente y siguiendo igualmente las reglas de la LPAC, el interesado podrá actuar por sí mismo o mediante representante en los términos establecidos en el artículo 32 de la referida LPAC.

6.2.2. Tramitación del procedimiento

El RD 1430/2009 comienza con la siguiente declaración: "la tramitación del procedimiento indicado debe considerarse preferente por la entidad gestora, con el fin de que se dicte la resolución correspondiente en el menor tiempo posible". Partiendo de que en la LPAC no existen procedimientos preferentes, la declaración puede tener una doble finalidad, además de la evidente de resolver en el menor tiempo posible, por una lado, una declaración de voluntad y, por otro, salvar el debido orden cronológico en la resolución de asuntos.

El interesado podrá instar la revisión del alta médica emitida por la entidad colaboradora, en el plazo de los 10 días hábiles (plazo que sustituye al de 4 días naturales, según el RD 625/2104) siguientes al de su notificación, mediante solicitud presentada a tal efecto ante la entidad gestora competente, en la que manifestará los motivos de su disconformidad con dicha alta médica. Deberá acompañar necesariamente el historial médico previo relacionado con el proceso de incapacidad temporal de que se trate o, en su caso, copia de la solicitud de dicho historial a la entidad colaboradora.

Igualmente, el interesado que inicie el procedimiento de revisión, deberá comunicar tal actuación a la empresa, bien en el mismo día en que presente su solicitud o en el siguiente día hábil. La comunicación puede ser formal o informal, dado que la comunicación formal será efectuada, como veremos, por la entidad gestora correspondiente. Se pretende, por tanto, que el empresario tenga conocimiento de la impugnación de forma inmediata y cualquiera que sea su forma, ya que como veremos la impugnación suspenderá los efectos del alta médica, lo que quiere decir que el trabajador no deberá incorporarse al trabajo –el contrato de trabajo seguirá suspendido– y el empresario deberá continuar con el abono del subsidio de incapacidad temporal en régimen de pago delegado.

La entidad gestora correspondiente (INSS o ISM) comunicará a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social competente el inicio del procedimiento especial de revisión para que, en el plazo improrrogable de dos días hábiles, aporte los antecedentes relacionados con el proceso de incapacidad temporal de que se trate e informe sobre las causas que motivaron la emisión del alta médica.

Ante la referida comunicación, la mutua podrá responder de distintas formas y con los siguientes efectos:

- Remitiendo los antecedentes y el informe motivado en plazo hábil, en cuyo caso el procedimiento continuará en sus propios trámites, siendo las alegaciones valoradas por la entidad competente.

- Remitiendo los antecedentes y el informe motivado fuera de plazo, el procedimiento continuará y el informe podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución, conforme estable el artículo 83.4 de la LPAC.

- No presentar la documentación solicitada, en cuyo caso continuará el procedimiento con la información facilitada por el interesado en su solicitud.

- Reconocer la improcedencia del alta emitida, lo que motivará, sin más trámite, el archivo inmediato del procedimiento iniciado por el interesado ante la entidad gestora, así como su notificación a las partes, aunque nada diga al respecto el RD 1430/2009.

Igualmente y en fase de tramitación, la entidad gestora competente comunicará formalmente a la empresa el inicio del procedimiento en el plazo de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud por parte del interesado.

La ausencia de un procedimiento administrativo de impugnación del alta médica ha venido propiciando que el trabajador cuando, tras el alta médica se sintiera impedido para volver a trabajar acudiera al servicio público de salud con la finalidad de obtener una nueva baja médica, ahora por contingencias comunes.

El RD 1430/2009 intenta resolver tal situación con la finalidad de evitar que un proceso por contingencias profesionales cerrado indebidamente pueda transformarse en otro proceso por contingencias comunes, con las implicaciones correspondientes, para el trabajador, el empresario y la entidad gestora.

A los efectos referidos, la norma actúa en los dos frentes posibles, la empresa y el servicio público de salud en los siguientes términos.

Cuando el interesado hubiera presentado a la empresa parte médico de baja por contingencias comunes emitido por el servicio público de salud, aquélla, con el fin de coordinar las actuaciones procedentes, deberá informar de dicha circunstancia al Instituto Nacional de la Seguridad Social o al Instituto Social de la Marina, con carácter inmediato.

Igualmente, cuando el interesado solicite una baja médica derivada de contingencia común y, del reconocimiento médico, se desprendiera la existencia de un proceso previo de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional en el que se hubiera emitido un alta médica, el servicio público de salud actuará de la siguiente forma:

- Deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar el procedimiento especial de revisión, en el plazo de los diez días hábiles siguientes al de notificación del alta médica emitida por la entidad colaboradora.

- Al mismo tiempo y con carácter inmediato comunicará a la entidad gestora competente la existencia de dos procesos distintos de incapacidad temporal que pudieran estar relacionados.

En los supuestos en que se emitiera una baja médica, se iniciará el abono de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes hasta la fecha de resolución del procedimiento, sin perjuicio de que cuando el alta expedida por la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social no produzca efecto alguno, aquélla deba reintegrar a la entidad gestora la prestación abonada al interesado y a éste la diferencia que resulte a su favor. Igualmente y aunque nada dice la norma, deberá reintegrarse al empresario las cantidades abonadas a su cargo.

La ordenación referida plantea algunas dudas que conviene aclarar en función de la variedad de supuestos posibles, así:

- Que, tras el alta médica, el trabajador acuda de forma inmediata al servicio público de salud y que este expida la baja médica sin tener conocimiento del proceso anterior. En este caso, será el empresario el que al recibir la baja médica comunicará tal situación a la entidad gestora correspondiente, sin perjuicio de iniciar el abono de la prestación por contingencias comunes. Es de suponer que en estos casos y aunque nada dice la norma, la entidad gestora iniciará el procedimiento de oficio o bien se entenderá que la comunicación del empresario equivale a la solicitud de iniciación, al tener la consideración de "interesado".

- Que, tras el alta médica, el trabajador acuda de forma inmediata al servicio público de salud y del reconocimiento médico se desprendiera la existencia de un proceso previo de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional. Pues bien tras la información de la posibilidad de impugnar el alta caben dos opciones, a saber:

- Que el trabajador presente la solicitud de revisión del alta médica, en cuyo caso estaríamos en el supuesto general, sin que sea necesaria la baja médica por contingencias comunes.

- Que el trabajador no presente la solicitud y solicite la baja médica por contingencias comunes.

- Que, en todo caso, el servicio público de salud comunique la situación a la entidad gestora, actuando ésta de oficio en el supuesto de que el trabajador no solicite la revisión.

- Que tras el alta médica por contingencias profesionales el trabajador se incorpore a trabajar y al constatar su imposibilidad para trabajar y la negativa de la entidad colaboradora en orden a reabrir el proceso, acuda al servicio público de salud para obtener una baja médica por contingencias comunes. En estos supuestos no regulados por la norma, la única actuación posible consiste en que el servicio público de salud informe a la entidad gestora y ésta actúe de oficio.

6.2.3. Efectos de la iniciación del procedimiento de revisión

La mera iniciación del procedimiento especial de revisión suspenderá los efectos del alta médica emitida, debiendo entenderse prorrogada la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional durante la tramitación de dicho procedimiento, manteniéndose, en su caso, el abono de la prestación en la modalidad de pago delegado. Igualmente y aunque la norma nada dice, se mantendrá el abono de la prestación en la modalidad de pago directo cuando fuera el caso y, claro está según los casos, se mantendrá la obligación de cotizar.

No obstante y como veremos detenidamente más adelante, según los términos en que sea resuelto el procedimiento de revisión, las prestaciones económicas de la incapacidad temporal percibidas durante el mismo podrán considerarse como indebidamente percibidas. Así lo dispone el artículo 4.8 del RD 1430/2009, al establecer que "cuando la entidad gestora competente confirme el alta médica emitida por la entidad colaboradora o establezca una nueva fecha de extinción de la situación de incapacidad temporal, se considerarán indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, que se hubieran abonado al interesado a partir de la fecha establecida en la resolución".

6.2.4. Resolución del procedimiento de revisión

El director provincial de la entidad gestora correspondiente dictará, en el plazo máximo de quince días hábiles, a contar desde la aportación de la documentación por parte de la entidad colaboradora (o se hubiera superado el plazo de presentación), la resolución que corresponda, previo informe preceptivo del equipo de valoración de incapacidades, que debe examinar y valorar el caso concreto.

Nuevamente, la norma únicamente refiere al supuesto general silenciando todos los casos singulares que hemos analizado, que deberán resolverse en el menor tiempo posible, utilizando la expresión del propio RD.

En otro orden, debe destacarse que, el informe del equipo de valoración de incapacidades es preceptivo, pero no vinculante, lo que preserva la independencia decisoria del director provincial. Igualmente, la valoración clínica puede ser sobre la documentación aportada, reconocimiento de trabajador, petición de pruebas adicionales…, todo lo cual puede dificultar el cumplimiento del plazo. Nuevamente, tales situaciones se silencian, aunque parece lógico que en los referidos supuestos se suspenda el plazo para resolver.

En todo caso y dada la variedad de supuestos, la resolución deberá pronunciarse sobre los siguientes extremos, que el RD detalla de forma singular:

- Confirmación del alta médica emitida por la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y declaración de la extinción del proceso de incapacidad temporal en la fecha de la mencionada alta.

- Mantenimiento de la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional, por considerar que el interesado continúa con dolencias que le impiden trabajar. Por tanto, el alta médica emitida por la entidad colaboradora no producirá efecto alguno.

- Determinación de la contingencia, común o profesional, de la que derive la situación de incapacidad temporal, cuando coincidan procesos sucesivo que, sin solución de continuidad produzcan sucesivas altas y bajas médicas por diferentes contingencias. Asimismo, se fijarán los efectos que correspondan, en el proceso de incapacidad temporal, como consecuencia de la determinación de la contingencia causante.

- Cuando el interesado hubiera recuperado la capacidad laboral durante la tramitación del procedimiento, se podrá declarar sin efectos el alta médica emitida por la entidad colaboradora por considerarla prematura. En estos casos, la resolución determinará la nueva fecha de efectos del alta médica y de extinción del proceso de incapacidad temporal.

Si durante la tramitación de este procedimiento especial de revisión se cumpliera el plazo de 365 días de duración de la situación de incapacidad temporal, la entidad gestora competente resolverá de conformidad con lo previsto en el artículo 128.1.a) de la LGSS, esto es, determinará si procede el alta médica, si procede la concesión de la prorroga de incapacidad temporal o, finalmente, si se inicia un expediente de declaración de incapacidad permanente.

La resolución emitida por la entidad gestora en este procedimiento, podrá considerarse dictada con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, lo que se hará constar en la resolución que se dicte y abrirá el plazo para su impugnación ante la Jurisdicción de lo Social.

6.3. La calificación de la prestación como indebidamente percibida: sobre la legalidad del reglamento

La singularidad del procedimiento consiste en que según establece el artículo 4.8 del RD 1430/2009, "cuando la entidad gestora competente confirme el alta médica emitida por la entidad colaboradora o establezca una nueva fecha de extinción de la situación de incapacidad temporal, *se considerarán indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal*, derivada de contingencias profesionales, que se hubieran abonado al interesado a partir de la fecha establecida en la resolución".

La regla es singular y única, salvo error, en la selva del ordenamiento de la seguridad de la seguridad social, carece de precedentes y penaliza el ejercicio del derecho que se reconoce.

Resulta evidente la justificación de la severa regla, a saber, evitar el abuso en las impugnaciones del alta médica conducentes a ampliar el tiempo de prestación. Posiblemente su origen esté en la experiencia tenida en los procesos de discrepancias ejercitados contra las altas emitidas por las entidades gestoras a partir de los 365 días.

Ninguna de las justificaciones apuntadas adquieren relevancia jurídica, a mi juicio. La revisión del alta médica necesariamente implica la suspensión de sus efectos y ésta, como vimos, el mantenimiento de la prestación, sin ulteriores consecuencias.

Es claro que el establecimiento de un procedimiento de impugnación, revisión o planteamiento de discrepancias, no garantiza su utilización ortodoxa, en el sentido de que solo se utilizará cuando el trabajador tenga razón y la obtenga formalmente. Puede que el trabajador no tenga razón, puede que sus razones no sean suficientes, puede que aun teniendo razón no se la den, puede que la información disponible no sea suficiente….La sanción por no obtener el resultado "querido" por la norma, es inapropiada. El reconocimiento de derecho a la impugnación y la regulación del procedimiento oportuno debe efectuarse con todas sus consecuencias, las positivas que son muchas, y las negativas posibles.

Finalmente, la penalización impuesta al trabajador que no obtiene la anulación del alta médica, al margen de desproporcionada como veremos seguidamente, carece de base legal suficiente. La disposición adicional decimonovena de la Ley 40/2007 establece que "*reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y a instancia del interesado, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal*". En efecto, la norma referida tan solo habilita para regular el procedimiento administrativo correspondiente y no para penalizar su utilización. Dicho de otra forma, la prestación de incapacidad temporal es ordenada y reconocida en la LGSS, de tal manera que para normar *in peius* lo reconocido en la Ley, el instrumento debe ser la Ley, como única garantía de que la " *reformatio in peius*" venga avalada por el necesario debate y aprobación parlamentaria, por tanto, ni siquiera cabe la delegación.

Como hemos visto, la delegación fija sus parámetros, como no podía ser de otra forma. Por un lado, refiere única y exclusivamente a la regulación de un procedimiento administrativo de revisión, por otro, acota el contenido material objeto de revisión, a saber,

las altas médicas expedidas por las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal, y finalmente, reconoce la titularidad del derecho y determina la institución competente para conocer y resolver el procedimiento. Estos elementos son los que conforman la delegación y en ellos comienza y finaliza la misma.

A lo anterior habría que añadir los efectos sobre el contrato de trabajo. En efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 45. 1.c) del Estatuto de los Trabajadores, la incapacidad temporal es causa de suspensión del contrato de trabajo, quedando vinculado el espacio suspensivo a las reglas sobre nacimiento, duración y extinción de la incapacidad temporal establecidas en la normativa de la seguridad social, singularmente en la LGSS. Por tanto, la coordinación de ambas instituciones, contrato de trabajo e incapacidad temporal, están reservadas a sus respectivas normas reguladoras con rango de Ley, la LGSS y el ET, sin que una norma reglamentaria pueda alterar sus contenidos.

De todo ello se deduce, que la previsión contenida en el artículo 4.8 del RD 1430/2009 carece de legalidad suficiente.

6.4. El impacto sobre el contrato de trabajo

Como hemos visto, a tenor de lo establecido en el artículo 45. 1.c) del Estatuto de los Trabajadores, la incapacidad temporal es causa de suspensión del contrato de trabajo[10], quedando vinculado el espacio suspensivo a las reglas sobre nacimiento, duración y extinción de la incapacidad temporal establecidas en la normativa de la seguridad social, singularmente en la LGSS.

En este orden, el artículo 4.8 del RD 1430/2009, incorpora un efecto anómalo en las relaciones coordinadas entre el ET y la LGSS. En efecto, el alta médica expedida por la entidad colaboradora implica el fin de la incapacidad temporal y de la suspensión del contrato de trabajo, surgiendo la obligación del trabajador de incorporarse a su puesto de trabajo[11]. Por su parte, la solicitud de revisión del alta médica provoca la suspensión de la misma, la reapertura del proceso de incapacidad temporal y la continuidad en la suspensión del contrato de trabajo. Finalmente, la resolución de la entidad gestora confirmadora del alta médica, provoca efectos retroactivos, en el sentido de declarar la extinción de la incapacidad temporal desde la fecha de expedición del alta médica, calificando la prestación como indebidamente percibida y exigiendo su devolución.

De esta ordenación se deduce que la suspensión del contrato de trabajo finalizó en la fecha del alta médica expedida por la entidad colaboradora, lo que implicaría la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo. El dislate es claro, se trata de una

[10] En este orden es conveniente volver a las reflexiones de VIDA SORIA, J., La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo, en Rev. Tribunal Social, núm 44-45, 1994 y La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabaja: nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo, en Rev. Tribuna Social, nº 61. 1996. Págs. 7-31.

[11] Aunque referido al procedimiento de la LGSS, artículo 128.1.a) son coincidentes las apreciaciones de PUEBLA PINILLA, A. "*El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo".* Actualidad Laboral. Nº 11. Junio 2008

condición imposible en los términos del 1116 del CC, en la medida en que el trabajador *¡no puede incorporarse a trabajar con efectos retroactivos!*.

Parece claro que el legislador se dejó llevar por la justificación de la medida buscando una utilización no abusiva del procedimiento de revisión, sin meditar sobre los múltiples y variados efectos de la técnica penalizadora. Todo ello, sin perjuicio de las dudas más que razonables sobre la legalidad de la norma reglamentaria en esta materia, sus efectos son, en unos casos, de una complejidad extrema, y en otros, de imposible cumplimiento.

Finalmente, el legislador suele olvidarse con cierta frecuencia de los efectos que las normas de seguridad social tienen sobre el contrato de trabajo, olvido que adquiere especial relevancia, cuando la norma laboral delega tácitamente su ordenación en las de seguridad social, como es el caso de la incapacidad temporal.

En estas ocasiones la pelota queda en el tejado del empresario. ¿Qué hacer?. Parece ser que algunas grandes empresas –ante la situación absurda– han optado por buscar la solución menos comprometida, a saber, imputar el tiempo de retroactividad a "las vacaciones". El equilibrio es complejo, el trabajador mantiene el salario –con devolución de la prestación calificada como indebida– y la cotización, pero pierde tiempo de vacaciones.

Indemnizaciones derivadas de la responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo: prueba y cuantificación
Compensation arising from employers liability for accidents at work: evidence and quantification

CARLOS L. ALFONSO MELLADO
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Resumen

El presente estudio analiza la responsabilidad empresarial por incumplimiento de normas preventivas relativas a la seguridad y salud de los trabajadores. El estudio se centra en la compensación de los daños sufridos por el trabajador o sus familiares. Los aspectos que se abordan son las reglas jurídicas aplicables para determinar la posible responsabilidad empresarial, que se establece como una responsabilidad por culpa pero con reglas probatorias que exigen que sea el empresario el que acredite el cumplimiento de la normativa, y para establecer la cuantía de la reparación por los daños, diferenciando según los diferentes tipos de daños: físicos, morales, materiales, etc. Además se analiza la posible compensación con las cantidades ya percibidas de la Seguridad Social.

Palabras clave

Accidente; Enfermedad; Daños; Indemnización; Responsabilidad

Abstract

This study analyzes corporate liability for breach of preventive rules related to workers' safety and health. The study focuses on the compensation for damages suffered by the worker or his/her family. The issues addressed are the legal rules applicable in order both to determine the possible eventual employers liability, which is established as a fault-based liability but governed by evidentiary rules that require the employer to prove compliance with the rules, and to establish the amount of compensation for damages, differentiating them according to the different types of damages: physical, moral, material, etc. The possible compensation with the amounts already received from the Social Security is also discussed.

Keywords

Accident; Disease; Damage; Compensation; Responsibility

1. INTRODUCCIÓN

La obligación empresarial en materia de seguridad y salud laboral conlleva un deber de protección al trabajador cuyo incumplimiento puede generar una responsabilidad indemnizatoria que compense a este o sus causahabientes de los daños sufridos.

No es solo que así sería en virtud de las reglas sobre responsabilidad contractual de Código Civil (CC), es que existen previsiones expresas al respecto en la propia legislación sobre prevención de riesgos laborales.

El artículo 42 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) ya señala que el incumplimiento por parte de los empresarios de sus obligaciones en materia preventiva dará lugar a responsabilidades administrativas, así como a las penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.

Es más, existen previsiones sobre posible aseguramiento de esta responsabilidad, lógicamente de las indemnizaciones (art. 15.5 LPRL), y en el ámbito de la Seguridad Social existe el denominado recargo sobre las prestaciones, que recae sobre el empresario infractor cuando se generen prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional que deriven de daños provocados concurriendo incumplimientos de normas preventivas (art. 123 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS) aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio).

En la actualidad todas estas reclamaciones son competencia del orden jurisdiccional social, como confirman los arts. 2 b) y e) y 3 b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), que solo excluye de la competencia de este orden las acciones entre empresarios y las personas obligadas a coordinar con ellos la prevención o que hayan asumido la responsabilidad de organizar los servicios preventivos.

Son pues competencia del orden social las acciones que se planteen contra el empresario y otros sujetos, incluso en atención a responsabilidad extracontractual y, por supuesto, las que se dirijan contra otros compañeros de trabajo, mandos, directivos, etc., por esta materia[1].

Es más, el orden social es el orden natural para resolver todas las cuestiones derivadas del accidente de trabajo y la enfermedad profesional ya que, no solo entiende de las reclamaciones indemnizatorias incluso de cualquier empleado público o trabajador autónomo económicamente dependiente (art. 2 d) y e) LJSS), sino de todas las relativas a las prestaciones de la Seguridad Social (art. 2 o) LJSS) y de las reclamaciones y recursos contra actuaciones sancionadoras derivadas de las actas de la Inspección de Trabajo en la materia (art. 2 n) LJSS).

Sin duda esto, aunque no solvente todos los problemas, evita el peregrinaje jurisdiccional y permite un tratamiento más uniforme e integrado de todas las cuestiones relativas al accidente de trabajo y la enfermedad profesional, especialmente si se cumplen las reglas sobre acumulación y reparto establecidas en la LJS en las que no me puedo detener.

Lo cierto es que la llegada de estas cuestiones al orden social y la aclarada competencia del mismo sobre ellas han hecho revivir debates tradicionales[2].

[1] Lo que ya debería entenderse así con la anterior regulación sustantiva y procesal, pero que, desde la entrada en vigor de la LJS es incuestionable, como establece STS 30-10-12, Recurso 2692/2011. Todas las sentencias son del orden social salvo que se indique lo contrario y normalmente las del TS en unificación de doctrina.

[2] La doctrina se ha ocupado ampliamente de estas cuestiones; por razones de espacio prescindiré de citas doctrinales, pero es bueno ofrecer una serie de trabajos doctrinales, muchos de ellos clásicos en la materia, que permiten ampliar cuanto aquí se dice; sin ánimo exhaustivo, prescindiendo de las numerosas aportaciones en revistas, de otras obras mías y de las relativas al análisis más centrado en la prevención o en el recargo de prestaciones, aunque todas ellas son también de utilidad, y entre otras pueden verse, a título de ejemplo, las siguientes obras:
CALVO GALLEGO, F. J.: *La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o contractual del empleador*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
CAMAS RODA, F. "La responsabilidad civil por daños en el Derecho del Trabajo" en VV.AA. *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales* (AEDTSS), Madrid, Cinca, 2013, págs. 19 a 84.

Me centraré especialmente en los que han provocado las reclamaciones de indemnizaciones de daños y entre ellos dos han cobrado especial atención: las cuestiones relativas a la prueba de la responsabilidad empresarial y las cuestiones relativas a la cuantificación de la compensación que debería reconocerse por los daños producidos.

Sin duda otras cuestiones pueden tener interés pero creo que esas son las esenciales y además, aunque centre el análisis en las reclamaciones de daños, debo señalar que en gran parte las conclusiones son plenamente aplicables a las reclamaciones en torno al recargo de prestaciones, especialmente por lo que hace a la prueba del incumplimiento empresarial y a la concurrencia de conductas imprudentes del trabajador, incluso a sus efectos en la cuantía de la compensación a reconocer[3].

2. REGLAS EN MATERIA PROBATORIA: CARGA Y OBJETO DE LA PRUEBA

Son muchas las cuestiones que en materia probatoria podrían enumerarse como aplicables en general en estos litigios.

En realidad, las que pueden tener mayor interés son las que afectan a dos cuestiones: la carga de la prueba y el objeto de la prueba. A ellas, aunque más brevemente, añadiré algunas otras cuestiones como las relativas a la posibilidad de pruebas en las que se afecte a la intimidad del trabajador, esencialmente los reconocimientos médicos, la petición de informes de órganos con competencias en la materia y las reglas en materia de prueba pericial.

CORREA CARRASCO, M.: *Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento*, Albacete, Bomarzo, 2008.

GARCIA MURCIA, J.: *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2003.

GINES I FABRELLAS, A.: *Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, Madrid, La Ley, 2012.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales*, Madrid, Tecnos, 2006.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil por accidente de trabajo*, Madrid, Civitas, 2004.

LUQUE PARRA, M.: *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, Madrid, CES, 2002.

MERCADER UGUINA, J.: Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo: Seguridad Social y derecho de daños, Madrid, La Ley, 2001.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Las responsabilidades civiles" en VV.AA. *Tratado Práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Granada, Comares, 2006, págs. 807-811.

NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: *Obligaciones y Responsabilidades de los trabajadores en materia de Seguridad y Salud Laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2003.

VV.AA.: *Accidente de trabajo y sistema de prestaciones*, ROMERO RODENAS, M.J. (Coord.), Albacete, Bomarzo, 2009

VV.AA.: *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, PUMAR BELTRÁN, N. (Coord.), Albacete, Bomarzo, 2006

[3] De hecho algunas de las sentencias que se citan se han producido en materia de recargo de prestaciones pero son plenamente aplicables a las reclamaciones de indemnizaciones de daños.

A esas cuestiones me refiero a continuación.

2.1. Reglas en materia de carga de la prueba

En esta materia siempre ha sido objeto de debate determinar sobre quien recaía la carga de la prueba, lo que se enlazaba con la naturaleza de la responsabilidad empresarial por los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

En la actualidad, la LJS en su artículo 96.2 opta por una auténtica inversión de la carga de la prueba, exigiendo en todos los procesos por responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, que los deudores de seguridad –empresario y otros sujetos obligados– y quienes hayan concurrido en la producción del resultado lesivo, prueben que adoptaron todas las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como los factores que puedan excluir o minorar su responsabilidad.

Además, se establece que la imprudencia no temeraria del trabajador o la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que el mismo inspira no serán causa de exoneración de las responsabilidades de los anteriores.

Estas afirmaciones plantean los siguientes problemas:

2.1.1. La concurrencia de conducta imprudente del trabajador

Empezaré por esto último pues la regla de la LJS hay que entenderla como una regla general porque, en materia de responsabilidad por daños hay que considerar que, incluso en un accidente provocado por imprudencia temeraria del trabajador podría existir alguna responsabilidad del empleador si también concurre incumplimiento por su parte que influye o agrava los daños; por ejemplo si por tener mal estructuradas las medidas de emergencia o actuación ante los incidentes que concurran, los daños que padece el trabajador se agravan, como cuando lo que podía haber quedado en unas lesiones concluye con el fallecimiento.

Pero, a su vez, aunque la imprudencia del trabajador no sea temeraria, si se convierte en causa exclusiva del accidente por no detectarse incumplimiento del empleador, no podrá exigírsele a éste responsabilidad por los daños.

Es cierto que su obligación de vigilancia y la obligación de insertar en el plan preventivo la previsión de los descuidos normales del trabajador hace que, en muchos casos, esa imprudencia debiera haberse previsto y por tanto se podrá reclamar responsabilidad al empleador sin perjuicio de la posibilidad de atenuarla, en su caso, ante la concurrencia de conductas negligentes. Ahora bien, al empleador le es exigible una vigilancia normal, incluso acentuada, pero no se le puede pedir un nivel de vigilancia tan extremo e intenso que pueda entenderse como policial, lo que sería posiblemente atentatorio a la propia dignidad del trabajador; en ese nivel de exigencia no es imposible que, incluso existiendo una vigilancia adecuada y suficiente, pueda producirse en un momento concreto una imprudencia del trabajador –por ejemplo, el trabajador que se quita un momento el caso para limpiarse el sudor, sin que ello pueda ser advertido ni evitado ni siquiera aunque exista vigilancia adecuada sobre el uso del casco–. ¿Qué fundamentaría en un supuesto así exigir responsabilidad al empleador?

Estas consideraciones evidencian que la LJS lo que ha establecido es una regla general pero que la misma cede ante situaciones extremas, aunque, eso sí, corresponderá al empleador demostrar que desplegó toda su vigilancia y diligencia para evitar la imprudencia del trabajador o, en sentido contrario, corresponderá al reclamante demostrar que, incluso existiendo imprudencia temeraria por su parte, hubo una conducta incumplidora del empleador que agravó los daños que normalmente se hubiesen derivado de la conducta temerariamente imprudente del trabajador.

Por otro lado, es manifiesto, que la alegación de la imprudencia del trabajador es una alegación de parte que, como tal, debe ser demostrada como hecho excluyente de la responsabilidad empresarial, por quien la alegue, normalmente el propio empresario, como ahora confirma el art. 96.2 LJS.

2.1.2. La regla general sobre carga de la prueba

Al margen de estas consideraciones, realmente son numerosas las restantes cuestiones que procede analizar al respecto y el análisis debe contemplar tanto la situación precedente, como la evolución producida antes de la LJS, pues en ella se encuentran los fundamentos que dan origen a la específica regla general en materia probatoria que ahora establece la LJS.

En efecto, un problema esencial de estas reclamaciones a las que me refiero es determinar si estamos ante una responsabilidad por culpa, entendida en su sentido tradicional, o si cabe hablar de un elevado grado de objetivación en la misma, cuestión, que reconduce a la propia vista oral y a todo el desarrollo del pleito pues enlaza directamente con la distribución de la carga de la prueba, lo que resulta esencial ya que en muchos casos de accidente o enfermedad profesional puede ser tan difícil demostrar el exacto cumplimiento de las obligaciones como su incumplimiento, precisamente porque no siempre está claro qué riesgos son previsibles, cuáles son las medidas preventivas que realmente debieron adoptarse, etc.

Hoy parece ya asumido que la responsabilidad empresarial en la materia es una responsabilidad por culpa, como se desprende de numerosas soluciones judiciales. Esta es la naturaleza que más se ajusta a la realidad y a la finalidad preventiva porque permite diferenciar claramente el empresario cumplidor de quien no lo es, pues el primero habrá puesto los medios exigibles para que el accidente o enfermedad profesional no se produjese y, por tanto, como veremos, quedará razonablemente cubierto de responsabilidades adicionales, mientras que el segundo no y, por ello, lógicamente deberá afrontar todas las responsabilidades exigibles.

Se podría considerar que un sistema más objetivo protegería más a las víctimas y podría conducir a que, ante la seguridad de que cualquier accidente conllevaría responsabilidad indemnizatoria, los empleadores asumiesen los costes de la prevención para evitar los costes de las responsabilidades.

Es posible que sucediese de este modo, pero además de los problemas conceptuales de esta solución, me parece más probable que no fuese así; los empresarios de escasa solvencia no tendrían temor a esa posibilidad y los solventes previsiblemente no invertirían en prevención más de lo que hoy hacen, y posiblemente lo que harían es concertar

operaciones de seguro que, además, no diferenciarían tan claramente entre cumplidores y no cumplidores, pues todos responderían por igual del posible accidente o enfermedad profesional.

Un régimen basado en la culpabilidad sí que conduce a incentivar la inversión en prevención, pues permite compensar los costes de la prevención con los que procederían de la no prevención –indemnizaciones y responsabilidades–.

Me parece, pues, que la incentivación de la prevención, que es lo que debe buscarse, y la notable diferenciación entre empresarios que cumplen y los que no lo hacen, dando seguridad jurídica a los primeros, exige que, como jurisprudencialmente se ha interpretado, este régimen de responsabilidad recaiga sobre el fundamento de la culpabilidad.

Ahora bien, en la medida que estamos ante una responsabilidad por culpa, la misma no puede exigirse sin establecer el fundamento de culpabilidad (negligente o dolosa) que cabe imputar al responsable[4].

En este sentido, si se atribuye al empresario o al sujeto obligado la carga de probar que cumplió sus obligaciones, la sentencia deberá partir de una presunción de que el accidente o la enfermedad profesional presupone un cierto incumplimiento de aquellas, correspondiendo al demandado probar que no es así; por el contrario, si la carga de probar que existió algún incumplimiento recae sobre el demandante, cualquier duda conducirá a la absolución y, por tanto, en una materia de difícil prueba, puede haber una escasa protección de los intereses de los trabajadores dañados.

Si antes de la LJS nos ateníamos a las reglas generales sobre carga probatoria, la culpabilidad era un elemento fundamental para que prosperase la reclamación y por tanto los hechos de los que derivase la misma deberían ser objeto de prueba por el demandante –el trabajador o sus causahabientes–, pero la complejidad de esa posibilidad y las dificultades de prueba introducían dudas al respecto y motivaron una evolución que, como anticipé, está en el origen de la actual regulación.

a) La situación precedente a la actual reforma

Como se avanzó, la jurisprudencia civil había actuado en la materia partiendo de una cierta inversión de la carga de la prueba y exigiendo al presunto responsable demostrar, en su caso, que había extremado al máximo su diligencia, construyendo, en base a este criterio

[4] Así la jurisprudencia del orden civil, que era la que había objetivado más, aunque no totalmente, esta responsabilidad señala ahora que en modo alguno el riesgo puede erigirse en único fundamento de la responsabilidad, como apunta por todas STS (Civil) 24-7-08, Recurso 1899/2001 o que ha de estarse a una responsabilidad por culpa en la que deberá probarse ésta y el nexo causal entre la conducta y los daños, correspondiendo esa carga, en principio, al reclamante, como se señala en SSTS 11-6-08, Recurso 458/2001 y 19-11-08, Recurso 1669/2002, entre otras.

interpretativo y a otros que no es el caso abordar ahora, una responsabilidad que se llegó a calificar de cuasi-objetiva[5].

La jurisprudencia social no había tratado ampliamente la cuestión, pero en los pronunciamientos que abordaron directa o indirectamente la cuestión y a salvo de alguna excepción, aparentemente recuperaba el criterio de culpabilidad en un sentido más estricto, lo que conducía a rechazar cualquier construcción de objetivación de la responsabilidad empresarial y, en concreto, las relativas a la inversión de la carga de la prueba. El fundamento de esta dirección interpretativa radicaba en la existencia en materia laboral de otras responsabilidades objetivas que recaen sobre el empresario, las de Seguridad Social, por lo que se estimaba que, existiendo ya una responsabilidad objetivada, no tiene sentido objetivar las restantes que sólo podían nacer de la plena culpabilidad del sujeto responsable[6].

Conforme a esa doctrina la carga de la prueba recaería sobre el trabajador, a quien correspondería probar la culpabilidad del empresario, básicamente centrada en el incumplimiento de alguna obligación en materia de seguridad y salud laboral.

Doctrinalmente se suscitó alguna opinión contraria entendiendo que ya desde las reglas generales en materia probatoria podía entenderse lo contrario[7]; en mi opinión esta posición podía defenderse y, como se verá, finalmente la jurisprudencia social y civil parecieron converger en la materia.

Existían para ello dos argumentos esenciales:

1º) En realidad la obligación de seguridad y salud laboral se inserta en el propio contrato de trabajo por disposición legal en atención a preceptos de carácter imperativo y se configura en términos muy amplios, que llevan a evitar lo peligroso y a prevenir y proteger frente a los peligros que no pueden evitarse (arts. 14 y 15 LPRL), por lo que, en definitiva, el empresario debe garantizar un medio ambiente sano y seguro.

Si ha existido un accidente o enfermedad que tenga relación con el trabajo, en principio dicha obligación no se ha cumplido. A partir de ahí, cabrá demostrar que se cumplió la obligación –lo que en principio corresponde al deudor–; o que existieron causas que exoneran al empresario de responsabilidad: caso fortuito razonablemente imprevisible –pues la mayor parte son previsibles–, fuerza mayor, culpa exclusiva del dañado –igualmente en los términos analizados–, pero todas ellas deben ser probadas por quien las alega, también en atención a las reglas generales sobre prueba. Es decir, el trabajador debe probar la obligación, pero ésta ya viene recogida en preceptos normativos y, por lo tanto, en principio está probada; es el deudor –de seguridad en éste caso– el que ha de probar su cumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento por causa justificada.

[5] Al respecto, véanse, por ejemplo y por todas, SSTS (Civil) 28-5-96, RJ 3913 y 21-5-98, RJ 3800. También alguna sentencia del orden social admitía, ya hace tiempo, una cierta inversión de la carga de la prueba, al respecto STSJ (Aragón) 19-12-98, AS 4161.

[6] Al respecto véase, por ejemplo, STS 30-9-97, RJ 6853. Desde esta sentencia del Tribunal Supremo la jurisprudencia social había sido unánime al respecto hasta la evolución que mencionaré posteriormente.

[7] Se ha expuesto que al empresario le corresponderá probar que cumplió sus obligaciones o que existieron hechos impeditivos del cumplimiento.

2º) La facilidad de la prueba. En efecto, este me parece un argumento esencial. Partiendo de que la prueba del cumplimiento o incumplimiento es en este caso difícil, no puede ignorarse que está en mucho mejor disposición probatoria el empresario, quien tiene incluso obligaciones legales al respecto, pues debió evaluar los riesgos (art. 16 LPRL), establecer determinadas personas o servicios encargados de tareas preventivas (arts. 30 y ss. LPRL), e incluso, cuando se haya producido un daño para sus trabajadores, llevar a cabo una investigación al respecto que pueda detectar las razones que han motivado el mismo (art. 16 LPRL). Además, no debe ignorarse que el empresario es el titular de la estructura productiva –a la que es ajeno el trabajador– y, por tanto, aquél debe conocer como ha organizado su empresa y está en mejor disposición para saber y probar que la misma era razonablemente segura. Todo esto –a lo que pueden añadirse en su caso las obligaciones en materia de auditoria, revisión periódica de la evaluación, etc…– le sitúa en muy buena posición para probar que cumplió sus obligaciones en los términos razonables en que éstas le son exigibles. En atención a ello es una solución proporcionada a la igualdad de las partes en el proceso exigirle a él la prueba de un hecho, cuando la prueba del contrario puede ser muy difícil para la parte contraria, aplicando al respecto esta regla contemplada hoy expresamente en el artículo 217 LEC.

Cabía pues, en mi opinión, entender que las soluciones a que la jurisprudencia civil había llegado en materia probatoria debían mantenerse, aunque con fundamento distinto, pues no podía antes de la LJS sostenerse una inversión de la carga probatoria en general, sino que simplemente debía aplicarse, como regla más general, la de la facilidad probatoria que, normalmente, conduciría en estos casos a que la prueba de lo ocurrido y, en su caso, de que las condiciones de seguridad y salud laboral eran adecuadas, recayese sobre el empleador.

En este sentido la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se hizo eco de la posibilidad de aplicar las reglas sobre facilidad probatoria del artículo 217 de la LEC en estos litigios en reclamación de indemnizaciones por daños derivados del accidente de trabajo[8] y la Sala de lo Civil, en sus pronunciamientos más evolucionados venía señalando que no era preciso acudir ya a una inversión de la carga probatoria justificada en una objetivación de la responsabilidad sino que, en realidad, la misma derivaría directamente de esas reglas sobre facilidad y disponibilidad probatoria que han alcanzado rango legal en el artículo 217 de la LEC[9].

En mi opinión esta era la solución correcta y, sin duda, la convergencia que en ese sentido se produjo garantizaba una respuesta uniforme y una adecuada solución a la distribución de la carga probatoria en estos procesos.

b) La situación tras la reforma legal

El artículo 96.2 de la LJS ha venido a ratificar y confirmar la evolución jurisprudencial a que se ha hecho referencia y así, tras la entrada en vigor de la nueva ley, en las reclamaciones en la materia corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo –lo que ratifica la posibilidad de

[8] STS de 17 de julio de 2007, en Sala General, Recurso 513/2006, FD. 9.2

[9] SSTS (Civil) 11-6-08, Recurso 458/2001 y 19-11-08, Recurso 1669/2002.

demandarles ante el orden social–, probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor minorador o excluyente de su responsabilidad.

Además específicamente se establece, tal como correctamente se venía interpretando por la dirección mayoritaria y como se avanzó, que no podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira.

Posiblemente dichos factores podrán ser valorados a efectos de determinación de la indemnización, pero desde luego es claro que normalmente solo la imprudencia temeraria puede llegar a convertirse en factor que exonere de la responsabilidad empresarial en cualquier acción de reclamación por los daños derivados de los incumplimientos preventivos, todo ello en los términos que ya se expusieron y sobre los que se volverá al examinar la cuantía de las indemnizaciones, lo que se aplica además, también y lógicamente, a los litigios en materia de recargo de prestaciones.

2.2. El objeto de la prueba

Expuestas las reglas sobre carga de la prueba, cabe cuestionarse otro aspecto esencial: ¿Qué es lo que debe probarse?

En este sentido hay que volver al contenido de estas reclamaciones y entender que en ellas se plantea una solicitud de condena al abono de unas cantidades, como reparación de unos daños derivados de un accidente de trabajo o enfermedad profesional concurriendo un incumplimiento de obligaciones preventivas.

En consecuencia serán, al menos, tres los elementos de la reclamación que deberán ser objeto de prueba:

1º) La existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

2º) La existencia de unos daños y la cuantía que debería repararlos.

3º) El incumplimiento de obligaciones preventivas que además deberá ser culpable.

2.2.1. La existencia de Accidente de Trabajo o Enfermedad Profesional

De estos tres elementos el primero no suele plantear excesivos problemas, pues viene condicionado normalmente por decisiones adoptadas en el plano administrativo –comunicación de accidentes– o por actuaciones relacionadas con la Seguridad Social –baja, incapacidad, etc. –, actuaciones en las que ya se habrá calificado lo ocurrido como accidente de trabajo o enfermedad profesional.

En todo caso, esto podrá ser objeto de debate también en este litigio y si se debate habrá que estar al concepto establecido en el art. 115 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, incluso a la aplicación de la presunción establecida en el apartado 3 del citado art. 115.

No existe, pues, especialidad en cuanto a la prueba en esta materia.

En todo caso interesa precisar al respecto que, aunque lo normal es que esta responsabilidad a la que me refiero nazca del accidente de trabajo o enfermedad profesional, no necesariamente es así; por un lado porque solo serán relevantes a este efecto aquellos accidentes de trabajo o enfermedades profesionales en los que pudiera existir una obligación preventiva del empresario; en este sentido hay accidentes que aunque sean laborales difícilmente pueden plantear responsabilidades por falta de medidas preventivas, como, por ejemplo, muchos de los accidentes "in itinere". Lo mismo podría decirse de enfermedades derivadas de riesgos desconocidos y por tanto imprevisibles en el momento en que la actividad laboral se produjo.

Pero, a su vez, pueden existir supuestos en los que, aunque el accidente no sea laboral, pudiera existir responsabilidad empresarial, por ejemplo en el caso del trabajador que sufre una crisis de origen no laboral pero en el puesto de trabajo y no puede ser atendido correctamente o evacuado convenientemente por mala organización de los servicios de emergencia de la empresa, resultando esto relevante para los daños definitivos del trabajador o incluso para su fallecimiento si pudieran haberse evitado con un correcto funcionamiento de esos servicios. En este caso, la inexistencia de accidente laboral no impedirá que haya existido un incumplimiento de obligaciones preventivas que pueda generar responsabilidades.

Lo importante, pues, no será tanto el concepto en sí de accidente de trabajo o enfermedad profesional, como la prueba de una situación en la que existían obligaciones preventivas que se incumplieron.

2.2.2. La prueba del incumplimiento y la culpabilidad

En cuanto al segundo supuesto cabe remitirse a cuanto ya se dijo, la prueba del incumplimiento y su culpabilidad es donde más claramente se aprecia la aplicación de las reglas sobre carga probatoria que antes se mencionaron.

No obstante cabe establecer alguna conclusión sobre lo que puede entenderse como incumplimiento de obligaciones preventivas.

En este sentido, especialmente acertadas me parecen consideraciones como la exigencia de agotamiento de la diligencia empresarial, sobre todo, en las actividades peligrosas[10], la obligación de prever los descuidos de los empleados[11], o la posibilidad de que la negligencia empresarial derivase del incumplimiento de la obligación general de

[10] Sobre la cuestión SSTS (Civil) 11-6-08, Recurso 458/2001 y 24-6-08, Recurso 1899/2001.

[11] Lo que es especialmente relevante en actividades de riesgo como señala STS (Civil) 11-6-08, Recurso 458/2001, además de que los mismos pueden venir, precisamente, de la falta de formación e información del trabajador, lo que resulta imputable, en consecuencia, al empleador, como se razona en STS 30-6-10, Recurso 4123/2008. Incluso como en un supuesto reciente se resuelve aunque en relación con el recargo, pero en doctrina claramente aplicable, esos descuidos que no constituyen imprudencia temeraria no excluyen la aplicación del recargo – o de la indemnización – si concurren con una conducta incumplidora del empleador, aunque puedan tener consecuencias en orden a la cuantificación de la cantidad a reconocer, como se razona en STS 22-7-10, Recurso 1241/2009.

diligencia que al respecto tiene[12], conclusiones que, como veremos, se han confirmado y reforzado.

Efectivamente las normas de prevención imponen al empleador la obligación de evitar todos los peligros que se puedan evitar y de prevenir todos los que sean previsibles y no puedan evitarse.

Los tribunales han ido señalando en este sentido que el deber del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado, lo que no ha de llevar a concluir que se trata de una responsabilidad empresarial objetiva, puesto que es por culpa, con lo que el mero acaecimiento de un accidente no supone necesariamente responsabilidad, pero le obliga a demostrar que agotó las medidas posibles, exigibles a un empresario comprometido con la seguridad y salud de sus trabajadores[13].

Por ello, para valorar la responsabilidad y determinar, en su caso, que el empleador demostró que agotó su diligencia han de tenerse en cuenta tres principios:

- El primero es de la posibilidad, correspondiendo al empresario demostrar que adoptó todas las medidas posibles frente a los riesgos existentes.
- El segundo es el de la aplicación del mejor medio técnico, de la obtención de la máxima seguridad técnicamente posible, sin que quepa argumentar contrarios razones de coste económico o de razonabilidad financiera, que no se admiten en nuestro ordenamiento.
- El tercero finalmente es el de la previsión de las imprudencias normales y profesionales del trabajador que, en la medida que existen y se conocen, deben ser objeto de previsión por lo que las medidas preventivas deben intentar impedirlas o minimizar los riesgos que puedan derivarse de ellas, al máximo posible.

Claro, para aplicar estos principios hay que tener en cuenta otros que derivan de la propia LPRL.

El primero es el de la secuenciación preventiva, ya que el empresario no es libre de elegir cualquiera de las medidas posibles frente a un riesgo, sino que las ha de ir eligiendo siguiendo el orden que se desprende del art. 15 LPRL; conforme al mismo las medidas deben secuenciarse en este orden que ahora expongo, de tal forma que no es posible pasar al siguiente grupo si pueden adoptarse medidas del anterior:

1. Evitar lo peligroso (art. 15.1.a) LPRL)
2. Combatir el riesgo en origen si no es posible evitar lo peligroso (art. 15.1. c) LPRL)

[12] Como razona, por ejemplo, STS 18-7-08, Recurso 2277/2007.

[13] Así se ha entendido tradicionalmente, tanto en sentencias sobre responsabilidad civil, como en materia de recargo de prestaciones en conclusiones coincidentes y aplicables indistintamente en ambos supuestos. Como ejemplo, pueden verse SSTS 27-1-2014, Recurso 3179/2012; 18-7-2012, Recurso 1653/2011; 12-6-2013, Recurso 793/2012; 20-3-2012, Recurso 1470/2011, etc.

3. Proteger a los trabajadores del riesgo si no es posible evitarlo ni combatirlo en origen, adoptando medidas de protección colectiva que se anteponen a las de protección individual (art. 15.1.h) LPRL)
4. Adoptar medidas de protección individual solo si las colectivas no son posible ni tampoco cabe evitar el peligro o combatir el riesgo en origen.

Incluso cuando se acude a medidas de protección individual, facilitando al trabajador un equipo de protección individual (EPI), hay que tener en cuenta que el empresario ha de tomar en consideración las previsiones del art. 17 LPRL y de su desarrollo reglamentario operado a través del RD 773/1997, de 30 de mayo.

Por ello el empresario debe acudir a los EPI solamente cuando no se puedan utilizar medidas colectivas o de otro tipo, es decir, su uso debe ser residual. Si se tienen que utilizar el empresario ha de escoger un buen equipo, mantenerlo en buen uso, ordenar que se utilice y formar para ello, y vigilar razonablemente que se utilice.

Por otra parte, al demostrar el empresario que ha agotado su diligencia en la materia deberá probar:

1. Que ha procedido a evaluar todos los riesgos y ha adoptado el plan preventivo, llevándolo a la práctica y cumpliendo el resto de las obligaciones generales previstas (coordinación preventiva, servicios de prevención, plan de emergencias, etc.)[14].
2. Que ha tenido en cuenta la evolución de la técnica (arts. 14.2 y 15.1.e) LPRL) –uso del mejor medio técnicamente posible– lo que ha de entenderse tanto en relación con la evolución de la técnica productiva, como de las técnicas preventivas.
3. Que ha dado la correspondiente formación e información a los trabajadores, pues la insuficiencia o falta de la misma, ya constituye un incumplimiento preventivo (art. 14.2, 15.1.j) y 19 LPRL)[15].
4. Que en relación con cada riesgo concreto ha adoptado, no sólo las medidas que vengan exigidas en disposiciones generales y concretas, sino cualquier otra que pudiera ser conocida y mejorar la seguridad y salud laboral, aunque no venga exigida en ninguna disposición concreta, en cumplimiento del deber genérico de protección eficaz frente a todo riesgo (art. 14.1 LPRL) y ante la imposibilidad de que las normas prevean todas las situaciones y posibilidades de protección[16].

[14] La falta de evaluación de algún riesgo supone ya un incumplimiento imputable al empresario en cuanto puede hacer ineficaz toda la prevención como se señala, por ejemplo, en STS 10-7-2012, Recurso 2980/2011.

[15] La falta de información o formación son incumplimientos suficientes para atribuir responsabilidad al empresario como señalan por ejemplo SSTS 12-6-2013, Recurso 2013/5730 – incluso aunque el hecho que motivó el accidente fuese fortuito (atraco en banco); 20-3-2012, Recurso 1470/2011 – lo que incluso puede ser imputable al empresario principal en una contrata de propia actividad que debió asegurarse de que la formación e información se habían facilitado –; 30-6-2010, Recurso 4123/2008 –razonando que en su caso la negligencia del trabajador se debió a esa falta de formación -, etc.

[16] Esta consideración de que la diligencia del empresario va más allá de las disposiciones reglamentarias se puede ver expresamente en numerosas sentencias, en las que prácticamente se considera que solo el caso fortuito o la

5. Que además, en cuanto sea posible y conocida, se ha tenido en cuenta la situación de cada trabajador al asignarle el trabajo (arts. 15.1.d) y 25 a 28 LPRL), lo que es especialmente relevante en trabajadores jóvenes e inexpertos[17].
6. Que se ha vigilado el cumplimiento por los trabajadores de las medidas preventivas, así como por terceros, mandos, encargados, técnicos preventivos, etc., en cuanto que las obligaciones de todos ellos o las distracciones o imprudencias no temerarias del trabajador, como principio general y a salvo de circunstancias concretas, no exoneran al empresario de su responsabilidad (arts. 14.4 y 15.4 LPRL), al que cabe imputar *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*, además de que, como se dijo, la imprudencia temeraria debería ser probada por el deudor de seguridad, por el empresario que la alega[18].

Solo demostrando todo esto, podrá entenderse que el empresario ha agotado su diligencia; en caso contrario cabrá imputarle culpabilidad en mayor o menor grado o incluso en concurrencia con actuaciones del propio trabajador o de terceros.

2.2.3. La prueba de los daños y la cuantía de la reparación

En esta materia cabe pensar que los daños y la razonabilidad de la reparación preventiva deben ser probados por quien los reclama, sin que al respecto rijan las especiales reglas sobre inversión de la carga probatoria que antes se mencionaron, que sirven para la prueba del incumplimiento, pero no para la de los daños.

En este sentido, los daños a reparar, a indemnizar, no son los que se derivan de una interpretación estricta y restrictiva del concepto que a efectos preventivos utiliza el artículo 4.3 LPRL que alude como daños derivados del trabajo a los daños físicos (enfermedades, patologías o lesiones), concepto que, como claramente se desprende del precepto, se hace sólo a los efectos de la citada ley, es decir, esencialmente a efectos preventivos.

Los daños a indemnizar son, pues, todos los derivados de la enfermedad o lesión producida a consecuencia del trabajo y sobre los que exista responsabilidad del sujeto llamado a indemnizar.

Este concepto de reparación íntegra de los daños está presente en las soluciones judiciales[19] y supone que deben valorarse todos los posibles daños y perjuicios, es decir, los daños físicos, psíquicos, morales, perdida de retribuciones de presente y de futuro o lucro cesante, etc., incluso, por supuesto, deben valorarse los daños que puedan sufrir los

fuerza mayor constituyen causas claras de exclusión de la responsabilidad empresarial; al respecto, por ejemplo, SSTS 12-6-2013, Recurso 793/2012; 18-7-2012, Recurso 1653/2011, etc.

[17] Como razona, por ejemplo y entre otras, STS 30-6-2010, Recurso 4123/2008.

[18] Sobre la concurrencia de imprudencia del trabajador pueden verse con conclusiones similares a las expuestas, por ejemplo, SSTS 27-1-2014, Recurso 3179/2012; 10-7-2012, Recurso 2980/2011; 22-7-2010, Recurso 3516/2009; 30-6-2010, Recurso 4123/2008; 20-1-2010, recurso 1239/2009, etc.

[19] Entre otras SSTS 17-2-99, Recurso 2085/1998; 2-10-00, Recurso 2393/1999; 18-2-02, Recurso 1866/2001; 7-2-03, Recurso 1636/2002; 1-6-05, Recurso 1613/2004, etc.

familiares, tanto en su dimensión moral como patrimonial, como consecuencia de la pérdida de un familiar o ser querido.

2.3. Algunas otras cuestiones en materia de prueba

Como dije alguna otra cuestión, ya de menos importancia, puede añadirse en materia de prueba, pudiendo señalarse como más destacadas las que a continuación expongo.

2.3.1. Los reconocimientos médicos y la defensa de la intimidad

Una característica común a muchos de los litigios derivados de las cuestiones preventivas y del accidente de trabajo o enfermedad profesional es que las circunstancias de salud del trabajador pueden ser relevantes en la solución del caso.

En este sentido lógicamente cada parte puede aportar los datos y pruebas que estime pertinentes sobre su propia salud.

El problema puede estar cuando una parte desee que se acredite el estado de salud de la otra.

No debe ignorarse que la salud es un dato que afecta profundamente a la intimidad del interesado y que está fuertemente protegido[20], además de que la obtención de muestras afecta al derecho a la integridad personal[21].

En principio los reconocimientos médicos deben contar con la voluntad del afectado, salvo que se practiquen para evitar riesgos a terceros o a la colectividad, tal como ha matizado el Tribunal Constitucional en relación con las reglas sobre reconocimientos médicos establecidas en el artículo 22 LPRL[22]. Los datos médicos obtenidos en los reconocimientos solamente pueden utilizarse para los fines autorizados por el interesado y los archivos que contengan estos datos son objeto de la máxima protección.

Pero claro todo lo anterior debe conciliarse con el derecho a la prueba de las partes en el litigio, que razonablemente pueden tener necesidad de probar el estado de salud de la contraria, especialmente cuando ésta efectúe alguna reclamación basada en su hipotético estado de salud.

La LJS ha intentado conciliar los intereses en juego, señalando que no es imposible solicitar que la otra parte se someta a un reconocimiento médico, o a la obtención de muestras o datos relevantes al respecto, pero ello deberá hacerse previa petición de parte interesada y, si el interesado no lo acepta voluntariamente, obteniendo autorización judicial –lógicamente del juez que entiende del litigio– y bajo reserva de confidencialidad y exclusiva utilización procesal de los datos obtenidos (art. 90.5 LJS).

[20] Además de otras muchas SSTC 202/1999, de 8 de noviembre, 196/2004, de15 de noviembre y 70/2009, de 23 de marzo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado, por ejemplo, a los Estados por la insuficiente protección de ficheros médicos, por ejemplo en STEDH de 17 de julio de 2008, caso I. contra Finlandia.

[21] Por todas STC 196/2004, de 15 de noviembre.

[22] STC 196/2004, de 15 de noviembre.

La LJS completa la medida señalando que en estos casos la partes tiene derecho a que un especialista de su confianza esté presente y a obtener copia de los resultados que se obtengan.

La autorización judicial no es necesaria, cuando el reconocimiento resulte obligado legal o convencionalmente o por la normativa profesional aplicable, o venga exigido por las normas de prevención de riesgos laborales (art. 22 LPRL y disposiciones sobre riesgo de enfermedades profesionales), o se produzca en el marco de las tareas de colaboración en la gestión de la Seguridad Social (por ejemplo reconocimiento por una mutua a efectos de comprobar la situación de incapacidad temporal).

La LJS, con buen criterio y buena técnica, contempla los problemas e incidencias que pueden derivarse de esta autorización de pruebas médicas.

Así, en el artículo 90.6 LJS se contempla la posibilidad de que en el marco de estas pruebas se obtengan datos innecesarios, ajenos a los fines del proceso, o que pudieran afectar de manera injustificada o desproporcionada a derechos fundamentales o libertades públicas del interesado –recuérdese que esta prueba, en principio, afecta a derechos fundamentales y puede lesionarlos, en cuyo caso sólo si supera el juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad entre beneficios y sacrificios) es constitucionalmente admisible–. En este supuesto, el órgano judicial ha de adoptar las medidas necesarias, que la ley no concreta pues pueden ser muy variadas en atención a la amplia gama de supuestos que pudieran presentarse, para preservar y garantizar adecuada y suficientemente los derechos e intereses que pudieran verse afectados. Sin duda las medidas más normales serán la destrucción de los resultados y la comunicación a todos quienes hayan podido conocerlos de la prohibición absoluta de su uso, reproducción, etc., aunque esa obligación en general ya existiría en atención al carácter íntimo de los datos obtenidos.

A su vez, el artículo 90.7 LJS contempla la otra incidencia más habitual que puede darse, que no es sino la falta de colaboración del interesado para someterse a las indicadas pruebas. Es evidente que no se le puede obligar en contra de su voluntad a someterse a ellas, pero esa actitud debe tener consecuencias.

En este caso dos son las consecuencias previstas.

Por un lado, la posibilidad de que la parte solicite la adopción de las medidas pertinentes, que no se concretan y que son complejas de valorar, si bien podría pensarse, incluso, en el acceso limitado por el órgano judicial a archivos sanitarios en los que pudieran constar los datos que pretendían obtenerse, siempre valorando si lo anterior es proporcional y adecuado y en los términos que menos invadan la intimidad.

Por otro lado, y éste es el efecto que más normalmente debería producirse, el órgano judicial valora dicha conducta obstaculizadora a un doble efecto; por un lado la de estimar en la sentencia que se dan por probados los hechos que pretendían acreditarse mediante la prueba médica, precisamente ante la negativa de la parte a colaborar con la misma; y, además, la posible imposición de la multa por temeridad o mala fe procesal, prevista en el artículo 97.3 LJS, en relación con el artículo 75.4 LJS, multa que puede oscilar entre 180 y 6000 euros, aunque sin superar la tercera parte de la cuantía del litigio.

En todo caso estas son consecuencias que el órgano judicial puede aplicar pero sin estar obligado a ello; entran, pues, dentro de sus facultades discrecionales, aunque en cuanto a la valoración de la conducta, sin duda deberá razonar sus conclusiones al respecto en los fundamentos de la sentencia, en atención a la obligación de razonar las conclusiones de hecho en que se base el fallo, conforme a lo dispuesto en el artículo 97.2 LJS.

Finalmente en cuanto a los reconocimientos médicos hay que señalar la posibilidad de que el propio órgano judicial de oficio o a petición de parte, requiera la intervención de un médico forense, lo que sin duda puede exigir que el mismo realice pruebas médicas o recabe datos o acceda a los informes y pruebas médicas ya realizados (art. 93.2 LJS).

2.3.2. Posibilidad de solicitar informes de los órganos con competencia en materia preventiva

Conforme al artículo 95.4 LJS, y concretando la posibilidad general de oír a expertos en la materia, el órgano judicial en todos los procesos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional, si lo estima procedente, puede recabar un informe de la Inspección de Trabajo –que es obligado en alguno de ellos (142.2 LJS)–.

Además también puede solicitar un informe de los organismos públicos con competencias en materia de prevención de riesgos laborales (por ejemplo el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo o los gabinetes autonómicos en la materia), y en general de las entidades e instituciones legalmente habilitadas al efecto.

En todos los casos es una facultad discrecional del órgano judicial, pues la LJS se encarga de señalar que lo solicitará "si lo estima procedente", lo que no impide, por supuesto, que las partes puedan solicitarlo.

En la medida que son informes de asesoramiento al órgano judicial parece que su valoración por el mismo es libre, aunque dentro, lógicamente, de criterios razonables.

2.3.3. Reglas en materia de prueba pericial

En los juicios en materia preventiva, especialmente en los derivados del accidente de trabajo y enfermedad profesional, es relativamente común que se acuda a la práctica de la prueba pericial, muchas veces médica, pero también de otros profesionales (técnicos preventivos, ingenieros industriales, etc.).

En la materia, además de la posibilidad de recabar una prueba pericial del médico forense, la LJS se encarga de reafirmar que la prueba pericial se practica en el acto del juicio, presentando en él los peritos su informe –lo que no excluye reconocimientos previos y emisión de un dictamen escrito a aportar en el acto del juicio además de la comparecencia personal– y ratificándolo (art. 93.1), lo que implica sujetarse a las preguntas y cuestiones que las partes y el órgano judicial susciten al respecto.

Esta regla ya se debía entender vigente con anterioridad y, en general, así se aplicaba, pero sorprendentemente los órganos judiciales daban valor de prueba pericial a los informes médicos obrantes en el expediente administrativo, generalmente emitidos por facultativos de los servicios públicos de sanidad o de la Seguridad Social, pese a que los mismos no los

ratificasen en la vista oral ni, en consecuencia, se sujetasen al contraste del informe que se produce mediante las preguntas y solicitudes de aclaraciones de las partes y el juez.

Esta interpretación judicial no tenía, en mi opinión, apoyo legal alguno, además de que quebraba la lógica igualdad de las partes en el proceso.

Pues bien, esta es la cuestión que ha venido a solucionar la LJS –al menos en cuanto a la falta de cobertura legal y más dudosamente en cuanto a la ruptura de la igualdad de las partes–.

La LJS, reafirmando y legalizando la práctica judicial, señala que no serán necesaria la ratificación de los informes –no sólo médicos–, cuando consten en el expediente administrativo y demás documentación administrativa cuya aportación resulte preceptiva al proceso, conforme a las reglas aplicables en la modalidad respectiva.

Sin duda la norma es, pues, claramente aplicable a los informes médicos que obren en los expediente de valoración de incapacidad que deben aportarse en los litigios sobre Seguridad Social, cuando se cuestione el grado reconocido, supuesto más frecuente en el que con anterioridad venía dándose valor de prueba pericial a dichos informes en interpretación que, como dije, forzaba la legalidad, pero que a partir de la LJS se ajusta a los términos en los que se regula la prueba pericial.

En lo demás, me remito a cuanto ya se expuso acerca de los problemas que planteaba la realización de pruebas médicas a la parte contraria.

3. LA CUANTÍA DE LAS REPARACIONES (INDEMNIZACIONES)

En principio, como es claro, en estos litigios, el contenido de la sentencia, cuando sea condenatorio, no puede ser otro que la reparación de los daños sufridos por el trabajador ya que la restitución al momento anterior a producirse estos es imposible. Así pues, la sentencia deberá cuantificar los daños que se hayan probado conforme a cuanto ya se dijo.

En este sentido, puede decirse que en algún momento pudo pensarse que el orden social estaba siendo menos reparador a la hora de fijar compensaciones que el orden civil, o el penal en su caso. En mi opinión, sin olvidar todo lo que a continuación se dirá, debe perderse cualquier medio a las reparaciones considerables.

Es cierto que el orden social está habituado a trabajar con reparaciones tasadas que en ciertos casos no son muy generosas, pero en esta materia no hay que olvidar que esos criterios tasados no juegan y que los bienes lesionados son muy considerables porque están entre los bienes constitucionales de primer orden: vida, salud, integridad; las lesiones que en ellos se produzcan merecen una reparación cuantiosa.

En algunos casos puede existir una cierta deformación, que lleva inconscientemente a valorar más las lesiones que experimenta el derecho a la propiedad –en todas sus dimensiones y en un sentido amplio– y los derechos de contenido patrimonial, que las lesiones que experimentan otros derechos que constitucional y legalmente tienen una consideración prevalente, como es el derecho a la seguridad y salud de los trabajadores, cuya regulación legal, no se olvide, está concebida como un conjunto de limitaciones del derecho

de propiedad y de los derechos patrimoniales empresariales, precisamente porque no puede equipararse el derecho a la vida, a la salud, a la integridad personal, a las consideraciones de mero contenido patrimonial. Conviene, pues, que se abra camino la idea de que los bienes lesionados en ésta materia son de primera importancia y que las indemnizaciones deben ser suficientemente reparadoras, si es que quiere compensarse, de algún modo, la lesión de derechos tan básicos.

3.1. La determinación de la cuantía de la indemnización y su fundamentación en la sentencia

Ahora bien, expuesto lo anterior, el problema es determinar cómo se valoran estos daños.

3.1.1. La determinación de los daños

Al respecto no ha existido un criterio concreto para fijarlos, ni tasación alguna.

En consecuencia, al no existir criterios de tasación, más allá de obtener la reparación íntegra, la compensación correspondiente a los daños y perjuicios producidos será fijada discrecionalmente por el órgano de instancia sin que, salvo error jurídico incluido el supuesto de evidente arbitrariedad o extralimitación, sea revisable mediante recurso la cuantía establecida en instancia que deberá ser respetada si es lógica y razonada[23].

Ahora bien, que la cuantía no esté tasada y que sea de fijación discrecional, no quiere decir que el órgano judicial de instancia no deba precisar en la sentencia los hechos y fundamentos en que se basa para estimar los daños producidos y la forma en que se ha determinado la cuantía que corresponda como compensación de los mismos. Esta fundamentación es parte esencial de las sentencias que en la materia se produzcan, pues precisamente la impugnación y discusión de esos fundamentos de hecho o derecho aplicados para determinar las compensaciones es lo que puede permitir en sede de recurso discutir la cuantía indemnizatoria[24], en cuanto se convierte en un límite a la plena discrecionalidad del órgano judicial. Por ello, la ausencia o insuficiencia de ésta fundamentación constituye motivo de recurso por incongruencia omisiva, pudiendo ser revisado en vía de recurso si hay elementos que lo permitan, pues en caso contrario existiría vicio de nulidad en la sentencia.

Aunque se exija esa motivación, jurisprudencialmente se ha precisado, en concreto en la materia, que no hace falta, como también es claro, un razonamiento absolutamente exhaustivo y pormenorizado, bastando con que se conozcan las bases a las que acude el órgano judicial de instancia[25], lo que por otra parte es lógico pues, fundamentalmente en

[23] Al respecto, por ejemplo, SSTS (Civil), entre otras muchas: 2-7-08, Recurso 1563/2001; 22-7-08, Recurso 553/2002; 12-11-96, RJ 7955 y 3-3-98, RJ 1044; STS 23-12-08, Recurso 3738/2007. STS 6-6-2013, Recurso 2757/2011, confirmará esta dirección señalando que solamente cabe revisar la cuantía fijada en instancia si resulta caprichosa, desorbitada o manifiestamente injusta o, también, cuando se corrijan los hechos sobre los que se ha basado la determinación de la cuantía o ante la falta de concreción de esas bases o cuando se aplican indebidamente baremos o exista error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción en más o en menos. En definitiva, una fijación normal en la instancia conduce a la imposibilidad de atacarla.

[24] Como razona con claridad, STS (Civil) 11-12-97, RJ 8972.

[25] Al respecto, la citada STS (Civil) 11-12-97, RJ 8972 y muy claramente STS 6-6-2013, Recurso 2757/2011.

materia de daños morales y valoración de daños físicos, existe un grado de subjetividad muy elevado.

¿Qué es, pues, lo que puede exigirse, como fundamentación de la sentencia?

Posiblemente lo siguiente: la determinación de los daños producidos (concretar, pues, si existen daños físicos, psíquicos, morales y materiales y quién los ha padecido y con qué intensidad: el trabajador y/o su medio familiar), a cuyo efecto la posible pérdida de retribuciones futuras deberá cuantificarse de algún modo, expresando las bases con arreglo a las cuales se estima producida.

Debe tenerse en cuenta que, como ya se dijo, es claro el principio de reparación integra de los daños y que ello exige concretar la totalidad de los mismos, diferenciando entre "*la tasación del daño biológico y fisiológico (el daño inferido a la integridad física), de la correspondiente a las consecuencias personales que el mismo conlleva (daño moral) y de la que pertenece al daño patrimonial separando por un lado el daño emergente (los gastos soportados por causa del hechos dañoso) y por otro los derivados del lucro cesante (la pérdida de ingresos y de expectativas)"* [26].

Partiendo de la fijación de los daños, deberá concretarse la cantidad que se estima adecuada para compensarlos, en la que sin duda deben diferenciarse, al menos a título de razonamiento, aquellas partidas cuantificables objetivamente –por ejemplo, perdidas retributivas–, de aquellas otras que son de valoración subjetiva –por ejemplo, daños físicos, morales–.

A su vez habrá que razonar acerca de la procedencia de otros factores que puedan influir en la cantidad reconocida, bien porque puedan justificar una moderación de la compensación que se establezca, bien porque puedan haber compensado ya algunos de los daños producidos.

Al respecto, dos son las cuestiones que aparecen como especialmente relevantes a las que me refiero a continuación.

3.1.2. La concurrencia de culpa del trabajador

La primera es la posible concurrencia de conducta imprudente del propio dañado. La concurrencia de conductas culposas en la medida que haya podido influir en los daños producidos debe conducir, como ya avancé, a una moderación de la compensación de los daños, en cuanto estos pueden entenderse causados por ambas conductas –la del dañado y la del deudor de seguridad o del otro obligado a actuar diligentemente y de buena fe–. El criterio de moderación de la indemnización en estos casos es claro en la jurisprudencia, ahora bien, tampoco existe un referente que permita tasar la cuantía en que aquella deberá reducirse, moderarse, por lo que también ésta es una cuestión susceptible de discrecionalidad

[26] SSTS 17-7-07 (2 sentencias en Sala General), Recursos 4367/2005 y 513/2006

del órgano de instancia[27], aunque es susceptible de revisión en vía de recurso, no tanto para fijar el "quantum" de la moderación, cuanto para determinar si ésta debió aplicarse o no, lo que en definitiva nace de una determinada valoración jurídica, plenamente revisable por el órgano de segundo grado.

3.1.3. Las posibles deducciones por compensaciones ya recibidas

La segunda cuestión es si deben tenerse en cuenta las cantidades que el trabajador haya podido percibir de la Seguridad Social –prestación y recargo– o de seguros y mejoras complementarias, en cuanto que todas ellas pueden haber tenido un efecto de compensación de ciertos daños sufridos por el trabajador. Es posible que, en su caso, la influencia de estas cantidades no debe estar tanto en la deducción de la indemnización fijada, como en la previa determinación de los daños a compensar al trabajador, especialmente para entender compensado parcialmente el lucro cesante, la pérdida retributiva, pero en cualquier caso la discusión es si todas o alguna de ellas deben ser tomadas en consideración para reducir, bien los daños a tener en cuenta, bien la compensación que por ellos proceda.

Lo que sí es claro es que las reparaciones obtenidas de la Seguridad Social o de prestaciones complementarias de la misma, no excluyen la reparación adicional que en concepto de responsabilidad civil –como se dijo, normalmente, contractual– pueda exigirse ante el orden social.

Tradicionalmente la jurisprudencia civil había venido partiendo de la absoluta compatibilidad e independencia de las cantidades que el trabajador pudiera haber obtenido en vía laboral y de Seguridad Social (prestaciones, recargos, etc.) y de aquellas otras que debieran reconocérsele en concepto de responsabilidad civil[28], pero en la medida que los órganos del orden social han ido asumiendo la competencia en la materia, han cuestionado esa solución, partiendo de que el trabajador ha sufrido un daño único –con efectos en múltiples aspectos– y que la reparación ha de tener un límite claro –la compensación de todos los efectos producidos por el daño experimentado por el trabajador–, de tal manera que la reparación íntegra es el objetivo a conseguir, pero también el límite de reparación, ya que en cuanto la reparación excediese de ese límite produciría un efecto de enriquecimiento injusto jurídicamente inaceptable[29].

En este sentido, las reparaciones que el trabajador pueda percibir en todos los órdenes y procedimientos que pueda entablar deben considerarse como reparaciones a cuenta de esa compensación total que debe reconocerse. En función de lo anterior, cuando el órgano jurisdiccional conozca de reclamaciones por responsabilidad civil en esta materia, debe fijar los daños y su compensación, teniendo en cuenta todas las cantidades que el trabajador pueda haber percibido ya, incluyendo las prestaciones de Seguridad Social y las posibles

[27] Sobre la cuestión, razonando la moderación discrecional de la indemnización o recargo, pueden verse, entre otras, SSTS (Civil) 22-7-08, Recurso 553/2002; 10-7-93, RJ 6005; 24-1-96, RJ 641; 31-12-97, RJ 9413; 14-4-98 y 26-9-98, RJ 2391 y 7071; 20-1-10, Recurso 1239/2009; 22-7-2010, Recurso 3516/2009, etc.

[28] A título de ejemplo, véanse, SSTS (Civil) 30-11-98, RJ 8785, 3-3-98, RJ 1044 y 10-2-98, RJ 986.

[29] Tesis que ha sido asumida plenamente por la jurisprudencia del orden civil, superando así la absoluta compatibilidad que se desprendía de algunas sentencias precedentes. Al respecto véase STS (Civil) 24-7-08, Recurso 1899/2001.

prestaciones complementarias (incluyendo seguros con origen laboral)[30], con la excepción del recargo de prestaciones que por su finalidad esencialmente punitiva, no debe computar a estos efectos, siendo una cantidad a percibir adicionalmente a lo que proceda en concepto de indemnización reparadora[31].

Sobre la forma, en su caso, de proceder a tomar en consideración las compensaciones ya percibidas me remito a lo que a continuación expondré.

3.2. Los criterios concretos para cuantificar los daños

En todo caso, establecido lo anterior, quedaban tres cuestiones a resolver:

La primera es la posibilidad de acudir a algunos criterios de referencia, como el baremo expresamente previsto para los accidentes de tráfico.

La segunda, la determinación de la manera de proceder a la compensación de las cantidades percibidas de la Seguridad Social y de otras posibles prestaciones complementarias.

La tercera, la posibilidad de establecer intereses sobre las indemnizaciones reconocidas.

3.2.1. El recurso a criterios más objetivos de determinación de los daños

En cuanto a la primera cuestión, es evidente que entre la discrecionalidad del órgano judicial está la de acudir al baremo de accidentes de tráfico –o a cualquier otro–, si bien se trataría de unos criterios de referencia, pero desde luego ni automáticos ni vinculantes[32], debiendo en todo caso aplicarse el baremo vigente en el momento de ser definitivas las secuelas con aplicación desde ese momento de los intereses correspondientes, aunque alguna sentencia ha considerado la posibilidad de aplicar el vigente en el momento de dictarse la sentencia por la necesidad de actualizar el valor del daño a reparar, si bien, lógicamente, eso será incompatible con el reconocimiento de intereses hasta ese momento[33], aunque como solución resulta absolutamente aceptable.

El recurso más habitual ha sido acudir al baremo para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación que se estableció por la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995 y que hoy se contiene, como Anexo, en el

[30] Al respecto, por ejemplo, SSTS, 2-2-98, RJ 3250 y 10-12-98, Recurso 4078/1997, seguidas posteriormente por otras muchas

[31] Al respecto SSTS, 2-10-00, en Sala General, Recurso 2393/1999; 14-2-01, Recurso 130/2000 y 21-2-02, Recurso 2239/2001, entre otras. Esta solución también ha sido aceptada por la más moderna jurisprudencia del orden civil, en la medida que ya se ha asumido la consideración de lo percibido de la Seguridad Social a efectos de evitar un enriquecimiento injusto como puede comprobarse en STS (Civil) 24-7-08, Recurso 1899/2001.

[32] La jurisprudencia civil y social coinciden al respecto. Entre otras muchas SSTS, 2-2-98, Recurso 124/1997; 7-2-03, Recurso 1663/2002; 17-7-07 (2 sentencias en Sala General), Recursos 4367/2005 y 513/2006; 30-1-08, Recurso 414/2007. En el orden civil, por ejemplo, SSTS (Civil) 2-7-08, Recurso 1563/2001; 22-7-08, Recurso 553/2002 y 9-12-08, Recurso 1577/2002.

[33] Por ejemplo SSTS 30-01-08, Recurso 414/2007 y 18-10-10, Recurso 101/2010.

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de Octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor, cuyas cuantías se actualizaron últimamente por Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (BOE 15 de marzo de 2014).

Esta utilización no solo es posible, sino que se ha entendido jurisprudencialmente, en las sentencias citadas, como adecuada en cuanto permite una solución uniforme de estos litigios, concediendo seguridad jurídica y permitiendo huir del subjetivismo en la valoración de los daños, pero en todo caso esa misma jurisprudencia matiza que el uso de este sistema de valoración de los daños debe hacerse con cuidado.

En primer lugar porque debe tenerse en cuenta que dichos baremos están previstos para una responsabilidad relativamente objetivada y en la que las obligaciones de protección cuyo incumplimiento conduce a la indemnización tasada son menores a las propias del ámbito laboral, especialmente en la relación empleador-empleado.

En este sentido, los valores consignados en dichos baremos son más un punto de partida que de llegada, de tal manera que no es lógico reconocer indemnizaciones inferiores a las previstas en ellos –lo que haría de peor condición a un accidentado laboral que a uno de tráfico–, pero sí superiores en atención a las circunstancias concurrentes o cuando la aplicación automática de aquellos conduzca a reparaciones manifiestamente insuficientes[34].

Por otro lado, la Disposición final quinta de la LJS establece una previsión de futuro, señalando que en el plazo de 6 meses a partir de la entrada en vigor de la misma –dos meses desde su publicación– el Gobierno aprobaría un sistema de valoración de los daños derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional, basado en un sistema de baremación objetiva de dichos daños, mediante indemnizaciones actualizables anualmente y que será un mínimo, pues no impedirá que la víctima o sus causahabientes acrediten daños superiores, lo que por otro lado resulta coherente con la doctrina establecida en materia de indemnizaciones de daños por la lesión de derechos fundamentales que ha rechazado la tasación absoluta de las mismas ya que podría impedir la reparación íntegra del daño, objetivo irrenunciable en la materia.

Habrá que ver, pues, si se cumple la previsión, aunque temporalmente hoy ya puede afirmarse que no se ha respetado el plazo previsto y no parece que exista voluntad clara para avanzar en esta regulación. De cumplirse, aunque con retraso, esa previsión parece claro que ese baremo específico desplazaría a cualquier otro que referencialmente pudiese utilizarse.

Si se cumpliese la previsión habría que ver, también, si se unifican las reparaciones de todos los daños o no, con el consiguiente impacto, según la solución que se alcance, sobre el recargo de prestaciones vigente en esta materia. Sea cual sea el futuro del recargo, lo cierto es que esta baremación facilitaría la reparación en la materia y daría mayor seguridad

[34] Por ejemplo, las citadas SSTS 17-7-07 (2 sentencias en Sala General), Recursos 4367/2005 y 513/2006; 30-1-08, Recurso 414/2007. Sobre algunas de las cuestiones que plantea la aplicación de estos baremos remito a mi comentario sobre esas sentencias "Determinación de la cuantía de las indemnizaciones por accidente de trabajo", *Revista de Derecho Social*, número 39, 2007, págs. 147 y siguientes.

jurídica, sin impedir la reparación total, sujeta, cuando pretenda desbordar las previsiones del posible baremo, a la prueba de los daños superiores.

Finalmente hay que tener en cuenta que, mientras esta previsión no se cumpla, si se sigue acudiendo al sistema de valoración de accidentes de tráfico, hay que tener en cuenta la posible compensación de las cantidades que del mismo se desprendan con otras que pueda haber cobrado el trabajador, para lo que habrá que estar a cuanto se dirá a continuación y, sobre todo, la consideración de dicho sistema de valoración del daño como una garantía mínima, que no puede excluir reparaciones superiores, que en todo caso se deberán justificar y, sobre todo, que no puede impedir que se llegue a una reparación total del daño.

3.2.2. La forma de practicar la compensación de las cantidades ya recibidas por el trabajador o sus causahabientes

En cuanto a la segunda cuestión, esto es a cómo aplicar la compensación de lo percibido de las entidades de la Seguridad Social, la jurisprudencia unificada del orden social ha entrado finalmente a abordar a fondo el problema y lo ha resuelto en términos que parecen claros y que se aproximan a lo que ya se resolvía en el orden civil y que, incluso podrían coincidir en atención a la más reciente jurisprudencia de ese orden civil que ha pasado de la absoluta compatibilidad entre las diferentes cantidades que percibe el perjudicado, a limitar las mismas en atención a la finalidad de obtener, ciertamente, la reparación integra pero evitando a su vez el enriquecimiento injusto.

Al respecto cabe extraer de esa jurisprudencia del orden social[35] las siguientes conclusiones:

1ª) La compensación obviamente procede pero sólo entre cantidades indemnizatorias homogéneas.

2ª) En este sentido, las prestaciones de Seguridad Social resarcen solamente la pérdida de retribuciones que produce el accidente y la consiguiente incapacidad laboral –temporal o permanente–. La contingencia protegida –situación de necesidad producida por la pérdida de ingresos derivada de la disminución de capacidad laboral– no permite otra conclusión. Por ello, si pensamos en los grandes componentes de los daños a compensar mediante la indemnización adicional a reconocer (daños corporales, daños morales, daños emergentes, lucro cesante), las prestaciones a compensar sólo pueden reparar el lucro cesante y no pueden en consecuencia minorar en ningún caso las cantidades que se deban reconocer por los otros conceptos. La única excepción a esta consideración podría estar en las indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes, en las que, al no existir incapacidad, sí que existiría un componente de resarcimiento del perjuicio físico o estético que podría coincidir en parte con algunas de las cantidades reconocidas por estos motivos; fuera de esta excepción, como se ha

[35] Especialmente las SSTS 17-7-07 (2 sentencias en Sala General), Recursos 4367/2005 y 513/2006, pero también las que ya le han seguido como las de 3-10-2007, Recurso 2451/2006; 21-1-08, Recurso 4017/2006; 30-1-08, Recurso 414/2007; 22-9-08, Recurso 1141/2007; 20-10-08, Recurso 672/2007 y 3-2-09, Recurso 560/2007; 14-12-09, Recurso 715/2009; 15-12-09, Recurso 3365/2008; 18-10-10, Recurso 101/2010; 24-11-10, recurso 651/2010; 13-3-2014, Recurso 1506/2013, etc.

dicho, las restantes cantidades que abona la Seguridad Social van destinadas a reparar el lucro cesante –la pérdida de ingresos–.

3ª) Esta misma conclusión ha de aplicarse cuando se acuda al baremo de accidentes de tráfico o a cualquier otro similar, en cuyo caso lo percibido por Seguridad Social, con la excepción ya mencionada de las indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes, sólo puede minorar las cantidades que conforme a esos baremos procedan por lucro cesante, concretamente y como regla general por el factor corrector por perjuicios económicos de las tablas previstas en los citados baremos y ello no automáticamente, sino en términos lógicos pues en muchos casos las cantidades razonables a reconocer en el orden social por esta circunstancia han de ser superiores a las establecidas en el citado baremo.

Un problema específico lo plantean las indemnizaciones establecidas en el baremo indicado por incapacidad temporal, pues en ella existen compensaciones distintas en función de la situación, diferenciándose entre estancia hospitalaria y situaciones sin estancia hospitalaria en las que se distingue entre días de baja impeditiva –cuando existe incapacidad para desempeñar la ocupación habitual– y día de baja no impeditiva, añadiéndose a su vez la existencia de un factor de corrección en atención a los perjuicios económicos. En consecuencia está claro que existe una cierta compensación de daños físicos, psíquicos y morales –a estos últimos se hace expresa referencia–, en cuanto que se abonan cantidades por días no impeditivos, es decir sin baja que impida la ocupación habitual por lo que, lógicamente, no debería existir para un trabajador laboral pérdida salarial.

En algunas sentencias sobre esta cuestión se entiende que la cantidad establecida en el baremo puede aplicarse en su totalidad a los daños morales derivados de la situación de incapacidad temporal, entendiéndose el lucro cesante compensado por el reconocimiento adicional de la diferencia entre la prestación de IT y el 100% del salario que debía cobrar el trabajador, sin que, en consecuencia, proceda aplicar el factor corrector por perjuicios económicos establecido en el baremo[36]. Ciertamente es un sistema de cálculo que parece adecuado y ajustado al objetivo de resarcimiento integro de los daños, lo que en todo caso exige mantener la consideración de que las cantidades así computadas son el resarcimiento mínimo que puede reconocerse, pero no el máximo si se aportan razones que justifiquen una mayor valoración de los daños.

4ª) Por último, la compensación ha de practicarse de modo razonable y, por tanto, no pueden compensarse cantidades calculadas de modo actuarial –capitalizando el coste renta– con otras tasadas, pues la manera de calcular unas y otras es distinta. Si las prestaciones de la Seguridad Social se capitalizan a este efecto de valor el importe a compensar, también deben capitalizarse las cantidades que previamente se hayan fijado a efectos de reparar el daño. En caso contrario, generalmente y por ejemplo, las cantidades tasadas del baremo de accidente quedarían superadas por las propias del cálculo actuarial del coste capitalizado de la prestación y se acabaría negando cualquier reparación, lo que no es lógico ni jurídicamente acertado.

[36] SSTS 15-12-09, Recurso 3365/2008 y 30-6-10, Recurso 4123/2008.

5ª) Finalmente nada impide, en su caso, considerar que el lucro cesante ha quedado plenamente compensado por lo percibido de la Seguridad Social, pero ello no parece lógico ni aceptable jurídicamente en los casos en los que la pensión reconocida lo sea en un porcentaje inferior al 100% de la base reguladora pues, por propia definición, en estos casos, procedentes en supuestos de incapacidad inferior a la absoluta, la pensión no resarce el 100% del lucro cesante. Cabe cuestionarse si en los casos en los que la prestación alcanza el 100% de la base reguladora se ha llegado o no al resarcimiento total del lucro cesante, se insiste que no de los restantes daños, pero si no se alcanza ese umbral prestacional es bastante claro que el lucro cesante no se ha resarcido totalmente, no resultando ajustada a Derecho la sentencia que entienda lo contrario[37].

Por último debe señalarse que el posible seguro suscrito por el empresario –o por terceros– no constituye en modo alguno el límite de su responsabilidad, por lo que la cantidad asegurada no surtirá más efecto que el de fijar el monto total que deberá abonar la entidad aseguradora, asumiendo la responsabilidad por el exceso el propio responsable.

3.2.3. Los posibles intereses sobre las cantidades reconocidas

En cuanto a la tercera cuestión, la posibilidad de reconocer intereses sobre las indemnizaciones establecidas, el problema se centra en determinar si cabe reconocer intereses por algún período anterior a la sentencia, lo que podría sostenerse, entendiendo que debieron indemnizarse los daños, es decir, abonar una compensación económica, desde que se reclamó judicialmente –pues la sentencia no es constitutiva, ya que la deuda existe desde el momento en que se producen los daños que deben repararse–; al no hacerlo así, el deudor incurre en mora al amparo del art. 1100 CC y debe indemnizar los daños causados por esa mora, lo que, conforme al art. 1108 CC, conduce al pago de los intereses en concepto de indemnización por mora. Lo cierto es que la jurisprudencia civil avanzó hacia el reconocimiento de estos intereses[38], y finalmente la jurisprudencia social ha acabado asumiendo también que en estos casos procede el reconocimiento de intereses moratorios, pues es lo más adecuado si se tiene en cuenta que generalmente las indemnizaciones por los daños acaban reconociéndose varios años después de haberse producido las lesiones que vienen a indemnizar, situación que no debe ser soportada ni ir en perjuicio de la víctima y ello aunque pueda ser controvertida la cantidad a reconocer pues, acreditadas las lesiones, cabe diferenciar entre una liquidez jurídica, que existe pues las lesiones han de indemnizarse, y una liquidez matemática que conduce simplemente a que corresponda al órgano judicial fijar el importe definitivo de una compensación que en todo caso procede aunque sea en cuantía inferior a lo solicitado[39].

En este sentido, normalmente, la jurisprudencia ha establecido el criterio de que si se acude a la determinación de los daños conforme al baremo ya reiteradamente citado, el mismo –puntos y cuantías– debe ser el correspondiente al momento en el que las secuelas se

[37] Puede verse, señalando que el lucro cesante, en principio, debe estimarse en la disminución sobre el 100% de las retribuciones que venían percibiéndose, por ejemplo y además de las sentencias de sala general y algunas otras ya citadas, SSTS 30-6-10, Recurso 4123/2008; 15-12-09, Recurso 3365/2008 y 14-12-09, Recurso 715/2009.

[38] En este sentido véase con total claridad SSTS (Civil) 9-12-2008, Recurso 1577/2002 y 21-5-98, RJ 3800.

[39] Al respecto STS 30-1-08, Recurso 414/2007.

consolidan, lo que normalmente se asocia a la fecha en la que el INSS reconoce la incapacidad resultante; a partir de ese momento corresponden normalmente los intereses por mora previstos en el Código Civil (arts. 1101 y 1108) hasta que se dicte sentencia firme; desde ese momento corresponden los intereses procesales (art. 576 LEC). En el caso de las aseguradoras estas responden de los intereses que deban abonar, conforme a la legislación en materia de seguros, y por tanto deben abonar un 20% desde el momento de la sentencia firme, pero ese porcentaje de intereses no se reconoce por el período anterior porque se entiende normalmente que hasta ese momento la situación era controvertida y, por tanto, la oposición de la aseguradora razonable[40].

3.3. Unas consecuencias en torno a la demanda

Como se analizó, el fallo de estas reclamaciones debe conllevar unos previos razonamientos en torno a las bases fácticas que permiten cuantificar el importe de la indemnización que deba reconocerse.

En la actualidad esas bases fácticas son esenciales, pues la indemnización es de fijación discrecional y los baremos que pueden utilizarse son meramente orientativos.

Además la fundamentación requiere analizar los diversos tipos de daños y, en su caso, la posible compensación total o parcial de los mismos por otras vías y las posibles causas que puedan conducir a una reducción del importe reconocido.

Lógicamente esas bases fácticas han de ser suministradas al órgano judicial por las partes. Son elementos de hechos que deben fundar las posiciones de los litigantes.

Aquellos elementos de hecho que permiten aplicar una compensación entre otras cantidades ya abonadas y la indemnización a reconocer por unos daños o moderar esa indemnización por concurrir culpa de la víctima son, sin duda, alegaciones de hecho –lógicamente con posterior aportación de argumentos jurídicos– que corresponden al demandado y que introducirá en el juicio oral en sus alegaciones, pero aquellas otras que justifican la indemnización solicitada, en los mismos términos que posteriormente el órgano judicial deberá razonar la indemnización reconocida, deben ser aportadas por el demandante y, en la medida en que son hechos esenciales que fundamentan su pretensión, al menos en cuanto al importe líquido dela misma, deben ser hechos aportados en la demanda –y, por tanto, en los actos previos (conciliación o reclamación previa)– (art. 80.1.c) LJS).

Sin duda estamos ante hechos sobre los que versa la pretensión y que son esenciales para resolver la cuestión planteada.

Hay que tener en cuenta que el carácter líquido de la reclamación, no se reclama solamente el derecho a una indemnización sino en concreto el derecho a una indemnización de una determinada cuantía, viene impuesto porque es la súplica correspondiente y adecuada a los términos de la reclamación (art. 80.1.d) LJS) y porque las solicitudes de condena

[40] Por ejemplo SSTS 12-3-13, Recurso 1531/2012; en el mismo o parecido sentido SSTS 30-6-10, Recurso 4123/2008; las dos ya citadas de 17-7-07, Recursos 4367/2005 y 513/2006 y otras muchas, como la de 24-11-10, Recurso 651/2010.

económica han de ser necesariamente líquidas, como se desprende del artículo 87.4 LJS que exige que en conclusiones las partes determinen de manera líquida las cantidades que por cualquier concepto incluyan en su posición, pero como, además, ello ha de hacerse sin alterar los puntos fundamentales y los motivos de pedir de la demanda, es claro que ya en la misma debieron estar los elementos fácticos que sustentaban la pretensión de condena a una cantidad concreta y una cuantía inicialmente solicitada, sin perjuicio de completarlos y fundarlos y de que en conclusiones, y a la vista del resultado de la prueba, pueda ya fijarse la que de forma definitiva se reclama.

Debe retenerse que la exigencia de liquidez se extiende también, como no podía ser de otro modo, a la sentencia que, cuando condena al abono de una determinada cantidad, la debe concretar, sin reservar la liquidación para un momento posterior (art. 99 LJS).

Lógicamente la determinación concreta exige que las partes, como se ha dicho, hayan alegado y suministrado, en el momento oportuno, los elementos fácticos que permiten determinar en concreto la cantidad a reconocer.

Hasta aquí este análisis que, sin duda, puede completarse con otras muchas cuestiones que surgen en estas reclamaciones en las que, como dije, está en juego la proyección de valores principales en nuestro sistema constitucional como la vida, la integridad y en general la protección del trabajador inseparable del Estado Social de Derecho.

Estabilizadores automáticos en el sistema de seguridad social: factor de sostenibilidad e índice de revalorización
Automatic estabilizer on social security system: factor of sustainability and appreciation index

JOSE LUIS MONEREO PÉREZ Y JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ BERNAT
CATEDRÁTICO Y PROFESOR, RESPECT., DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

La introducción en nuestro sistema de Seguridad Social del doble factor de sostenibilidad se situaría entre las medidas de reforma de carácter no paramétrico. Se incrusta en el sistema de Seguridad Social un mecanismo de ajuste automático de las pensiones, conectando éstas con los riesgos demográficos y económicos. Dicha medida representa un primer paso en la reformulación de nuestro sistema de pensiones, trasformando un sistema de prestación definida como el nuestro hacia uno de contribución definida donde la pensión que percibirán los trabajadores no se conoce de antemano y estará ligada a la esperanza de vida a los 67 años en el momento de su jubilación. Se puede entender entonces que esta no es una reforma más. A los drásticos cambios operados por la Ley 27/2011, especialmente en la pensión de jubilación, se le añade esta nueva fase reformista de la protección social con indudables efectos en la cuantía de las pensiones y lo que es más importante se allana el camino para un cambio futuro de modelo.

Palabras clave

Seguridad Social; Pensiones; Reforma; Jubilación; Factor de sostenibilidad.

Abstract

Introducing our Social Security system double sustainability factor would be between reform measures nonparametric character. That is embedded in the Social Security system a mechanism for automatic adjustment of pensions, connecting them with demographic and economic risks. This measure is a first step in reshaping our pension system, transforming a system of defined benefit and ours toward a defined contribution where the pension to be paid to workers is not known in advance and will be linked to life expectancy 67 years at the time of retirement. You can then understand that this is not a reform. A drastic changes operated by the Law 27/2011, especially in the pension, was added this new phase of reform of social protection with undoubted effect on the amount of pensions and most importantly paves the way for future shift.

Keywords

Social Security; Pensions; Reform; Retirement; Factor of sustainability.

1. LA REGULACIÓN DEL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD EN NUESTRO PAÍS: LA LEY 23/2013

La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social introdujo el denominado factor de sostenibilidad. Dicho factor debía servir para atender el objetivo de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo y garantizar su sostenibilidad. Su aplicación, sin embargo, se preveía para el año 2027, una vez transcurrido el régimen transitorio previsto legalmente para la reforma del sistema. El art. 8 de la norma, que introducía una nueva disposición adicional, la quincuagésima novena, en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social señalaba con respecto a la adopción de dicha

medida que "los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027". Dichas revisiones, además, conforme a lo indicado en el texto legal, se repetirían cada 5 años, utilizando a este fin las previsiones realizadas por los organismos oficiales competentes.

Aunque la propia Ley 27/2011 recuerda que la introducción en el ordenamiento español del factor de sostenibilidad es fruto de las recomendaciones contenidas en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, en verdad no existe en dicho documento una referencia expresa a este mecanismo. Sin embargo, las continuas llamadas que en el Informe se hacen a las tendencias demográficas han servido para implantar esta figura. Así, en el Informe se insiste en la evolución demográfica prevista para España, poniendo de manifiesto la mayor esperanza de vida en varones y mujeres, con importantes consecuencias para las cifras relativas al número de pensiones previsto en las próximas décadas. El mundo envejece y la transición demográfica plantea un desafío para las políticas de pensiones. A ese envejecimiento de la población se une la caída de natalidad. En el propio Preámbulo de la Ley 27/2011 se recuerdan estos aspectos, el hecho de que las tendencias demográficas, con el incremento de la esperanza de vida y la disminución prolongada de las tasas de natalidad suponen un desafío para el sostenimiento financiero del sistema de Seguridad Social[1].

A la cuestión demográfica, según el propio Preámbulo de la Ley 27/2011, se le une otro aspecto nada desdeñable según las consideraciones que la norma realiza: el diseño del sistema actual no es el más adecuado porque "resulta necesario reforzar la contributividad del sistema estableciendo una relación más adecuada entre el esfuerzo realizado en cotizaciones a lo largo de la vida laboral y las prestaciones contributivas a percibir". El sistema de Seguridad Social español ha asistido últimamente a una progresiva disminución del periodo de actividad laboral en dos sentidos: por un lado, los años de formación y de estudio de los jóvenes se han prolongado y su acceso al mercado de trabajo, por esa razón, se ha retrasado en relación con la edad a la que era habitual su incorporación en pasadas generaciones. Por otro lado, la tasa de participación de las personas mayores de 50 años sigue siendo insuficiente.

Además de los problemas demográficos, y la necesidad de seguir reforzando el principio de contributividad, la persistencia de la crisis económica es otro de los elementos que han servido para incorporar a nuestro ordenamiento el denominado factor de sostenibilidad. Las altas tasas de desempleo junto con el no crecimiento e incluso bajada de los salarios, resultan especialmente preocupantes para el sistema de financiación de las pensiones que dependen de los ingresos por cotizaciones. Así pues, según las previsiones que el legislador maneja, la profundidad y continuidad de la recesión en la economía española no permitirán la creación de empleo suficiente como para que las contribuciones cubran las obligaciones comprometidas hasta ahora.

[1] Estamos ante una coyuntura donde se produce un doble movimiento de presión hacia la expansión de la protección en tiempos de crisis y la contención y reducción del gasto público social [MONEREO PÉREZ, J. L.: "La política de pensiones tras el Acuerdo Social y Económico de 2011: la fase actual de la construcción de un "nuevo" sistema de pensiones", en VV.AA.: *La edad de jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L. Y MALDONADO MOLINA, J. A. (Dirs.), Granada, Comares, 2011, pág. 3].

Este último aspecto, y otros que se comentarán más adelante, han servido de justificación (aparente) para que el Gobierno proceda a adelantar la implantación del factor de sostenibilidad. De hecho, el primer paso para dicho adelanto se dio con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, estableciéndose en el art. 18.3 que el gobierno, en caso de proyectar un déficit en el largo plazo del sistema de pensiones, revisará el sistema aplicando de forma automática el factor de sostenibilidad previsto en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. El segundo, se ha producido con la Disposición Adicional 9ª 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, en la que se señala que el Gobierno, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de este real decreto-ley, creará un comité de expertos independientes a fin de que elabore un informe sobre el factor de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, para su remisión a la Comisión del Pacto de Toledo, en línea con lo previsto en la disposición adicional quincuagésima novena del TRLGSS, introducido por la Ley 27/2011.

Tras la creación del Comité de Expertos, dicho Informe vio la luz en el mes de junio (*Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones*). En él se concretaba el denominado Factor de Sostenibilidad, descomponiéndose en un Factor de Equidad Intergeneracional (FEI) y un Factor de Revalorización Anual (FRA). Tras la elaboración del mismo, debía ser la Comisión del Pacto de Toledo la encargada de su estudio y de realizar las propuestas pertinentes al legislador. Sin embargo, ha sido el Gobierno el que ha decidido tomar la delantera, elaborando un *Anteproyecto de Ley Reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del sistema de Seguridad Social*, proponiendo la adopción de dos medidas: de un lado, la figura del Factor de Sostenibilidad como un único instrumento que permite vincular con carácter automático el importe inicial de las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas; de otro, un Índice de Revalorización, que vendrá a sustituir, a partir del día 1 de enero de 2014, el índice de referencia que se aplicaba desde 1997 para la revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social.

Finalmente, en diciembre de 2013 se aprueba la Ley 23/2013 que introduce definitivamente en nuestro ordenamiento la doble figura del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización. Dichas medidas difieren sustancialmente de las reformas operadas hasta la fecha, dado que supone vincular algún parámetro del sistema a las tendencias demográficas y a los riesgos económicos estructurales.

2. EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Tras el Informe del Comité de Expertos de junio, el Gobierno procede a dar trámite parlamentario al Factor de Sostenibilidad. Se aprueba, en primer lugar, el correspondiente Anteproyecto de Ley, en el que se recogen gran parte de las propuestas de los expertos y se incorpora definitivamente en nuestro país tras la aprobación de la Ley 23/2013. En dicha norma se parte, de nuevo, de los consabidos determinismos demográficos y económicos para justificar la introducción en España del denominado Factor de Sostenibilidad de la pensión de jubilación y del Índice de Revalorización del sistema de Seguridad Social. En este

apartado, nos proponemos examinar el primero de los estabilizadores automáticos, dejando para el siguiente epígrafe el segundo de los mecanismos previstos legalmente.

El Factor de Sostenibilidad se define en el art. 1 Ley 23/2013 como "un instrumento que con carácter automático permite vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas, a través de la fórmula que se regula en esta norma, ajustando las cuantías que percibirán aquellos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes". En la regulación efectuada por esta ley, el factor de sostenibilidad ajusta la pensión inicial de jubilación de manera que el importe total que perciba a lo largo de su vida un pensionista que acceda al sistema de pensiones dentro de un cierto número de años, y que previsiblemente tendrá mayor esperanza de vida, sea equivalente al que perciba el que se jubile en un momento anterior. Para ello se relaciona la esperanza de vida estimada en ambos momentos. Tal y como se indica en el Preámbulo de la Ley 23/2013, su finalidad es mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas, garantizando a las generaciones presentes y futuras la percepción de pensiones adecuadas y suficientes, conforme al mandato del artículo 50 CE. A juicio del legislador, este factor asegura el riesgo asociado al incremento de la longevidad y ajusta la equidad intergeneracional, si bien sólo respecto de las pensiones de jubilación.

Como se puede comprobar, y en coherencia con lo establecido por la Ley 27/2011, el legislador ha optado, en primer lugar, porque dicho factor únicamente afecte a las pensiones de jubilación y, en segundo lugar, porque entre las diferentes posibilidades que dispone sea la variable de referencia, la esperanza de vida, y el parámetro del sistema afectado, la cuantía inicial de las pensiones. Con la elección de estos dos elementos clave, el legislador está determinando de forma muy clara el colectivo sobre el que recaerá el ajuste, que no son otros que los nuevos pensionistas. Con esta apuesta por vincular la pensión inicial a la esperanza de vida, nuestro sistema de pensiones de jubilación se equipara a lo que otros países vienen aplicando, como son los casos de Portugal y Finlandia, donde también se diseñan sus correspondientes factores de sostenibilidad de acuerdo a las variables citadas.

El legislador recoge en su integridad el denominado como Factor de Equidad Intergeneracional de las nuevas pensiones de jubilación contemplado en el Informe del Comité de Expertos de junio de 2013 donde también se vinculaba la pensión inicial de jubilación a la esperanza de vida. Del mismo modo a cómo se contempla en la Ley 23/2013, la pensión inicial de jubilación debe ajustarse de modo que el monto total esperado de las pensiones que reciba a lo largo de su vida un pensionista que entra en el sistema en un momento determinado con una determinada base reguladora y una edad y, por tanto, con una esperanza de vida determinada sea equivalente al que reciba un pensionista que entra en el sistema con la misma base reguladora y con la misma edad en un momento anterior y, por tanto, con una esperanza de vida probablemente inferior.

Con respecto a la aplicación únicamente a las pensiones de jubilación, se ha defendido la posibilidad de extender dicho factor al resto de pensiones vitalicias (incapacidad permanente, viudedad, etc.), ya que todos los beneficiarios de las mismas se van a beneficiar

del incremento de la esperanza de vida[2]. Se pone en duda, incluso, la constitucionalidad de la medida ya que se considera, dadas las conexiones existentes entre ellas, que la razonabilidad de aquélla brilla por su ausencia cuando se repara en que dentro del colectivo de pensionistas son los afectados (perjudicados) por esta medida, los jubilados, los que generalmente han hecho un mayor esfuerzo contributivo y los que durante menos años perciben la pensión[3]. Sin embargo, y en lo que se refiere a las pensiones de incapacidad permanente, se ha justificado su exclusión de acuerdo al impacto individualizado de las lesiones que, a su vez incide sobre la esperanza de vida, lo que dificulta en exceso, e incluso, impide, el cálculo y la aplicación de un factor general[4]. En el caso de las pensiones de viudedad, la exclusión viene determinada por el sistema de cálculo de las pensiones de muerte y supervivencia[5]. Sea como fuere, lo cierto es que lo más oportuno hubiera sido que en sede legal se hubieran hecho las oportunas aclaraciones, ya que sobre este punto el propio CES ya se planteaba la duda sobre si dicho factor iba a ser aplicable a los beneficiarios de pensiones de incapacidad permanente que al alcanzar la edad legal de jubilación tienen la consideración de pensiones de jubilación. Incluso, el legislador ha obviado otras matizaciones que parecen absolutamente necesarias: las relativas a la incidencia que puede tener el factor sobre, por un lado, las diferentes tipologías de jubilación existentes; y, por otro, el sistema de clases pasivas.

Respecto a la primera cuestión, habría que entender que el factor de sostenibilidad no resultaría aplicable en el caso de las jubilaciones ordinarias a edades reducidas, tampoco en el de personas con discapacidad, ni en los supuestos de jubilación parcial. Distintos son los casos de las jubilaciones anticipadas con coeficientes reductores donde, como sugiere algún autor, la aplicación del factor es razonable en las jubilaciones anticipadas voluntarias y, sin embargo, parece desmesurado aplicar un segundo elemento penalizador a las pensiones anticipadas que derivan del cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador[6]. En segundo lugar, la norma alude a las pensiones de jubilación del sistema de Seguridad Social, con lo que parece excluir la aplicación del factor al sistema de Clases Pasivas. Es éste un aspecto, por lo menos, controvertido ya que si realmente lo que se pretende es conseguir la sostenibilidad de las pensiones públicas, no sólo debería aplicarse al sistema de Seguridad

[2] DE LAS HERAS CAMINO, A.: "El Factor de Sostenibilidad en la Seguridad Social española. Un análisis de la propuesta del Comité de Expertos y la decisión adoptada por el Gobierno",www.ceflegal.com, pág. 10.

[3] DESDENTADO BONETE, A.: "Reflexiones sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones", *Revista de Derecho* Social, núm. 64, 2013, pág. 230 y SUÁREZ CORUJO, B.: "Las increíbles pensiones menguantes: la metamorfosis del sistema público de pensiones a través del factor de sostenibilidad", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2014, pág. 146.

[4] TORTUERO PLAZA, J. L.: "Ley 13/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social: régimen jurídico", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2014, pág. 115.

[5] Como indica TORTUERO PLAZA, "(…) el art. 7.3 del D 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la L 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, establece que "la base reguladora de las pensiones por muerte y supervivencia, cuando el causante, al tiempo de su fallecimiento, fuese pensionista de jubilación o incapacidad permanente, será la misma que sirvió para determinar su pensión. En estos casos, la cuantía de la pensión se incrementará mediante la aplicación de las mejoras o revalorizaciones que, para las prestaciones de igual naturaleza por muerte y supervivencia, hayan tenido lugar desde la fecha del hecho causante de la pensión de la que deriven". En la medida en que el factor de sostenibilidad forma parte de los elementos que cuantifican la pensión de jubilación y no en la base reguladora, la exclusión es clara" (*Idem.,* pág. 116).

[6] *Idem.*, pág. 119.

Social, sino también al de Clases Pasivas[7]. A lo que hay que añadir, además, el tratamiento diferencial que recibirán los funcionarios, según su vieja adscripción al sistema de Clases Pasivas o al sistema de Seguridad Social[8].

La consideración de la esperanza de vida como único suceso a vincular en el cálculo de la pensión inicial de jubilación resulta preocupante si se tienen en cuenta los efectos (reductivos) de la automaticidad de la aplicación del factor de sostenibilidad. Como se ha encargado de subrayar el CES, la determinación de la cuantía de la pensión es una cuestión de suma importancia ya que una vez establecida la misma se aplicarán las revalorizaciones que correspondan. No es ésta, por tanto, una cuestión baladí, por lo que hubiera sido muy oportuno, a juicio del CES, estudiar la posibilidad de modular dicha automaticidad combinándola con la evolución de otras variables con incidencia positiva sobre los ingresos, como el empleo, la actividad económica o la participación laboral, como ocurre en otros países de nuestro entorno.

La aplicación del Factor de Sostenibilidad se prevé por una sola vez para la determinación del importe inicial de las nuevas pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social (art. 2) y sin perjuicio del derecho que en su caso tenga el interesado al percibo del complemento por mínimos, conforme a lo que al respecto se establezca en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado (art. 6). Se excluyen, por tanto, del efecto del factor de sostenibilidad las pensiones que resulten de la aplicación de los complementos por mínimos, si bien parece que el factor se aplica para determinar la cuantía de la pensión y luego opera el mínimo, conforme a lo indicado por el art. 6 de la Ley 23/2013, con lo que éste gana terreno a la pensión[9]. Sobre este aspecto, se sugirió la posibilidad de aplicar el factor a las pensiones mínimas, en la medida en que la esperanza de vida es un indicador de la población en términos medios, el factor de sostenibilidad tendría que tener reflejo en aquéllas, o, al menos, en su variación anual, ya que los complementos a estas pensiones son también financiados por el Estado español[10].

Por otro lado, según prevé el apartado 2 de la disposición final quinta (entrada en vigor), el Factor de Sostenibilidad se aplicará a las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social que se causen a partir de 1 de enero de 2019. Se trata de una fecha específica, distinta de la general prevista para la entrada en vigor de la norma, cuya finalidad se reitera en el Preámbulo del texto legal en razón de que durante este dilatado plazo los potenciales pensionistas de jubilación puedan ser informados de las consecuencias de la puesta en práctica del factor y tomar medidas, en caso de considerarlo necesario. El Informe del Comité de Expertos recomendaba la aplicación de dicho factor dentro del período 2014 a 2019, aunque incluso se apostaba porque fuera cuanto antes, entre otras razones, con la idea de reforzar de cara a los ciudadanos el compromiso con la sostenibilidad presupuestaria del sistema de pensiones.

[7] DE LAS HERAS CAMINO, A.: "El Factor de Sostenibilidad…", *op. cit.*, pág. 10.

[8] TORTUERO PLAZA, J. L.: "Ley 13/2013, de 23 de diciembre…", *op. cit.*, págs. 116-117.

[9] DESDENTADO BONETE, A.: "Reflexiones…", *op. cit.*, pág. 228.

[10] DE LAS HERAS CAMINO A.: "El Factor de Sostenibilidad…", *op. cit.*, pág. 11.

Sobre esta cuestión, además de las objeciones realizadas al adelanto en el diseño y aplicación de este índice, el cual estaba previsto para otro momento posterior, no se puede estar de acuerdo con la misma si se tiene en cuenta que los nuevos pensionistas están soportando, aunque sea de manera gradual, las reformas paramétricas de la Ley 27/2011 y ello supone, como ya se ha dejado dicho, someterlos a un doble ajuste. Se podría pensar que los beneficiarios de una mayor esperanza de vida a la edad de jubilación son los nuevos pensionistas, de ahí que parece lógico que sean éstos los que sufran el recorte en su pensión ya que van a percibir prestaciones del sistema durante un número de años mayor. Sin embargo, no parece que el argumento de una diferencia en la esperanza de vida a partir de los 65 que a lo largo de las próximas décadas no llegará a los cuatro años sea suficiente para que éstos sufran semejante ajuste. En verdad, como se ha podido decir, el mensaje que se transmite a los que hoy se incorporan al mercado de trabajo es que su pensión entonces va a ser una cuarta parte inferior a la que hoy le correspondería[11].

Por lo demás, dicho plazo servirá para determinar la evolución interanual de la esperanza de vida en los cinco ejercicios precedentes, de manera que se puedan calcular las correspondientes tablas de mortalidad sobre datos ciertos, en este caso los de los ejercicios 2012 a 2017. En base a esta circunstancia, se establece la revisión con periodicidad quinquenal de la variación interanual de la esperanza de vida a tener en cuenta para calcular el valor del Factor de Sostenibilidad (art. 5), en línea con lo mandatado por la Ley 27/2011. Mientras que el Comité de Expertos consideraba variaciones anuales en la esperanza de vida, el Gobierno optó por trabajar con variaciones interanuales en períodos de 5 años, y no de 1 año, lo que parece lógico si se tiene en cuenta que las variaciones que se produzcan serán más suaves y se pondrán compensar de este modo posibles errores en la estimación de la esperanza de vida. No en vano el dato de la esperanza de vida puede sufrir alteraciones no previstas en las hipótesis con las que se trabaje, tales como la tasa de natalidad, fecundidad, mortalidad, emigración etc., de ahí que el Gobierno pretenda suavizar las variaciones a aplicar en cada año tomando períodos quinquenales[12].

Para el cálculo del Factor de Sostenibilidad, conforme al art. 3 de la Ley 23/2013, se tendrán en cuenta: de un lado, las tablas de mortalidad de la población pensionista de jubilación del sistema de la Seguridad Social elaboradas por la propia Seguridad Social, y, por otro, la edad de 67 años como edad de referencia[13]. La fórmula de cálculo se establece en el art. 4 de la citada norma y, sobre la misma, cabe destacar la utilización, como ya se ha dicho, de periodos quinquenales para determinar la evolución de dicha esperanza de vida. Dicho criterio, a juicio del legislador, permite una mayor estabilidad de los resultados, reflejando con mayor precisión la tendencia de la esperanza de vida, evitando fluctuaciones anuales que pueden tener un origen coyuntural.

Sobre este modo de cálculo del factor se debe llamar la atención sobre la consideración de la edad de 67 años como referencia a la hora de calcular la esperanza de vida. El CES, por ejemplo, en su Dictamen al Anteproyecto destacaba la cuestión de la excesiva rigidez del mecanismo, resultando un solo valor aplicable a toda la población que

[11] SUÁREZ CORUJO, B.: "El factor de…", *op. cit.*, pág. 29.

[12] DE LAS HERAS CAMINO A.: "El Factor de Sostenibilidad…", *op. cit.*, pág. 10.

[13] El Comité de Expertos proponía como edad de referencia la de 65 años.

acceda a la jubilación, independientemente de la edad de acceso a la misma. En efecto, la mayoría de personas puede que en los próximos años no se jubilen a esa edad, sino más bien a los 65 años, o incluso buena parte de aquéllas lo hagan de forma anticipada a esa edad. Obviamente, también se puedan dar casos de personas que prolonguen su vida activa más allá de los 67 años en el marco de la jubilación gradual y flexible. Por ello, como se ha subrayado, la supuesta distribución de la pensión atendiendo a la evolución de la esperanza de vida, no es muy precisa puesto que la esperanza de vida entre los 60 y los 70 años es distinta y evoluciona también de forma diferenciada[14]. Lo lógico hubiera sido, en línea con lo sugerido por algún autor, que el factor se ajustase a la edad efectiva en la que se inicia el cobro de la pensión vitalicia, ya que de no ser así se pueden llegar a producir situaciones discriminatorias según la edad en que se produzca el hecho causante[15]. Hubiera sido deseable, en este sentido, haber optado por determinar tantas variables "esperanzas de vida" como modalidades de jubilación existan, tomando diferentes valores en función a las edades de acceso posible, teniendo en cuenta además, los colectivos protegidos tanto por la Seguridad Social como el sistema de Clases Pasivas, englobando el sexo masculino y femenino, con el fin de no aplicarse de forma diferenciada en función del sexo[16].

Conviene llamar la atención sobre este último aspecto, el cual añade otro elemento crítico al diseño del factor de sostenibilidad y su aplicación en nuestro país. En concreto, se trata de la incidencia que el mismo tiene sobre las mujeres, dada la mayor esperanza de vida que éstas presentan respecto a los varones. Teniendo en cuenta este dato, cabe imaginar que en el futuro percibirán una pensión cuyo importe total en el tiempo de vida que les quede guardará una relación de equivalencia con la percibida por quienes se jubilaron en un momento anterior (cuyo importe total era menor puesto que la esperanza de vida también era más reducida). Por ello, como se ha dicho, estamos ante un dato negativo y empobrecedor al seguirse la regla: cuanto más se vive, menor es la pensión para las mujeres[17], a lo que hay que añadir su tardía y no plena incorporación al mercado de trabajo (desempleo y desempleo de larga duración), las modalidades de esa incorporación (trabajo a tiempo parcial y contratos temporales) y sus interrupciones (cargas domésticas y familiares), que les impiden cubrir carreras de cotización largas y obtener prestaciones de cuantía equiparable a las de los hombres[18].

Tal y como está configurado dicho factor, resulta conveniente hacer referencia a varios aspectos. En primer lugar, se está ante un mecanismo que a través de él se pretende determinar un nuevo índice basado en la evolución de la esperanza de vida que pasaría a formar parte, como un elemento adicional, a la fórmula vigente, recogida en el TRLGSS, para la obtención de la cuantía de la pensión. Ello va a requerir la modificación del apartado 1 del artículo 163 TRLGSS, al objeto de introducir la aplicación de dicha figura en la

[14] CCOO, Informe/2013: *Valoración del Anteproyecto de Ley reguladora del Factor de Sostenibilidad (FS) e Indice de Revalorización de las Pensiones (IRP). Propuestas Alternativas*, www.ccoo.es.

[15] DE LAS HERAS CAMINO A.: "El Factor de Sostenibilidad…", *op. cit.*, pág. 11.

[16] *Idem.*, p. 13.

[17] RAMOS QUINTANA, M.: "La nueva Ley Reguladora del Factor de Sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social: impacto y consecuencias sobre las mujeres", *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013, pág. 247.

[18] RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAHAMONDE, M. E.: "El factor de sostenibilidad de las pensiones de jubilación y la garantía de la suficiencia económica de los ciudadanos de la tercera edad", *Relaciones* Laborales, núm. 5, 2014, pág. 20.

determinación de la cuantía de la pensión de jubilación del Régimen General de la Seguridad Social, que también es aplicable al resto de regímenes del sistema. Precisamente, la disposición final segunda de la Ley 23/2013 se ocupa de ello añadiendo un inciso final al precepto legal mencionado, siendo su texto es el siguiente: "a la cuantía así determinada le será de aplicación el factor de sostenibilidad que corresponda en cada momento".

En segundo lugar, el elemento capital del contenido del factor de sostenibilidad es la esperanza de vida. Hay que tener en cuenta que la esperanza de vida no se calcula sobre el total de la población, sino sobre la masa de la población pensionista de jubilación del sistema de Seguridad Social. De modo que un aumento de la longevidad de la población supondrá un descenso en la prestación que se percibe. En función de cómo evolucione la esperanza de vida a partir de un año concreto (si crece la esperanza de vida –como viene ocurriendo la mayoría de los años en las últimas décadas– será inferior a 1, y si se reduce la esperanza de vida sería superior a 1), el resultado obtenido se multiplicará a la cuantía resultante de la pensión, de tal modo que cuando la esperanza de vida tiende a aumentar la cuantía de la pensión se reduce, y viceversa.

Las estimaciones que se han podido realizar muestran conclusiones parecidas respecto a la evolución que la esperanza de vida va a tener en el futuro y su incidencia en la cuantía de las pensiones de jubilación, conforme a la regulación legal del factor de sostenibilidad. En general, y teniendo en cuenta proyecciones del INE y de la Seguridad Social, la evolución de la esperanza de vida a los 67 años muestra una evolución ascendente en el período. Teniendo en cuenta esta proyección, CCOO ha estimado que la pensión inicial descendería entre un 4 y un 7 por 100 en función de si la evolución se asemeja a las proyecciones de Seguridad Social o INE entre 2018 y 2028, mientras que entre 2028-2038 el descenso estaría entre 3-6 por 100, respectivamente. En un periodo de 30 años, 2019 a 2049, de mantenerse una evolución de la esperanza de vida como la prevista, el descenso de la pensión inicial, por aplicación de esta nueva fórmula se situaría entre el 9 y el 18 por 100.

Antes de la aprobación de la Ley 23/2013 no faltaron estudios que preveían reducciones parecidas de optarse por la configuración del factor de sostenibilidad en los términos descritos. Así, de recurrir a la esperanza de vida como factor de sostenibilidad la pérdida era del 11 por 100 de la prestación al final del periodo (2010-2050) si se compara con los ingresos que se tendrían si se aplicara la Ley 27/2011[19]. Por su parte, y sin que se llegara a concretar legalmente dicho factor y utilizando los coeficientes de sostenibilidad de Portugal y Finlandia, otros autores han estimado dicha reducción en la primera revisión en un 3 por 100[20]. En el caso del Informe del Comité de Expertos se apuntaba que el denominado en dicho documento como Factor de Equidad Intergeneracional podía suponer un ajuste a la baja en el cálculo de la pensión inicial del 5 por 100 en media cada 10 años.

De todo lo anterior se deduce que este factor de sostenibilidad es un índice que siempre restará sobre el importe de la pensión puesto que la esperanza de vida va en aumento

[19] MORAL ARCE, I.: "Aplicación de factores de sostenibilidad en el sistema de pensiones español: previsiones para el período 2012-2050", *Instituto de Estudios Fiscales*, Papeles de Trabajo, núm. 4, pág. 24.

[20] MENEU *et altri*: "El Factor de Sostenibilidad: Diseños alternativos y valoración financiero-actuarial de sus efectos sobre los parámetros del sistema", *Economía Española y Protección Social*, núm. 5, 2013, pág. 93.

a lo largo del tiempo y el cociente entre las esperanzas de vida siempre será un número menor que 1[21]. Es verdad que la expectativa de vida puede tener reducciones, como en 2012 donde ha habido un descenso del 20,7 al 20,5, pero lo normal es que en largo plazo la tendencia sea creciente. Pese a esta más que previsible reducción de las pensiones iniciales, no faltan firmes defensores de dicho factor que consideran que el mismo no tiene por qué significar que aquéllas tengan que reducirse. Según su criterio, bastaría que se diera una situación de crecimiento económico para que la base reguladora sobre la que se calcula la pensión inicial crezca en términos reales por encima de lo que lo hace disminuir el factor, que es como se ha dicho aproximadamente 0,3-6 puntos al año o un 3-6 por 100 cada diez años aproximadamente. Se sostiene igualmente que de producirse dicha reducción se produce de manera gradual por lo que haría falta que pasaran muchos años para que este factor tenga efectos sustantivos en el cálculo de la pensión inicial. Estos son los argumentos que se contienen en el Informe del Comité de Expertos.

Sobre esto último no cabe estar de acuerdo en modo alguno. Por más gradual que sea la aplicación del factor de sostenibilidad, la magnitud de la reducción de la cuantía de las pensiones es más que evidente según los primeros estudios que se están llevando a cabo. Una reducción que se produce en un contexto donde la pensión media de jubilación en nuestro país es de 984 euros y donde, como se ha reiterado, el 40 por 100 de las pensiones de jubilación son inferiores al SMI[22]. Hay que tener en cuenta, además, que el ajuste para los pensionistas va a ser doble ya que la vinculación de la cuantía de la pensión inicial a la evolución demográfica va a significar un descenso de la cuantía de la pensión que se añade a la reducción de dos años de pensión por retrasar la edad de jubilación hasta los 67 años de edad. Todo ello puede tener como consecuencia un empobrecimiento de la población pensionista.

Sobre este punto, se ha podido decir con razón que habría que considerar también, en una perspectiva de sostenibilidad presupuestaria del sistema de pensiones a futuro, dos cuestiones más: la dinámica de crecimiento de las pensiones medias actuales y el cálculo y dinámica de crecimiento de las que vayan entrando en los próximos años. En el primer caso, se están frenando, por un lado como efecto de la paulatina reducción de la senda inflacionista en nuestro país y, en el corto plazo, por los ajustes en la revalorización de las mismas que se están llevando a cabo. Y respecto a lo segundo, la reforma en curso contiene instrumentos que reducirán la cuantía media de las nuevas pensiones (alargamiento de años de cotización para llegar al porcentaje máximo y del periodo de cálculo de la base reguladora, así como el tratamiento a los periodos sin cotización o la actualización de valor de los años cotizados a efectos del cálculo de la pensión) con respecto al sistema de cálculo previo, acortando

[21] Como indica RAMOS QUINTANA, "más que un factor de sostenibilidad sería más preciso denominarlo factor de devaluación, porque de eso se trata: las generaciones del boom de natalidad de los años 1955-1975 han adquirido muchos derechos, y mediante esta fórmula se les viene a decir que siendo cohortes muy numerosas y habiendo cotizado en una medida muy superior a otras generaciones, sin embargo, tendrán que aceptar un reparto decreciente en la cuantía de sus pensiones de jubilación" ("La nueva Ley Reguladora…", *op. cit.*, pág. 248).

[22] SUÁREZ CORUJO, B.: "El factor de sostenibilidad: ¿el caballo de Troya del sistema público de pensiones?", *Temas Laborales*, núm. 121, 2013, pág. 28.

también el periodo global de cobro al retrasar la edad de jubilación[23]. Teniendo en cuenta los resultados de las proyecciones realizadas, parece claro que la aplicación de estos factores puede atender el objetivo de sostenibilidad pero puede generar uno de adecuación mediante la generación de bolsas de pobreza en los pensionistas[24]. Sobre esta cuestión, conviene resaltar que ya antes de la reforma de las pensiones de 2011 el riesgo de pobreza entre los mayores de 60 años había crecido, debiéndose dicho aumento no tanto a un endurecimiento en el acceso de los beneficiarios a las pensiones como a una actualización insuficiente frente al aumento de los ingresos de los trabajadores activos.

La propia Comisión Europea subraya este aspecto en su documento *Libro Blanco: Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles* señalando cómo ligeras oscilaciones en la cuantía de las pensiones más bajas pueden producir cambios muy visibles en las tasas de pobreza en la tercera edad, por lo que recomienda a los Estados que procuren que sus sistemas de pensiones favorezcan la prevención de este problema. Se observa por la Comisión que la mayoría de reformas recientes en las pensiones públicas se traducirá en el futuro en tasas de reemplazo más bajas (pensiones comparadas con la retribución anterior).

Por otro lado, tampoco se puede estar de acuerdo con la posibilidad de que el crecimiento económico pueda atemperar el efecto reductivo que provoca la aplicación del factor de sostenibilidad en la cuantía de las pensiones. Desde luego, dicha situación se puede dar eventualmente, pero entonces habría que preguntarse por qué no se opta por incidir en aquella variable, esto es, en la producción, el empleo y la productividad. La respuesta a este interrogante debe vincularse con la idea que subyace en todo momento con la introducción del factor de sostenibilidad, y que no es otra que mostrar a los ciudadanos el hecho incontestable de lo que el sistema de pensiones puede pagar por sí mismo. Se impone con ello un concepto de equidad en términos de justicia actuarial, revirtiéndose la lógica del sistema de reparto y el pacto generacional, que nunca se ha basado en la esperanza media de vida, entre jóvenes y ancianos, sino entre trabajadores y pensionistas. Junto a ello, se debe recordar la funcionalidad del factor de sostenibilidad como una medida de recorte de las pensiones y de contención del gasto público en el marco de la política de austeridad europea.

Es precisamente esa supuesta mejora de la equidad intergeneracional del sistema de pensiones la que se sirve de justificación a la introducción en nuestro país de un factor de sostenibilidad ligado a la esperanza de vida. Así, se ha podido explicar que este tipo de equidad supone que dos individuos con las mismas características (esfuerzo contributivo y edad de jubilación) pero pertenecientes a generaciones distintas (un padre y su hijo, por ejemplo) deben percibir también las mismas pensiones a lo largo de su vida de pensionista[25]. Esta equidad no se cumple en ausencia de factor de sostenibilidad porque si el hijo vive más años obtendrá mayores pensiones en valor actual actuarial, al percibir una misma cuantía mensual pero durante más tiempo[26]. Precisamente, la aplicación del factor corrige esa

[23] RUESGA, S.: "Hacia dónde caminar en el futuro del sistema público de pensiones. Una reflexión al hilo del Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad de las pensiones (junio 2013)", *Relaciones Laborales*, núm. 7-8, 2013, pág. 121.

[24] MORAL ARCE, I.: "Aplicación de factores…", *op. cit.*, pág. 25.

[25] MENEU *et altri*: "El Factor de Sostenibilidad…", *op. cit.*, pág. 71.

[26] *Ibidem.*, p. 71.

situación reequilibrando la relación, a nivel individual, entre cotizaciones pagadas y pensiones percibidas.

Esta funcionalidad –equidad intergeneracional– atribuible al modo en que está diseñado el factor de sostenibilidad supone incorporar en un sistema de reparto un criterio propio de los sistemas de capitalización. Así, lo que se pretende con dicho mecanismo es tratar de manera desigual a personas que como consecuencia del aumento de la esperanza de vida van a percibir prestaciones del sistema de pensiones durante un número de años muy distinto, con distintas esperanzas de vida. Esta equidad intergeneracional supone que todas las personas reciben el mismo montante en pensiones, pero si se vive más años, como se tiene distribuido en más años, se recibirá un porcentaje menor cada año, pero en conjunto se recibe lo mismo. Mediante este equilibrio entre el esfuerzo de unas generaciones y otras, resulta alterado el sistema de reparto y el pacto generacional, que nunca se ha basado en la esperanza media de vida, entre jóvenes y ancianos, sino entre trabajadores y pensionistas. En efecto, en el método de reparto el funcionamiento obedece a un principio de solidaridad intergeneracional en el sentido de que son los activos los que contribuyen con sus pagos a financiar las pensiones de los pasivos, en el entendimiento de que cuando aquéllos alcancen la edad de jubilación los nuevos activos harán lo mismo. De ahí que se diga que el citado principio tenga carácter permanente al estar sustentado por un contrato social entre generaciones sucesivas. Por otro lado, el sistema de reparto por definición no tiene porqué implicar un mayor grado de redistribución, sin embargo en la práctica los sistemas públicos de pensiones actuales de reparto no se limitan únicamente a proporcionar una pensión que cumpla el equilibrio actuarial con las cotizaciones realizadas, sino que promueven una redistribución sistemática en favor de determinados colectivos mediante la aplicación de reglas de cálculo del importe de la pensión inicial y de su posterior evolución en el tiempo.

Como se ha podido señalar, el factor de sostenibilidad parte, por tanto, de un criterio que tiene que ver más con las cuentas personales, por tanto con un sistema de capitalización, que con el actual sistema de reparto, ya que en este método de financiación no tiene sentido hablar de un monto total de la pensión recibida durante todo el período de tiempo que transcurre desde que una persona se jubila y la fecha de su fallecimiento, puesto que lo que se fija es una pensión mensual calculada en función de las bases de cotización[27]. Por el contrario, bajo esta fórmula de sostenibilidad se introduce el concepto de equidad de carácter actuarial con el que se pretende, a grandes rasgos, que haya una equivalencia entre lo aportado al sistema de pensiones y lo recibido por el mismo. Con dicho concepto, deja de tener tanta importancia y tanto sentido el concepto de pensión inicial y habría que empezar a hablar del volumen o suma (actuarial) de pensiones que se va a recibir. Esto, obviamente, tiene sentido en un sistema de cotización definida, como es el de las cuentas nocionales, donde es más fácil conseguir esa equidad actuarial, pero no tanto en un sistema de prestación definida como el nuestro. Por ello, se ha podido postular por algunos la necesidad de

[27] ESTRADA, B.: "La insoportable levedad del Informe sobre el Factor de Sostenibilidad", *Revista de Derecho Social*, núm. 62, 2013, pág. 243.

proceder a la sustitución del sistema de prestación definida por uno de aportación definida con el objetivo de conseguir dicha equidad actuarial[28].

Lo anterior nos permite reflexionar sobre un elemento central del diseño y aplicación del factor de sostenibilidad. Y es que dicha equidad actuarial que se pretende aplicar en un sistema de reparto supone alterar elementos básicos de nuestro sistema de pensiones. Como se ha destacado, en un sistema de reparto de prestación definida como el español es un error presentar el equilibrio en términos actuariales, es decir, exigiendo que las cotizaciones sean suficientes para el pago de las prestaciones contributivas[29]. Tiene sentido, en todo caso, hablar del objetivo de equilibrio presupuestario, lo que implica hablar de gastos, pero también de ingresos[30]. En nuestro Estado social y democrático de derecho el acceso a la pensión de vejez se configura como un derecho que los poderes públicos tienen el deber de proteger. Teniendo en cuenta esta dimensión constitucional que no cabe desconocer, el debate hay que reformularlo y situarlo en otro ámbito, desde otra filosofía que no es precisamente la que se predica desde la Ley 23/2013. En concreto, se trataría de plantearse cuál es la pensión razonable a la que el Estado tendría que comprometerse. Y así, razonable debe definirse como el equilibrio entre lo sostenible y que los pensionistas reciban prestaciones similares a las que están ayudando a pagar[31]. Por otro lado, no es menos cierto que los trabajadores actuales deben soportar parte del coste adicional debido al envejecimiento. Desde esta perspectiva, sería la cuota de gasto asumida lo que condicionaría el nivel de ingresos, y no al revés. De ahí la importancia que cobra esto último: la necesidad de actuar siempre sobre la fuente de ingresos. Siempre que el gasto sea razonable el equilibrio debe ser obligado a lo largo del ciclo, lo que impulsa a los poderes públicos a recabar los recursos necesarios para ello.

Esta reflexión sobre las diferentes posibilidades políticas de mejorar la sostenibilidad, no sólo moderando el crecimiento del gasto, sino aumentando los ingresos, aparece en el Informe del Comité de Expertos sólo como algo complementario. En el citado Informe se sostiene que la aplicación automática y anual del factor de sostenibilidad puede y debe quedar desligada de las decisiones de carácter estructural sobre los recursos de los que dispone el sistema de pensiones públicas, dejando las decisiones sobre el tipo de cotización o sobre la aplicación de otros ingresos a la financiación del sistema contributivo a los representantes políticos. Por tanto, el recurso a otras vías de financiación apenas se plantea en el Informe, trasladando dicha responsabilidad a los actores políticos. Ello no impide que el propio documento de los expertos contemple determinadas orientaciones respecto de futuras decisiones que se puedan dar en el ámbito de los ingresos. Así, se aconseja que las

[28] DEVESA CARPIO, J. E. Y DOMÍNGUEZ FABIÁN, I.: "Sostenibilidad, suficiencia y equidad: más allá del factor de sostenibilidad", en VV.AA.: *Pensiones. Una reforma medular*, Madrid, FEF/Círculo de empresarios, 2013, pág. 136.

[29] Como ha indicado DESDENTADO, "lo que expresa el factor de sostenibilidad es más bien un criterio conmutativo que relaciona la cuantía inicial de la pensión con el tiempo que se considera va a ser percibida (…), esto puede responder a la lógica mercantil, pero es extraño a las técnicas de protección social, de acuerdo con las que una situación de necesidad debe protegerse de forma suficiente, mientras dura" ("Reflexiones…", *op. cit.*, pág. 229).

[30] RUESGA, S.: "Hacia dónde caminar…", *op. cit.*, pág. 121.

[31] ZUBIRI, I.: "Un análisis económico de la reforma de las pensiones: el camino que aún falta por recorrer", en VV.AA.: *El Sistema Público de Pensiones de Jubilación. Desafíos y respuestas*, Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2011, pág. 167.

mismas se adopten teniendo en cuenta la estructura impositiva más apropiada en términos de creación de empleo y crecimiento de la productividad, puesto que estas variables afectan también a los ingresos del sistema a través del número de cotizantes y de las bases de cotización.

Aunque se volverá más adelante sobre, lo que a juicio del Comité, se considera como necesario alejamiento de los políticos sobre los mecanismos de automaticidad, subyace en el tono y en el propio contenido del documento de los expertos un intento de desacreditar las instituciones políticas a la hora de reformar el sistema de pensiones. Como se ha subrayado, puede que sea de interés, por razones de flexibilidad del sistema o de otro orden, contar con mecanismos de ajuste automático, sometidos siempre a seguimiento y modificación, cuando se considere necesario, pero ello no es motivo para descalificar la necesaria presencia de las instituciones (y los políticos son la vertiente humana de las que tenemos) en la definición de las reglas del sistema y de su aplicación[32].

3. EL ÍNDICE DE REVALORIZACIÓN

La segunda de las medidas contempladas en la Ley 23/2013 es el denominado como Índice de Revalorización (y que el Informe del Comité de Expertos recogía como Factor de Revalorización Anual). Como se sabe, el art. 48 TRLGSS concreta la revalorización periódica de las pensiones, mandatada en el artículo 50 CE, mediante su actualización de acuerdo con el Índice de Precios al Consumo previsto. Pues bien, a juicio del legislador, tal vinculación ha venido siendo cuestionada como consecuencia de los problemas de índole demográfica y económica que el sistema presenta: se hace hincapié en la influencia que tiene en nuestro sistema de reparto la tasa de dependencia y en la necesidad de garantizar a medio y largo plazo el equilibrio económico financiero del sistema de la Seguridad Social.

Se citan como apoyos para la adopción de la citada medida tanto las orientaciones contenidas en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2011, en el que se preveía la posibilidad de utilizar otros índices de revalorización basados, entre otros, en el crecimiento de los salarios, la evolución de la economía o el cómputo de las cotizaciones a la Seguridad Social; como la propuesta realizada por el CES en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley sobre Actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (posterior Ley 27/2011) determinando, a su vez, que en la futura concreción del factor de sostenibilidad cabría contemplar, además, otras variables determinantes de la sostenibilidad del sistema de pensiones, como las relacionadas con la actividad económica, la evolución del empleo, o la participación laboral.

La introducción de estabilizadores automáticos de esta naturaleza en el marco de los sistemas de pensiones se ha justificado en base a la idea de ampliar el objetivo del factor de sostenibilidad para proteger al sistema del riesgo del ciclo económico y de otros riesgos demográficos más allá del aumento de la esperanza de vida. Se considera que la vinculación automática, con algunos límites, de la revalorización de las pensiones no mínimas al balance financiero del sistema contributivo resolvería en gran parte el problema de sostenibilidad de nuestro sistema de pensiones ya que introducir un índice de estas características siguiendo

[32] RUESGA, S.: "Hacia dónde caminar…", *op. cit.*, pág. 123.

esta filosofía supone vincular las pensiones a variables como el empleo o el crecimiento del PIB, que están en la base de los ingresos del sistema de reparto, dando mayor estabilidad financiera al sistema[33]. Se suelen poner como ejemplos los casos de Suecia y Alemania, que son los que aplican dichos mecanismos de equilibrio. Así, en el primer supuesto, si los pasivos superan a los activos se pone en marcha un mecanismo automático de estabilidad financiera que reajusta a la baja la indexación de las pensiones. Si en los años sucesivos se corrige dicha tendencia, se procede a la recuperación de la pérdida experimentada en períodos con déficit. En el caso de Alemania, uno de los factores que afecta a la revalorización de las pensiones es la relación entre cotizantes y pensionistas. Existe un sistema de puntos mediante el cual el valor de cada punto de pensión, que depende básicamente del crecimiento salarial, se ajusta por la evolución del ratio antes mencionado sin que pueda dar lugar a una revalorización negativa; en periodos bajos del ciclo económico las revalorizaciones son inferiores al crecimiento salarial y ello se compensa si el ratio cotizantes-pensionistas mejora en el futuro[34].

En la justificación de la incorporación de este estabilizador automático en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra una crítica evidente al modo en que a día de hoy se ha llevado a cabo la revalorización de las pensiones y, especialmente, a la incidencia que la misma tiene sobre el gasto en pensiones. Se considera que dicha revalorización depende en todo momento de un factor (el IPC) que no atiende a los desafíos estructurales del sistema de financiación, dado que no toma en cuenta de forma adecuada las variables del ciclo económico que pueda estar afectando al equilibrio de las pensiones públicas, haciendo depender dicha decisión de un criterio político. Sobre esto último, se vuelve a insistir, como en el caso del factor de sostenibilidad, de la absoluta e imperiosa necesidad de que dicho factor quede desvinculado de la acción política. Incluso se llega a presentar el mismo como "el súmmum de la generosidad para con los pensionistas"[35]. Se sostiene, además, que la forma de llevar a cabo las revalorizaciones hasta ahora ha tenido una notable contribución al aumento de las pensiones entre el año 2000 y el 2012. Concretamente, la revalorización elevó el gasto en pensiones en un 45 por 100 en este periodo, una subida ligeramente inferior a la que hubiera ocurrido de actualizarse todos los años con la inflación.

Desde luego, en línea con lo afirmado con anterioridad, la revalorización o indexación de las cuantías de las pensiones forma parte de las medidas que se pueden adoptar del lado de los gastos favoreciendo su contención dependiendo de cómo se configure en cada momento. Y así, sobre este particular no han faltado propuestas para diseñar dicho índice alternativamente a como se estaba haciendo, pero de manera general la mayoría de ellas tomaban como referencia el IPC. Por ejemplo, se ha podido llegar a considerar la posibilidad de efectuar una revisión automática de las pensiones en el caso de que el IPC observado fuese inferior al programado, así como tomar un índice de precios de referencia, construido a partir de una cesta representativa, que se ajuste mejor al poder adquisitivo de los pensionistas. Algunos autores estimaron que una revalorización de las pensiones según la

[33] MENEU *et altri*: "El Factor de Sostenibilidad…", *op. cit.*, pág. 92.

[34] DEVESA CARPIO, J. E. *et altri*: "El factor de sostenibilidad en el sistema de pensiones español: regulaciones alternativas y efectos sobre los jubilados", *Actuarios*, núm. 31, 2012, pág. 56.

[35] DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro*, Granada, Comares, 2006, pág. 187.

variación del IPC -0,5% retrasaría en tres ejercicios la aparición del déficit en la Seguridad Social y contribuiría a reducir el gasto en pensiones contributivas en 4,2 puntos de PIB en 2060 respecto a un escenario base sin reformas paramétricas[36].

Sobre el IPC, por tanto, ha pivotado la actualización de las pensiones hasta la actualidad. Fue la Ley 26/1985 la que incorporó el criterio de vinculación de la revalorización de las pensiones al IPC y posteriormente la Ley 24/1997 la que introdujo la previsión de corrección, en su caso, de la desviación de la revalorización inicial. Esta última norma fue la plasmación de lo que se recogía en la Recomendación número 11 del Pacto de Toledo de 1995, donde se afirmaba que debía garantizarse el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones mediante la revalorización automática de las mismas, en función de la evolución del índice de precios al consumo y a través de fórmulas estables de contenido similar a la aplicada el presente año. Con anterioridad a la aprobación de la Ley 24/1997, el Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social de 1996 contemplaba la revalorización de las pensiones de Seguridad Social en su modalidad contributiva en función del índice de precios al consumo para cada año, así como compensación o absorción para los casos de variación entre el índice previsto y el real. La solución legal adoptada con anterioridad a la nueva propuesta recogida en la Ley 23/2013 se consideraba que cumplía con el mandato del artículo 50 CE de garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Y también con lo previsto en el artículo 41 del mismo texto, que establece para los poderes públicos la obligación de garantizar a todos los ciudadanos, asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad.

La fórmula diseñada bajo el marco legal anterior a esta reforma ha desempeñado un papel importantísimo en la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas. Es ésta la finalidad que busca atender el art. 48 TRLGSS que lo contempla: tratar de que los pensionistas afronten mejor los aumentos del coste de la vida. No en vano se considera que con dicho instrumento se lucha contra el riesgo de pobreza de la población pensionista. Este aspecto es el que explica, como antes se ha afirmado, que en nuestro país las revalorizaciones representen una parte sustancial del importe de la nómina de las pensiones. Con ello se pretende que un colectivo débil, con una media de ingresos bajos, sin posibilidad de generar recursos de otro tipo, pueda hacer frente a la variación del índice del coste de la vida.

Pese a la importancia que representa el mecanismo de la revalorización entre los pensionistas, ello no ha impedido que en los últimos años se proceda a actuar sobre el mismo con la finalidad de atenuar sus efectos, como una medida más dentro de la política de austeridad adoptada por nuestro país. Así, en el año 2010 se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, suspendiendo, de forma excepcional para el año 2011, la revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social, excepto para las pensiones mínimas, las pensiones del extinguido SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas. Al año siguiente, el RDLey 20/2011, de 30 de diciembre, estableció, en su artículo 5 que las pensiones que abona el sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva, así como de Clases Pasivas del Estado, se incrementarían en un 1 por 100 para

[36] BALMASEDA, M., MELGUIZO, A. y TAGUAS, D.: Las reformas necesarias en el sistema de pensiones contributivas en España. *Moneda y Crédito*, núm. 222, 2006, págs. 313-340.

el año 2012. En la misma línea, el RDLey 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social dejó sin efecto para 2012 la actualización con el IPC de las pensiones, en los términos previstos legalmente, con la excepción de las pensiones mínimas, las del SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas.

En este contexto de retoques y ajustes en el ámbito de la revalorización de las pensiones es cómo surge el nuevo índice que se plasma en la Ley 23/2013. Desde luego, las medidas adoptadas en los últimos años en el marco de la actualización de las pensiones han allanado el camino para que se termine por imponer un nuevo criterio de revalorización que se aleja de las previsiones contenidas en el Pacto de Toledo y sus sucesivas revisiones. Como se ha apuntado, las reformas acometidas en dicha materia suscitaban no pocas dudas respecto a la que pudiera pasar en el futuro con el sistema de revalorización aplicado en nuestro país desde 1985[37]. A esto hay que añadir igualmente la influencia que ejerce tanto el mandato del art. 135 CE que pretende situar la estabilidad presupuestaria por delante de cualquier otro deber o compromiso de los poderes públicos como el art. 11.5 Ley 2/2012 en el que se establece que las Administraciones Públicas de Seguridad Social mantendrán una situación de equilibrio o superávit presupuestario[38].

Con el nuevo factor de revalorización anual se introduce una figura que, en verdad, no estaba prevista en la Ley 27/2011 ni tampoco en el Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones del 2011. El Gobierno, por tanto, ha ido más allá de lo pretendido por el legislador añadiendo un segundo factor de naturaleza muy distinta al contemplado en la reforma de pensiones y, al mismo tiempo, no ha querido contar con el beneplácito de los actores sociales y políticos, más allá de su tramitación parlamentaria, apartándose de la línea seguida hasta ahora en la que la norma legal como su acuerdo previo han tenido el respaldo de los interlocutores sociales. Sobre este particular, el CES en su dictamen al Anteproyecto de Ley ha sido muy crítico con el procedimiento seguido por el Gobierno, lamentando que una medida de consecuencias tan relevantes para las actuales y futuras generaciones de pensionistas se haya apartado de los cauces específicos por los que han discurrido las principales reformas en el ámbito de la Seguridad Social desde mediados de los noventa, la Comisión del Pacto de Toledo y el diálogo social, que tanto han coadyuvado a brindar estabilidad y seguridad en el futuro a los pensionistas, contribuyendo a que el sistema público de pensiones y –por ende– la Seguridad Social figure entre las instituciones más valoradas por los ciudadanos.

Precisamente, el artículo 7 de la Ley 23/2013 define en la actualidad el nuevo Índice, modificando el art. 48 TRLGSS, de modo que las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, serán incrementadas al comienzo de cada año en función del Índice de Revalorización previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. En línea con el Informe del Comité de Expertos de junio, el gobierno plantea una medida, aplicable a todas las pensiones, y cuyo cálculo está

[37] ERRANDONEA ULAZIA, E.: "Una crítica a la cuantía de las pensiones tras el RDLey 28/2012", *Aranzadi Social*, BIB 2013\705, pág. 14 y TOSCANI, D.: "La revalorización de las pensiones en la Ley 23/2013 y su constitucionalidad", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2014.

[38] SUÁREZ CORUJO, B., "El factor de…", *op. cit.*, pág. 31.

en función del crecimiento de los ingresos, de número de pensiones, del efecto sustitución (derivado de que los pensionistas que entran anualmente en el sistema lo hacen con pensiones distintas de los que salen) y de la diferencia entre ingresos y gastos a lo largo del ciclo económico.

La fórmula, conforme al apartado 2º del art. 48 TRLGSS, tiene dos componentes, uno primero que establece una variación de la cuantía de la pensión en función de la evolución de los "ingresos-gastos" como si el sistema estuviera en equilibrio, y un segundo componente que trata de equilibrar el sistema aumentando la cuantía de las pensiones si los ingresos ponderados pasados y futuros superan a los gastos, y reduciendo su importe si los gastos ponderados superan a los ingresos. El propio precepto se encarga de precisar que "en ningún caso el resultado obtenido podrá dar lugar a un incremento anual de las pensiones inferior al 0,25 por ciento ni superior a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumo en el periodo anual anterior a diciembre del año t, más 0,50 por ciento". A diferencia del Factor de sostenibilidad, cuya aplicación se deja para más adelante, el Índice de Revalorización sustituirá al IPC a partir del 1 de enero de 2014.

Conforme al apartado 3º del art. 48 TRLGSS, para el cálculo de la expresión matemática se considerará el total de ingresos y gastos agregados del sistema por operaciones no financieras (Capítulos 1 a 7 en gastos y 1 a 7 en ingresos del Presupuesto de la Seguridad Social) sin tener en cuenta los correspondientes al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y al Instituto de Mayores y Servicios Sociales. A los efectos de su utilización en el cálculo del Índice de Revalorización, y respecto de las cuentas liquidadas, la Intervención General de la Seguridad Social deducirá de los capítulos anteriores aquellas partidas que no tengan carácter periódico. No obstante, no se incluirán como ingresos y gastos del sistema los siguientes conceptos: primero, de los ingresos, las cotizaciones sociales por cese de actividad de trabajadores autónomos y las transferencias del Estado para la financiación de las prestaciones no contributivas, excepto la financiación de los complementos a mínimos de pensión; segundo, de los gastos, las prestaciones por cese de actividad de trabajadores autónomos y las prestaciones no contributivas, salvo los complementos a mínimos de pensión.

Del conjunto de elementos determinantes de la fórmula del Índice de Revalorización, hay que poner de manifiesto, en línea con lo sostenido por el propio CES, que la mayor parte se basan en estimaciones y previsiones de múltiples variables en el largo plazo, que además de estar sujetas a un alto grado de incertidumbre, muestran un margen de error. Por tanto, en este mecanismo de equilibrio van a ser fundamentales las previsiones que se hagan por los organismos competentes, en concreto, en lo que se refiere a los ingresos y gastos de los años t+1 a t+6 se encargará el Ministerio de Economía y Competitividad que facilitará a la Administración de la Seguridad Social las previsiones de las variables macroeconómicas necesarias para la estimación de los mismos (apartado 4º del art. 48 TRLGSS).

La aplicación de dicho factor se hace depender de unas previsiones donde puede haber cierta controversia y discrecionalidad en su estimación, lo que remite al modo en que serán objeto de corrección a aquellas que sean erróneas. Cabe preguntarse, entonces, que consecuencias tendrán dichas previsiones erróneas, más allá de que puedan corregirse en el año siguiente. Sobre esto último, la disp. adic. 4.ª de la Ley 23/2013 prevé la actuación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, la cual emitirá opinión conforme a lo

dispuesto en el artículo 23 de la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, respecto de los valores calculados para la determinación del índice de revalorización de las pensiones aplicable en cada ejercicio.

Respecto de la fórmula del factor de revalorización anual se ha podido decir que adolece de cierta circularidad en su formulación, dado que para el cálculo de la revalorización de la pensión media hay que estimar precisamente la evolución de esa misma pensión media en una serie de años (según el coeficiente "n" que se elija), precisamente en el cociente del ratio Ingresos/Gastos (pensiones*pensión media), de que ahí en las previsiones que hagan los organismos oficiales, que se utilizaran para el cálculo de la revalorización, tendrán que considerar alguna previsión (explícita o tácita) sobre la evolución de las pensiones medias en el año de la revalorización y siguientes[39]. Por tanto, los ingresos y gastos estarán condicionados por esa previsión apriorística que se haga de la pensión media[40]. El propio CES echaba en falta, en su dictamen al Anteproyecto, una mayor transparencia en la determinación de la fórmula, para lo cual consideraba necesario que se clarificaran cuáles iban a ser los determinantes concretos de la misma, a fin de no generar confusión y alarma entre los beneficiarios del sistema de la Seguridad Social.

Por lo demás, la fórmula se aplica a todas las pensiones del sistema indiferentemente de su cuantía, sin establecerse ninguna diferenciación entre las pensiones más altas y las mínimas. Conforme a lo expresado en el nuevo art. 48 TRLGSS, se propone una utilización lineal del índice de revalorización para el conjunto de pensiones contributivas del sistema. Ello puede tener consecuencias indeseadas en el marco de la equidad del sistema de pensiones, como ha señalado el CES en el ya mencionado Dictamen al Anteproyecto, ya que en torno al 50 por 100 de las pensiones contributivas se sitúan por debajo de los 650 euros mensuales, y el 27,7 por 100 de las pensiones tienen complementos por mínimo, al no alcanzar la cuantía mínima del sistema. Además, tal y como se señala dicho organismo en las observaciones generales, las pensiones desempeñan una importante función como estabilizador automático de la economía en periodos de crisis, como se está haciendo patente en la actualidad. No en vano, de acuerdo con los datos que ofrece la Encuesta de Población Activa del INE, actualmente hay 4,6 millones de hogares en España en los que la fuente principal de ingresos procede de las pensiones. En este sentido, la población pensionista está teniendo un papel decisivo en la economía española y en el mantenimiento de la cohesión social, contribuyendo a paliar las dificultades económicas de las familias. Para evitar precisamente el riesgo de pobreza en el que pueden incurrir los mayores pensionistas, se ha sugerido con razón mantener la revalorización de las pensiones mínimas de acuerdo con el IPC ya que, de lo contrario, en una pensión cuyo tiempo medio de abono es de 15 a 20 años, la pérdida de poder adquisitivo real será significativo para todos los pensionistas, pero muy especialmente para las pensiones mínimas donde en la mayoría de los casos, para sus titulares son su única fuente de ingreso o el más importante y sin ella caerían bajo el umbral de la pobreza[41].

[39] RUESGA, S.: "Hacia dónde caminar…", *op. cit.*, pág. 123.

[40] ESTRADA, B.: "La insoportable levedad…", *op. cit.*, pág. 250.

[41] TOSCANI, D.: "La revalorización…", *op. cit.*, pág. 7.

Por lo demás, resulta obligado referirse al hecho de que la reforma del art. 48 TRLGSS conforme a la nueva redacción dada por la Ley 23/2013 no ha afectado a lo dispuesto en los arts. 49 y 52 TRLGSS en materia de revalorización. Inicialmente, se planteó la duda respecto a si, pese a que el ámbito de aplicación de la medida según el artículo 48.1, se restringe a la modalidad contributiva de las pensiones, incluida la mínima, les sería de aplicación indirecta a las no contributivas en virtud del artículo 52. Pues bien, dado que la Ley 23/2013 no dice nada al respecto, la interpretación que cabe hacer es la de considerar que tanto el art. 52 como el 49 TRLGSS siguen vigentes[42]. De modo que el art. 49 LGSS resultará aplicable, por lo que el importe de la revalorización anual de las pensiones del sistema "no podrá determinar para estás, una vez revalorizadas, un valor integro anual superior a la cuantía establecida en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, sumado, en su caso, al importe anual íntegro ya revalorizado de las otras pensiones públicas percibidas por su titular". Continúa al mismo tiempo en vigor el art. 52 LGSS en la redacción existente, al no sufrir variaciones con la entrada en vigor de la reforma. De esta forma el precepto referido a la revalorización de las pensiones no contributivas del sistema establece que éstas serán actualizadas en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, "al menos, en el mismo porcentaje que dicha ley establezca como incremento general de la pensiones contributivas de la Seguridad Social". Por el contrario, la Ley 23/2013 sí menciona expresamente la incidencia que el nuevo índice de revalorización va a tener en el marco del Régimen de Clases Pasivas. Se procede a dar una nueva redacción al art. 27.1 TRLCP donde se señala lo siguiente: "las pensiones de clases pasivas, incluido el importe de pensión mínima, y los haberes reguladores aplicables para la determinación de la cuantía de las mismas serán incrementados al comienzo de cada año, en función del índice de revalorización previsto para las pensiones en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado".

Esta referencia a la Ley de Presupuestos nos permite comprobar seguidamente cómo se ha concretado el índice de revalorización en la norma presupuestaria. Y así, La Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 regula a través de su Título IV, bajo la rúbrica de las pensiones públicas, arts. 37 y siguientes, la revalorización de las pensiones del sistema, estableciendo una revalorización del 0,25 por 100. Tal porcentaje se aplica no solo a las pensiones abonadas por el sistema público de Seguridad Social, sino además a las pensiones de clases pasivas. El art. 37 de la Ley establece respecto a la revalorización de las pensiones: "las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como de clases pasivas, experimentarán en 2014 con carácter general un incremento del 0,25%, en los términos que se indican en los artículos correspondientes de esta Ley".

Por otro lado, el RD 1045/2013, de 27 de diciembre, se ocupa de desarrollar las previsiones legales anteriores en materia revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, incluyendo el límite máximo y las cuantías mínimas, y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio de 2014. El art. 3 de la norma, como importe general de la revalorización, fija el 0,25 por 100, aplicable a las cuantías mínimas de las

[42] CEA AYALA, A.: "El nuevo modelo de revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social", *Diario La Ley*, núm. 8253, 2014, pág. 11. En la misma línea, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "El nuevo régimen de revalorización de las pensiones", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2014, pág. 174.

pensiones contributivas, a las pensiones no contributivas además de a las pensiones no concurrentes del SOVI. Además, el RD 1043/2013, de 27 de diciembre se encarga de hacer lo mismo en el ámbito de las pensiones de clases pasivas para el año 2014, contemplando la revalorización de este tipo de pensiones para el año 2014, con una revalorización general del 0,25 por 100. Este índice opera también con respecto a la asignación económica de protección familiar por hijo o menor acogido a cargo mayor de 18 años, afectado de un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100.

La aprobación del nuevo índice de revalorización, que supone una desvinculación definitiva de las pensiones respecto del IPC, merece nuestro más que profundo rechazo ya que el mismo supone, en línea con lo sostenido por el CES, una pérdida de poder adquisitivo de las pensiones. Tal y como está configurado este mecanismo parece pensado no tanto para garantizar que los jubilados puedan atender de forma adecuada los aumentos del coste de la vida sino más bien como una técnica para cumplir con los requerimientos de corte presupuestario del sistema de pensiones. El propio Gobierno, en la Memoria de Impacto Normativo que acompañaba al Anteproyecto de Ley, hacía sus cálculos respecto a cómo la aplicación del Factor de Sostenibilidad junto con la indexación de las pensiones considerando los límites propuestos iba a producir en los próximos años una reducción de los desequilibrios del sistema de Seguridad Social. La reducción anual estimada alcanza, según cálculos del Gobierno, los -809,60 millones de euros en 2014, estabilizándose en torno a los 5.000 millones de euros anuales en el periodo 2019-2022.

Siendo este aspecto importante, no cabe ninguna duda de que el derecho de revalorización de las pensiones sufrirá una merma considerable al funcionalizarlo y someterlo a la disponibilidad presupuestaria[43]. Ello nos lleva a pensar que de nuevo aquí como en el caso del factor de sostenibilidad está presente también una estrategia de contención del gasto público vía reducción de la cuantía de las pensiones en términos reales. Hay que tener en cuenta que, en línea con lo señalado por el CES en su dictamen al Anteproyecto, la introducción de este índice podría significar que, aunque las circunstancias económicas evolucionen favorablemente y se vayan obteniendo superávit en los próximos años, difícilmente las revalorizaciones de pensiones superarían el tope mínimo, es decir, el 0,25 por 100, ya que, posiblemente, se neutralicen éstos con los déficit obtenidos anteriormente. Esto daría lugar a una disminución significativa de la pensión en términos reales, por lo que, a juicio del CES, sería conveniente establecer algún elemento adicional de corrección que permita modular el índice y, en caso de obtención de superávit, proporcione una actualización que preserve el poder adquisitivo.

Sobre este punto el Informe del Comité de Expertos ya advertía que la pensión media real crecerá cuando el crecimiento real de los ingresos del sistema supere la tasa de crecimiento del número de pensiones. Y en este punto es donde probablemente la revalorización se vea muy condicionada ya que los ingresos puede que en los próximos años evolucionen negativamente si tenemos en cuenta los datos de PIB actuales. El efecto sustitución y el número de pensiones a pagar en el futuro hacen que el crecimiento de los ingresos deba ser muy importante para evitar una pérdida de poder adquisitivo de los

[43] SUÁREZ CORUJO, B.: "El factor de…", *op. cit.*, pág. 31.

pensionistas[44]. En alguna estimación que se ha realizado para los próximos 15 años, dicha pérdida estaría cercana al 11 por 100 en el escenario de inflación del 2 por 100, más del 14 por 100 si fuera con el 2,5 por 100[45].

4. BALANCE GENERAL: ¿PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD Y CAMBIO DE MODELO?

Hasta ahora se han analizado los dos mecanismos de reforma del sistema de pensiones que contempla la Ley 23/2013: el denominado como factor de sostenibilidad y el índice de revalorización. Sobre éstos ya hemos tenido ocasión de realizar distintas valoraciones de conjunto sobre la inoportunidad e ineficacia de los mismos para solventar por sí solos los desafíos de la Seguridad Social[46]. En esta ocasión, destacaremos dos aspectos cruciales de la regulación de los mismos: de un lado, la posible fricción de dichas medidas con el sistema de garantías constitucionales; y, de otro, la significación que aquéllos tienen en el más que previsible cambio de modelo de pensiones en nuestro país.

Sobre la primera cuestión, conviene recalcar, en primer lugar, que la incorporación en nuestro país del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización compromete el principio de suficiencia y de pensiones adecuadas enunciado en los arts. 41 y 50 CE. Aunque todo sistema de protección ha de ser sostenible en términos financieros y de credibilidad social, de modo que los ciudadanos tengan la certeza de que dicho sistema será capaz de proporcionarles protección ante los estados de necesidad que puedan presentárseles, a nuestro juicio dichas medidas rebajan el ideal de cobertura del sistema y lo que es más grave entrañan un grave riesgo de empobrecimiento de los pensionistas, abocando a éstos a completar sus ingresos en el mercado privado de previsión. De los efectos financieros que puede llegar a tener (y que tendrá) la aplicación de los factores de sostenibilidad diseñados no cabe esperar otra cosa.

Tanto en el supuesto del factor de sostenibilidad como en el caso del índice de revalorización existen cuanto menos importantes dudas respecto a su correcto acoplamiento en el sistema de garantías constitucionales. Tanto uno como otro pueden llegar a provocar una merma considerable en los derechos prestacionales. La aplicación del primer factor da lugar a una pensión inicial que irá disminuyendo respecto a su base reguladora, como consecuencia de que la pensión se disfrutará durante más tiempo al aumentar la esperanza de vida. En el caso de pensiones bajas ello comportará situar a los jubilados en una situación de riesgo de pobreza.

Por su parte, en el caso del nuevo Índice de revalorización también las modificaciones de la fórmula de actualización se traducirán en una importante pérdida de poder adquisitivo de los pensionistas. El resultado, en términos de conjunto, será una pérdida harto significativa de poder de compra de aquéllos. Así lo ha entendido el CES en su propuesta de

[44] *Ibidem.*, pág. 32.

[45] CCOO, Informe/2013: *Valoración del Anteproyecto…, op. cit.,* pág. 7.

[46] *Vid.*, MONEREO PÉREZ, J. L. Y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: "Factor de sostenibilidad e índice de revalorización: el estado de la cuestión", *Aranzadi Social*, núm. 8, 2013 y MONEREO PÉREZ, J. L. Y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: "El factor de sostenibilidad en España: ¿un nuevo paso en el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas", *Revista de Derecho Social*, núm. 62, 2013.

Dictamen al Anteproyecto: "se produce una pérdida de poder adquisitivo de las pensiones en contextos de crisis como el actual, que además no llegaría a recuperarse". En efecto, cabe pensar que mientras se mantenga el desempleo masivo, las revalorizaciones van a ser de forma sistemática inferiores al IPC y frecuentemente no va a haber revalorización alguna. Para los próximos años la congelación de las pensiones se puede dar por segura[47]. Así, entre los cálculos que se manejan, se ha podido indicar, que en la previsión más probable, en un periodo de 15 años, con tan solo 2 años en el límite inferior, no sería suficiente que los 13 años restantes se situaran en el límite superior de la revalorización para recuperar el poder adquisitivo. En una situación intermedia, la mitad de los años buenos, la pérdida sería cercana al 11 por 100, en el escenario de inflación del 2 por 100, más del 14 por 100 si fuera con el 2,5 por 100[48].

En este sentido, aparte de ser discutible la ruptura de nuestro modelo clásico de revalorización de las pensiones que ha venido funcionando en términos globalmente satisfactorios, cabe hacer dos observaciones críticas: primera, que genera la injusticia social al mermar o disminuir el poder adquisitivo de los pensiones, en un contexto donde nuestro país presenta uno de los índices más bajos de cuantía de las pensiones; y, segunda, que cabría objetar que de tomarse en cuenta diversos factores para efectuar la revalorización de las pensiones, debería conservarse, al menos, como elemento o factor principal el índice de precios de consumo, ponderándolo con otros criterios si esta es la discutible opción elegida. De no ser así, el efecto acumulativo en términos de conjunto de los parámetros tenidos en cuenta conduce directamente a una pérdida progresiva del poder adquisitivo de los pensionistas, porque los índices de inflación siempre serán, por descontado, más elevados. Por ello este modelo de revalorización es criticable: sustituye, sin suficiente fundamento técnico y de política social, la revalorización basada en el aumento anual de los precios medida a través del IPC, por una revalorización automática dependiente de los ingresos y gastos del sistema (En esto La Ley 23/2013 sigue también las recomendaciones del Informe del Comité de Expertos).

Conviene recordar, además, que la revalorización debe entenderse como un elemento más de la fijación de la pensión, incorporándose a la misma, de ahí su incorporación en el brazo contributivo y su financiación interna por los Presupuestos de la Seguridad Social. Dicho mecanismo, por tanto, es esencial (indisponible) en la configuración del derecho constitucional a la pensión, no existiendo una diferenciación entre la pensión de jubilación y su posterior actualización, ya que la actualización no es sino un nuevo cálculo del importe inicial en línea con lo exigido por el art. 65.10 del Convenio 102 de la OIT que establece "(l)os montos de los pagos periódicos en curso atribuidos para la vejez (…), para la invalidez y para la muerte del sostén de familia serán revisados cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida"[49].

---

[47] DE LA FUENTE LAVÍN, M.: "La contrarreforma que viene. Nuevos recortes en las pensiones públicas", *http://vientosur.info/spip.php?article8048*. p. 4.

[48] CCOO, Informe/2013: *Valoración del Anteproyecto…, op. cit.,* p. 7.

[49] LÓPEZ GANDÍA, J.: "La dimensión constitucional de la reforma de las pensiones", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2014, pág. 42.

De lo dicho hasta aquí se puede inferir cómo los estabilizadores automáticos analizados se compaginan mal con las nociones de adecuación y suficiencia contenidos en los arts. 41 y 50 CE. En el caso del índice de revalorización resulta más claro si se quiere dado que el riesgo de acumular en pocos años una importante pérdida de poder adquisitivo implica un cambio radical de las reglas de juego que resulta desproporcionado[50]. Los afectados son pensionistas que, como ya se ha dicho, en bastantes casos disfrutan de pensiones bajas, los cuales no van a poder adaptarse a las nuevas circunstancias. Se trata de una medida regresiva que incidirá en la política de redistribución de rentas y cohesión social[51]. La aplicación del índice de revalorización de forma lineal para el conjunto de pensiones contributivas del sistema, sin diferenciar por clases ni cuantías, desvirtúa el contenido de la garantía constitucional de suficiencia. La jurisprudencia del TC hace especial hincapié en señalar que se pueden limitar las pensiones más elevadas en aras de garantizar la suficiencia de las mínimas. De este modo, para ser respetuosos con el criterio del Alto Tribunal, en línea por lo sugerido por algún autor, hubiera sido necesario mantener la revalorización de las pensiones mínimas de acuerdo con el IPC[52]. En este sentido, el propio CES aconsejaba al Gobierno que reconsiderara la oportunidad de sustituir la regulación actual del artículo 48 del TRLGSS, que garantiza el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, a favor del índice de revalorización, que podría conllevar una pérdida de poder adquisitivo de las pensiones. Por tanto, tal y como está configurada la nueva fórmula de actualización de las pensiones, en combinación con el factor de sostenibilidad en materia de jubilación, la idea de suficiencia y adecuación queda absolutamente diluida si se tiene en cuenta la incidencia de aquélla en el poder adquisitivo de los pensionistas.

Junto a los problemas de constitucionalidad que dichos mecanismos correctores plantean, conviene destacar otro elemento crucial de la reforma operada. Y así, a nuestro juicio, si con la aplicación de los mismos no se van a resolver los problemas (aparentes) de insostenibilidad del sistema de pensiones y la consecuencia final será una disminución de la ratio de la pensión media sobre el salario medio hay que pensar que lo pretendido inicialmente es sentar las bases para propiciar un cambio sistémico en línea con lo propugnado por diferentes sectores. La incorporación de los mecanismos de estabilización automáticos en nuestro ordenamiento jurídico constituye un primer paso hacia el cambio de modelo de pensiones. Descartada la opción de la sustitución del método de reparto por el de capitalización, la opción que se baraja en los últimos años es proceder a introducir fórmulas de capitalización en el brazo contributivo de nuestro sistema de Seguridad Social. A partir de ahora los mecanismos legales de ajuste automático aprobados reducirán la tasa de sustitución hasta niveles donde resulte necesario acudir a los instrumentos de ahorro privado para complementar las pensiones públicas exiguas. Con ello se dinamizará un mercado de previsión (el de los planes y fondos de pensiones) con escasa presencia en nuestro país, haciendo que dichos instrumentos sean más visibles y necesarios. Una vez conseguido esto, el siguiente paso será incorporarlos al sistema de forma obligatoria.

[50] SUÁREZ CORUJO, B.: "El factor de…", *op. cit.*, pág. 33.

[51] TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: "La regulación del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social a la luz de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014, pág. 83.

[52] TOSCANI, D.: "La revalorización…", *op. cit.*, pág. 7.

No resulta extraño este previsible proceso reformador si se tiene en cuenta lo defendido por algunos de los autores del Informe del Comité de Expertos y desde otros sectores. El último de los documentos, aunque no el único, que propugna abiertamente una reforma estructural es el patrocinado por la Fundación de Estudios Financieros y el Círculo de Empresarios. En el mismo se propone afrontar el futuro de las pensiones a través de la transformación de nuestro sistema de pensiones en un sistema mixto en el que el aseguramiento público y privado se combinen para facilitar la acumulación de recursos durante la vida activa y su conversión en rentas para hacer frente a las necesidades de la jubilación y afines. Se pone, además, como ejemplo a seguir el sistema Sueco de cuentas nocionales, en línea con otros documentos anteriores donde se aconsejaba una transición similar hacia dicho modelo.

Sobre esto último, se han puesto de manifiesto los inconvenientes que dicha transición presenta. Y de cómo la combinación público/privado en el sistema de pensiones contributivo comporta una serie de riesgos adicionales. Pero es más, el modelo que se pretende importar, como es el Sueco, presenta igualmente debilidades que sus fervientes defensores parecen soslayar. Así, dicho sistema sufrió las acometidas de la crisis económica y financiera que afectó severamente al valor a 31 de diciembre de 2008 del *buffer fund*. El incidente financiero deprimió el valor de los activos y condujo al desequilibrio del sistema. Como relata Martínez Noval, no deja de ser irónico que hayan sido los mercados financieros y no las variables que determinan el crecimiento de la vertiente del reparto (los salarios y la ocupación), los que hayan conducido al desequilibrio. Justamente lo contrario que tantos y tantos, aquí y allá, vienen sosteniendo desde hace años[53].

Las ventajas teóricas, por tanto, de un sistema de capitalización obligatorio no parecen ser tales. Su introducción, además, en nuestro sistema de pensiones no haría a éste más fuerte para afrontar el reto demográfico. Las pensiones capitalizadas se enfrentan del mismo modo que los regímenes de reparto al problema del envejecimiento de la población. Al ser ambos sistemas o mecanismos para transferir renta desde la población laboral activa hacia la población pasiva, los dos métodos se verán afectados por un debilitamiento de la tasa de crecimiento económico lo que supondrá una menor cantidad de renta a distribuir y menores pensiones bajo cualquier sistema. Los efectos, por tanto, son los mismos, lo que ocurre es que la diferencia entre uno y otro deriva del modo en que se manifiesta esa transferencia de renta, que en el caso del sistema de reparto es más visible, al efectuarse mediante el pago de cotizaciones sociales obligatorias, y más sutil en el sistema de capitalización, al producirse con la disposición de los derechos acumulados por los pensionistas. La explicación la ofrece con especial contundencia BARR, "si a una vasta generación sigue otra más pequeña, habrá una gran acumulación de fondos de pensión pertenecientes a la generación más vieja en momentos en que la fuerza de trabajo declina. La generación más vieja va extrayendo su ahorro acumulado para financiar el nivel de consumo que desea su durante su jubilación. Este gasto deseado excederá de las cotizaciones de pensión deseadas de la generación más joven y más pequeña. Si la producción no sube, el desequilibrio resultante se manifiesta en cualquiera de las dos maneras siguientes: a) supongamos que los pensionados buscan un poder sobre la producción futura, acumulando

[53] MARTÍNEZ NOVAL, L.: "El entorno la secularmente inacabada reforma de la Seguridad Social", *Economía Española y Protección Social*, núm. 5, 2013, pág. 23.

activos monetarios tales como cuentas de banco o bonos del gobierno. En ese caso, el consumo deseado de los pensionados excede del ahorro deseado de los trabajadores. El exceso de demanda en el mercado de bienes causa una inflación de los precios y reduce el poder adquisitivo de las rentas vitalicias del período 2; b) supongamos, en cambio, que los pensionados acumulan activos no monetarios, como por ejemplo acciones. En ese caso, las ventas deseadas de activos por los pensionados exceden de las compras deseadas de activos por los trabajadores. El exceso de oferta en el mercado de activos baja los precios de éstos, reduciendo las acumulaciones de pensión y por consiguiente el valor de la renta vitalicia resultante. En cualquiera de las dos situaciones los jubilados no obtienen la pensión real que aguardan. Las pensiones capitalizadas enfrentan problemas análogos a los de regímenes PAYG, y por exactamente la misma razón: una falta de producción. La única diferencia es que en la capitalización el proceso es menos directo y por lo tanto menos transparente"[54]. En definitiva, el impacto demográfico afecta por igual a ambos métodos de financiación ya que de producirse un aumento de la tasa de dependencia (relación entre pensionistas y activos) necesariamente se tendrá que reducir la participación de los activos sobre la producción por ellos generada, o alternativamente reducir los derechos de compra de los jubilados.

La adopción en nuestro país de un sistema de cuentas nocionales no estaría exenta de problemas, de ahí que lo fundamental sea volver a insistir en la idea de fortalecer un modelo de pensiones público de reparto que ha funcionado razonablemente bien y que puede ser mejorado para afrontar mejor los problemas del futuro. La recurrente apelación a la quiebra del sistema en épocas de crisis es algo ya sobradamente conocido y, lo que es más importante, continuamente desmentido con los datos. La supuesta inviabilidad que se predijo en los años 80 y 90 no ha sido tal gracias al crecimiento económico experimentado por nuestro país.

Más allá de que en España se pudiera introducir un sistema de cuentas nocionales, lo que sí se producirá en breve es una reformulación de la previsión social complementaria (PSC) con objeto de posibilitar su generalización entre los ciudadanos, especialmente en el ámbito laboral. Ya se ha apuntado suficientemente el nuevo campo de acción que se abre a los mecanismos privados de previsión como consecuencia de la introducción de los estabilizadores automáticos. Como se recordará, la incorporación de éstos, junto con las medidas adoptadas a través de la reforma de 2011, incidirá en la tasa de sustitución de las pensiones públicas, lo cual va a permitir que la PSC tenga un protagonismo mayor como forma de completar la diferencia entre el salario percibido y la pensión a la que se tiene derecho (cada vez más mermada). En todo caso, un análisis de dichos instrumentos de previsión (situación presente) y de los cambios normativos operados hasta ahora para proceder a su impulso arroja un saldo más bien negativo respecto a la eventual pretensión de que los mismos actúen como verdaderos mecanismos de complementación de las pensiones públicas.

La situación actual de los diferentes instrumentos de previsión social empresarial muestra aún un incipiente desarrollo. Se puede decir, a día de hoy, que existe en nuestro país un sistema complementario de pensiones asentado pero en modo alguno generalizado entre

[54] BARR, N.: "Reforma de las pensiones: mitos, verdades y opciones políticas", *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 55, núm. 2, 2002, págs. 9-10.

la población española. Tanto la experiencia negociadora en las empresas como la propia contratación individual de planes en nuestro país demuestran que aún se está lejos del objetivo pretendido de implantar de manera definitiva dichos mecanismos, de manera que éstos actúen como verdaderos instrumentos complementarios del sistema público de protección.

En lo que respecta a los mecanismos que forman parte del segundo pilar, se tiene la sensación de que estamos ante una situación de bloqueo, motivado fundamentalmente por la incidencia de la crisis en el sistema de relaciones laborales (con suspensión de aportaciones por parte de las empresas) y también por la culminación hace ya unos años del proceso de exteriorización obligatoria. En la actualidad, se cifra el número de personas cubiertas por este tipo de productos de ahorro del segundo pilar en torno a los 3,5 millones. De ellos, muy pocos realizan aportaciones en volumen relevante (inferiores a 300 euros anuales de media) como para garantizar una adecuada previsión social complementaria en el futuro. El panorama en la previsión social complementaria de carácter individual (el tercer pilar) es también similar. En este caso, son mayores los partícipes (casi 9 millones) pero el volumen por partícipe/asegurado es bajo.

El balance económico de la PSC en España es positivo por cuanto ha terminado por instaurarse un sistema complementario de capitalización. De ello da prueba el salto que se ha dado en el período 1987-2007 en volumen de recursos afectos a los sistemas de previsión privada: se ha pasado de 3,7 millardos en 1985 a 260,2 al cierre del 2º trimestre de 2007, esto es, casi 70 veces más[55]. No obstante, el balance social merece distinta consideración ya que la capacidad manifestada por estos instrumentos para generalizar coberturas de protección social ha sido limitada hasta ahora y sus perspectivas para los próximos años no son mejores[56].

[55] INVERCO, *La Ley de Planes y Fondos de Pensiones; 20 años después*, Madrid, 2007, pág. 276.

[56] *Vid.,* CC.OO., *El sistema de protección social en España,* Cuadernos de Información Sindical, núm. 39, 2013, págs. 53-59.

Vida Laboral Cotizada: Cómputo y Efectos tras las Últimas Reformas
Working Life Assurance: Computation and Effects after Recent Reforms

JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

Con objeto de mantener la viabilidad financiera del Sistema, nuestro Ordenamiento ha optado por fortalecer aún más el principio de contributividad, incrementando la importancia que la vida laboral que acredite un sujeto tiene en orden a su protección social, de modo que no solo determina la cuantía, sino que la edad de jubilación (tanto la ordinaria como las anticipadas) vendrán determinadas por el período cotizado que acredite. Por ello adquiere una mayor relevancia el análisis de las nuevas reglas de cómputo de la vida laboral cotizada, y sus efectos en materia de requisitos y cuantía de las prestaciones, reglas que han sufrido importantes cambios con la Ley 27/2011, el RD 1716/2012, RDL 5/2013, y la Ley 1/2014 (con criterios novedosos para los trabajadores a tiempo parcial).

Palabras clave

Jubilación; Vida laboral; Trabajo a tiempo parcial; Requisitos y cuantía prestaciones

Abstract

In order to maintain the financial viability of the system, our legal system has chosen to further strengthen the principle of contribution, increasing the importance of working life is proving a subject by their social protection, so that not only determines the amount but retirement age (both ordinary as anticipated) will be determined by the period I quoted stating. Therefore becomes more relevant analysis of the new rules of computation of listed working life and their effects on requirements and benefit levels, rules that have undergone significant changes to Law 27/2011, RD 1716 / 2012 RDL 5/2013, and Law 1/2014 (with new criteria for part-time workers).

Keywords

Retirement; Work life; Working part-time; Performance requirements and amount

1. INTRODUCCIÓN. DEL PRINCIPIO DE CONTRIBUTIVIDAD AL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD

Las continuas reformas "racionalizadoras"[1] que desde hace treinta años vienen incidiendo en la Seguridad Social, y con las que trata de adaptarse la protección social a la situación económica[2], han hecho que hablar de Seguridad Social sea hablar de su permanente reforma, hasta el punto de afirmarse que la Historia de la Seguridad Social es la Historia de sus Reformas[3].

[1] *Vid*. PERRIN, G., «Racionalización y humanización, dos objetivos prioritarios para la reforma de la Seguridad Social», *PEE*, núm. 12-13, 1982, págs. 481 y ss.
[2] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La Seguridad Social ante la crisis económica», *PEE*, núm. 12-13, 1982, pág. 140.
[3] VIDA SORIA, J., «Artículo 41. Seguridad Social», en ALZAGA VILLAAMIL, Comentarios a la Constitución Española de 1978, ERDERSA, 1996, pág. 119.

Pero los cambios que estamos viviendo actualmente –materializadas legislativamente desde 2011– siguiendo las pautas marcadas por la Comisión Europea[4], exceden de lo que podría catalogarse bajo el calificativo de reformas "racionalizadotas", y pasan a ser reformas "regresivas". El principal argumento ahora es la adaptación a la evolución demográfica, que aparece como un problema (cuando puede ser una oportunidad y en todo caso es un éxito social) incompatible con el sistema de protección social. Frente a los conocidos inconvenientes que el modelo actual tiene ante el envejecimiento de la población (la insostenible ratio activos/pasivos), no se plantean modelos alternativos en los que la financiación del Sistema no se limite a gravar el empleo, y que desvinculen la viabilidad del sistema de la evolución demográfica en lo referente al porcentaje de población activa. En las palabras proféticas del Maestro Vida Soria, "nadie se preocupa de arbitrar una fórmula sustitutiva y actualizada de la función que la Seguridad Social consiguió durante sus existencia", y la nueva fórmula (la regresiva), "nos va a hacer retroceder unas cuantas decenas de años, en un aspecto singular de nuestra cultura europea, como es el de la solidaridad social"[5].

Se olvida de reformas que introduzcan nuevas vías de financiación, sino meras actuaciones sobre las variables que determinan la intensidad protectora en función del estado de cuentas de la Seguridad Social. La financiación de la Seguridad Social profesional sigue gravitando sobre el empleo. En este punto, las reformas "racionalizadoras" adolecen de falta de imaginación, actitud conservadora y poco valiente, frente a *modelos alternativos* de financiación, sobradamente conocidos en el plano teórico, que se caracterizan por no penalizar el factor trabajo[6]. Las ventajas de estas vías alternativas de financiación no se limitan a no gravar el empleo, sino que desvinculan la viabilidad del sistema de la evolución demográfica en lo referente al porcentaje de población activa (aunque inevitablemente sea un tema importante respecto al envejecimiento de la población, ya que los gastos aumentarán sea cual sea la fuente de financiación). El equilibrio financiero será el único principio común de toda reforma.

Con esta lógica regresiva, el principio de contributividad se refuerza, de modo que aumenta el peso que la carrera cotizada tiene en orden al acceso a una prestación (bien porque se incremente el período de carencia, cosa que ocurrió en nuestro país con la Ley 40/2007, que eliminó la teoría de los días-cuota; bien porque la edad de acceso a la jubilación se condicione a determinado período cotizado), o en orden a la cuantía de la misma (ampliación de la base reguladora y del porcentaje de la jubilación, como ha ocurrido con la Ley 27/2011). Pero incluso el reforzamiento del principio de contributividad parece quedarse corto, y se opta por supeditar directamente el importe de las futuras prestaciones a la evolución demográfica, introduciendo el llamado factor de sostenibilidad.

[4] Entre otros Documentos, véase la Comunicación de la Comisión. Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones», de 2005, en la que se hace evidente que la Unión asume como inevitable el envejecimiento, sin que las políticas familiares puedan ser capaces de relanzar la natalidad a los niveles requeridos, y sin que la inmigración extraeuropea puede solventar el tema. La sociedad europea será una sociedad de ancianos, por lo que la única solución es que sean ancianos productivos.

[5] VIDA SORIA, J., « ¿Qué fue eso de la Seguridad social?», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2001.

[6] *Cfr.* PALMER, E., "Formas de financiación de la Seguridad Social en un contexto de disminución del total de las cotizaciones", *Estudios de la Seguridad Social*, núm. 82, 1997, págs. 22-50, donde se ofrece una visión de conjunto de las medidas adoptadas por los gobiernos al respecto.

El factor de sostenibilidad, recogido en la disposición adicional quincuagésima novena de la LGSS, no solo determina un posible incremento de la edad de jubilación a partir del año 2027, sino que podrá determinar modificaciones en la determinación inicial de la cuantía de las pensiones causadas a partir de 2019, sin que cambien la base reguladora ni el porcentaje[7]. Así, la reforma introducida por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social supone un cambio sustancial en el régimen jurídico, que además atenta a la seguridad jurídica base en un mecanismo de protección de riesgos futuros como es la Seguridad Social, que en esta materia deja de ser segura. En efecto, se introduce una fórmula matemática compleja (un polinomio), que será de aplicación a las pensiones causadas a partir de 2019. Y se aplicarán solo una vez por pensionista: cuando se calcule la pensión inicial. Explicar en su totalidad la fórmula es algo que no solo excedería un trabajo de este tipo, sino que posiblemente genere más confusión al lector. Por eso considero preferible sintetizar en dos puntos el mecanismo:

- Se calculará cuánto ha aumentado la esperanza de vida a los 67 años en un determinado período quinquenal (en 2019, la variación de la esperanza de vida entre 2012 y 2017; en 2024, la variación entre 2017 y 2022; y así sucesivamente).
- Ese porcentaje se aplica sobre la cuantía que le correspondería normalmente al trabajador, al entender que el importe que resulta de aplicar las reglas legales corresponde a una situación demográfica determinada, y si ésta varía, corresponde variar el cálculo inicialmente previsto.

Obviando las ciencias matemáticas y quedándonos en las ciencias jurídicas, podría aducirse que se está aplicando la doctrina "rebus sic stantibus", de modo que si las circunstancias concurrentes cuando el sujeto realiza sus contribuciones al sistema sufren una alteración sustancial, puede dar lugar a una modificación. Sin embargo, esta teoría es difícil de aplicar al caso, ya que:

- la variación de la esperanza de vida en un lustro difícilmente tendrá unas dimensiones que permita hablar de alteración sustancial
- esta variación corresponde a la esperanza de vida a los 67 años, de forma que tampoco hay certeza que sea finalmente así, es una merca estimación en base a una ciencia tan poco exacta como la demografía.
- el sistema financiero de reparto hace que realmente no haya un vínculo contractual que haga exigible lucrar un determinado importe. Este derecho viene por otro lado, por el derecho a la seguridad social consagrado constitucionalmente, y es que sin seguridad jurídica no hay seguridad social, y

[7] El 13 de septiembre de 2013, el Gobierno presentó el Anteproyecto de Ley reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social. En él se plantearon dos cuestiones: la aplicación del factor de sostenibilidad a la cuantía de las pensiones; y los criterios para la revalorización. La Exposición de Motivos del Anteproyecto indica que no se trata de una "medida cualitativamente distinta a las medidas reformadoras llevadas a cabo con anterioridad, por cuanto lo que se implanta no es un cambio concreto en el régimen jurídico de las pensiones, sino un instrumento de reequilibrio o de ajuste automático de las mismas, en función de la evolución de la esperanza de vida". Por ello, no se modifican ni la base reguladora ni el porcentaje. Pero el "instrumento de reequilibrio" no puede afirmarse que vaya a formar parte del régimen jurídico de la pensión, en tanto que está regulado, obviamente.

> el que el importe a percibir pueda variar según los cálculos quinquenales hechos por el Ministerio no aporta mucha seguridad (social) al asegurado.

Partiendo de estas premisas, y pasando de una perspectiva política-jurídica a la técnica-jurídico, la realidad es que en nuestro Sistema de Seguridad Social ha tenido lugar un notable incremento del principio de contributividad, aumentando el peso la vida laboral que acredite el sujeto, ya que no solo determinará la cuantía, sino que la edad de jubilación (tanto la ordinaria como las anticipadas) vendrán determinadas por el período cotizado que acredite.

Pero además se han producido importantes cambios en el cómputo de la vida laboral cotizada, de modo que en un contexto como el actual adquiere una mayor relevancia conocer cómo se computa la carrera de seguro de un trabajador. Estas modificaciones versan sobre el cómputo del período cotizado en general (pasando a un cómputo diario), la vida laboral de los trabajadores a tiempo parcial, y las reglas de determinación de la cuantía (base reguladora –aumentando el período a considerar para la jubilación, y con nuevas reglas restrictivas en la integración de lagunas).

2. VIDA LABORAL Y PERÍODO DE CARENCIA

El artículo 124 LGSS, al enunciar las condiciones generales del derecho a las prestaciones del nivel contributivo, viene a establecer dos grandes requisitos: la afiliación y el alta, por un lado, es decir, el aseguramiento; y el cumplimiento de determinados períodos de cotización, cuando se prevea. Junto a ellos, hay que incluir un tercero, previsto en la Disposición Adicional 39 LGSS (introducida por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre), consistente en estar al corriente en el pago de las cuotas, aunque este requisito solo es exigible en caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones. No obstante, en tales casos la Administración aplica el mecanismo de "invitación al pago", momento en el que el sujeto puede regularizar su situación[8].

De los dos grandes requisitos generales exigidos (alta y cotización), el que actualmente reviste un mayor interés es el de la acreditación de períodos de ocupación cotizada, teniendo una triple incidencia: concesión, cuantía de las prestaciones, y la duración de la prestación por desempleo (única del sistema que pone en relación su duración con el período de ocupación cotizada)[9].

Como se sabe, es condición común del derecho a las prestaciones que no derivan de contingencias profesionales ni accidente (y en determinados casos también por accidente no laboral[10]) la exigencia del cumplimiento de un período mínimo de cotización, que viene a

[8] Hay que advertir que el núm. 6 de la Disposición final séptima de la Ley 27/2011 (con efectos desde el 1 de enero de 2013), matizó esta regla, añadiendo que si se le ha considerado al corriente en el pago de las cotizaciones en virtud de un aplazamiento en el pago de las cuotas adeudadas, pero posteriormente incumpliera los plazos o condiciones de dicho aplazamiento, perderá la consideración de hallarse al corriente en el pago y, en consecuencia, se procederá a la suspensión inmediata de la prestación reconocida que estuviere percibiendo, la cual solamente podrá ser rehabilitada una vez que haya saldado la deuda con la Seguridad Social en su totalidad.

[9] MALDONADO MOLINA, J.A., Los períodos de cotización. Acceso y cálculo de las prestaciones, Comares, 2002, pág. 3.

[10] En caso de accidente no laboral también es exigible un período de carencia si se trata de un sujeto que no estaba en alta en el momento del hecho causante. Así lo disponen los artículos 138.3 LGSS y 4.3 RD 1799/1985 para las

actuar como mecanismo de seguridad económica del Sistema, garantizando además que en el nivel contributivo quienes reciban cobertura sean aquellos que verdaderamente han contribuido mediante su esfuerzo al sostenimiento de las arcas de la Seguridad Social.

La cuantificación del período de carencia difiere según cada prestación, siendo por lo general más elevado en las pensiones que en los subsidios, y destacando de ellas la pensión de jubilación, que al ser una prestación central en el equilibrio financiero del sistema exige un alto período mínimo de cotización. También es amplia la carencia exigida cuando el sujeto se encuentra en situación de no alta y pese a ello puede acceder a una prestación, tratando de equilibrar la dispensa de uno de los requisitos básicos (el alta) con el incremento del otro (la cotización previa). Pero en este punto lo que nos interesa no es hacer una exposición de los distintos períodos mínimos requeridos para cada prestación, sino reflejar los cambios que se han producido en el cómputo de la vida laboral cotizada.

2.1. Cómputo de las cotizaciones efectivamente realizadas

Para el cumplimiento del requisito de carencia (en general) hay que estar a las cotizaciones reunidas por el solicitante, para lo que serán de aplicación las reglas generales derivadas del artículo 124 LGSS, y las específicas previstas en las respectivas normas reguladoras de cada prestación. A tal efecto, el número 2 del artículo 124 precisa que en aquellas prestaciones cuya concesión esté subordinada al cumplimiento de determinados períodos de cotización, solamente serán computables, bien las cotizaciones efectivamente realizadas, bien las expresamente asimiladas a ellas.

En consecuencia, en el cómputo del período de carencia se deben diferenciar dos cuestiones: cómputo de cotizaciones efectivamente realizadas al Sistema; y períodos asimilados a tiempo cotizado. Pues bien, tanto unas como las otras reglas han sufrido modificaciones últimamente.

Con carácter general dispone el art. 124 LGSS que solamente serán computables las cotizaciones efectivamente realizadas. De este modo, se tienen en cuenta las cotizaciones efectuadas, tanto si hay actividad como si no, como es el caso del Convenio Especial de la Seguridad Social, IT o maternidad. También se incluyen las que deban realizarse por salarios dejados de percibir como consecuencia de despido nulo o improcedente si se optó por la readmisión[11].

2.1.1. Cómputo en días

Para el acceso a las pensiones (y para su cuantía), el único módulo temporal de cómputo es el día. Por tanto, para la jubilación no se requieren 15 años, sino 5.475 días. Esta

pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez; y los artículos 174.1, 175.1 y 176.1 LGSS para las pensiones de viudedad, orfandad y prestaciones en favor de familiares, respectivamente.

[11] Téngase en cuenta que tras el RDL 3/2012, la obligación de abonar los salarios de tramitación solo subsiste en caso de despidos nulos o en los improcedentes si el empresario opta por la readmisión, o es el trabajador el que puede ejercer esa opción (tras el RDL 20/2012, si transcurren más de 90 días hábiles –antes eran 60- desde la presentación de la demanda hasta la Sentencia, los salarios de tramitación los abonará el Estado, y será por cargo del Estado el pago de las cuotas de los mismos)(art. 57 ET).

regla se ha incorporó a nuestro Ordenamiento con la Ley 27/2011, de 1 de agosto[12], que introdujo una nueva disposición adicional 61 LGSS, en la que se indica:

> "Para el acceso a las pensiones de la Seguridad Social, así como para la determinación de la cuantía de las mismas, los plazos señalados en la presente Ley en años, semestres, trimestres o meses, serán objeto de adecuación a días, mediante las correspondientes equivalencias"

No obstante, para la pensión de jubilación se han fijado unas reglas específicas por el RD 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011. Estas reglas tratan de "convertir" los días en meses y años, y ello porque si bien para el período de carencia el módulo empleado es el de los "días", no siempre es así a otros efectos. No lo es, en primer lugar, para el período cotizado que determina la edad de jubilación aplicable (tanto ordinaria como anticipada), que se fija en "años y meses" (que van modificándose conforme a las reglas transitorias previstas)[13]. Y en segundo lugar, tampoco es el módulo diario el empleado para calcular el porcentaje aplicable a la jubilación, que también es "años y meses"[14].

Pues bien, la conversión de días a años y meses se hace del siguiente modo. El artículo 1 RD 1716/2012 indica que una vez acumulados todos los días computables, serán objeto de transformación a años y meses, con las siguientes reglas de equivalencia:

- el año adquiere el valor fijo de 365 días
- el mes adquiere el valor fijo de 30,41666 días[15]

Para el cómputo de los años y meses de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a un año o a un mes las fracciones de los mismos. Esta misma regla ya se aplicaba (y sigue tras la reforma) en las jubilaciones anticipadas para el cómputo de los años cotizados a efectos de determinar el porcentaje de penalización, de modo que solo se tenían en cuenta los años completos, sin que se equiparase a un año la fracción del mismo. Ahora se adopta ese criterio pero para el cómputo de la carrera laboral.

Por ejemplo, una vida laboral de 12.327 días, para ver su equivalente en años y meses habría que hacer lo siguiente:

- Calculamos los años:

  - 12.327 / 365 = 33,77
  - Depreciamos los decimales: 33 años cotizados (12.045 días)(33x365)

[12] Disposición final séptima, número 7, Ley 27/2011, cuya entrada en vigor ha tenido lugar el 1 de enero de 2013, conforme a las reglas recogidas en las Disposición final duodécima Ley 27/2011.

[13] Son de aplicación gradual (disp. transt 20 LGSG) desde 2013 hasta 2027, a razón de: a) para los 67 años: 1 mes por año; y desde 2013 a 2018; y 2 meses por año desde 2019 a 2027. b) para los 38 años y medio requeridos para los 65: 3 meses por año desde 2013 hasta 2027.

[14] Por ejemplo, 15 años y un mes equivale a un porcentaje del 50,21%.

[15] El Proyecto de Real Decreto, de 8 de noviembre de 2012, lo fijaba en 30,41667 días.

- Calculamos los meses:

  - 12.327 - 12.045 = 282 días
  - 282 / 30,41666 = 9,27
  - Depreciamos los decimales: 9 meses

Por tanto, 12.327 días equivalen a 33 años y 9 meses

Antes de esta reforma, y siguiendo con el mismo ejemplo para ver el impacto normativo de la nueva regla, 12.327 días equivalía a 33,77, es decir, 33 años y el 77% de otro año, que eran 9 meses y 24 días. Es decir, antes de la reforma 12.327 días eran 33 años, 9 meses y 24 días cotizados. Tras la reforma, son 33 años y 9 meses.

2.1.2. El período de carencia en el trabajo a tiempo parcial

El cálculo de la vida laboral de los trabajadores a tiempo parcial sufrió una importante modificación tras el RD-L 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, con una nueva regulación que trata de adecuarse a lo prescrito por la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este RD-L se convalidó con la Ley 1/2014, de 28 de febrero.

Para entender las nuevas reglas en el cómputo del trabajo a tiempo parcial, hay que partir de la situación previa. En nuestro Ordenamiento, tales reglas se recogían en el RD 1131/2002[16]. Éstas eran las siguientes. Para el período de carencia de las prestaciones de jubilación, IP, muerte y supervivencia, IT y maternidad, la Disposición Adicional 7 LGSS y el RD 1131/2002 partían con carácter general del cómputo exclusivo de las horas trabajadas (ordinarias y complementarias)[17]. A continuación se calculaba su equivalencia en días teóricos de cotización. De este modo, la duración máxima legal de la jornada se dividía por todos los días del año, de lo que resulta que 5 era el número de horas de trabajo que corresponde al día (incluyendo festivos). Se busca la proporcionalidad, al ponderar el número de horas que comprende un día laboral en relación con la totalidad de las horas hábiles de trabajo anuales[18]. No obstante, para las prestaciones en las que los períodos

[16] Que derogó el RD 144/1999, aunque acogiendo buena parte de las reglas previstas en el RD de 1999, de modo que en realidad la solución legislativa que venía aplicándose tiene su origen en el RD 144/1999. esta norma de 1999 trató de solventar un problema de constitucionalidad (aunque a la vista de la doctrina de 2013 no lo hizo), ya que el computar en orden al período de carencia solo las horas cotizadas, dejaba a las mujeres en una situación compleja, ya que estadísticamente las mujeres son mayoría en esta modalidad contractual. Y así lo declaró el TC en 2004 (STC 253/2004, de 22 de diciembre, cuya doctrina fue reiterada en SSTC 49/2005 y 50/2005, de 14 de marzo), declarando la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo segundo del art. 12.4 LET, según la redacción dada al mismo por el RD-ley 8/1997, de 16 de mayo, en cuanto establecía que para determinar los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas.

[17] Aunque por tales no hay que entender horas «efectivamente» trabajadas, ya que se asimilan los períodos de descanso y algunas situaciones asimiladas al alta con obligación de cotizar que sean consecuencia de una suspensión o extinción del contrato laboral a tiempo parcial (IT, maternidad y percepción del desempleo). Por el contrario, no computan las horas extraordinarias realizadas durante la vigencia de tales contratos.

[18] A tal fin, disponía el artículo 3.1 RD 1131/2002, «el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por 5, equivalente diario del cómputo de mil ochocientas veintiséis horas anuales».

mínimos de cotización son amplios (señaladamente, jubilación e IP), se atenuaba esta exigencia con la aplicación en la determinación de los períodos de cotización acreditados, de un coeficiente multiplicador de 1,5 al número de días teóricos de cotización, con lo que el número de días teóricos iniciales se veían aumentados en un 50%. La cifra así obtenida tiene un límite lógico, y es que «en ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superiores al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo» (Disposición Adicional 7 LGSS), ya que de lo contrario al "regalar" un 50% del período de carencia un trabajador a tiempo parcial (pero con una jornada próxima a tiempo completo), obtendría más fácilmente la pensión que otro con la jornada ordinaria. Si se trata de una prestación que exige un período de carencia cualificado, exceptuando las pensiones de jubilación e IP (es decir, muerte y supervivencia derivada de EC, IT por EC y maternidad), el lapso de tiempo dentro del cual deba acreditar el período cotizado se incrementaba en la misma proporción en que se reduzca la jornada habitual en la actividad correspondiente.

Pese a que el Gobierno español consideraba que nuestra legislación recoge medidas correctoras que tienen por objeto facilitar el acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, cumpliendo lo previsto en la Directiva 79/7 en relación con las no discriminación de las mujeres, la STJUE de 22 de noviembre de 2012 estimó que una normativa como la española perjudica a los trabajadores a tiempo parcial que durante mucho tiempo han efectuado un trabajo a tiempo parcial reducido, puesto que, a causa del método empleado para calcular el período de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación, dicha normativa priva en la práctica a estos trabajadores de toda posibilidad de obtener tal pensión.

Y finalmente el Tribunal Constitucional, mediante Sentencia 61/2013, de 14 de marzo[19], declaró inconstitucional y nula, la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la LGSS, que regulaba la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, al considerarla contraria al artículo 14 CE, tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo. El Tribunal Constitucional declara inconstitucional y nula la referida regla, pero sin realizar ninguna aclaración sobre los efectos jurídicos de la misma.

El 31 de julio de 2013, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, firmaron el «Acuerdo para la mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial», que estableció los principios y pautas que debería respetar la nueva regulación de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial. Y se concretaron en el RDL 11/2013, de 2 de agosto.

Las nuevas reglas afectan al período de carencia y al porcentaje aplicable. Respecto de la primera, que es la que ahora nos ocupa, se indica lo siguiente: para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, IP, muerte y supervivencia, IT, maternidad y paternidad, se aplicarán las siguientes reglas:

[19] A ella se añadieron posteriormente las sentencias 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril y 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo.

a) Se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período.

Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

Es decir, el primer paso es calcular el número de días cotizados. Para ello, deben traducirse a días completos los períodos en los que ha trabajado por horas (y posteriormente sumarlos a los días en los que sí trabajó –en su caso– a jornada completa). Para ello deben diferenciarse las distintas etapas en las que ha trabajado a tiempo parcial, tomándose en cada una el coeficiente de parcialidad de cada contrato (el porcentaje de jornada en comparación con un trabajador a tiempo completo). Ese coeficiente de parcialidad se multiplica a los días naturales en los que estuvo en alta con esa jornada, y se obtiene un número de días cotizados (proporcional al período cotizado).

Con un ejemplo se ve más claramente la nueva regla:

Régimen	Períodos en alta	Días naturales en alta	Coeficiente de parcialidad	Días cotizados
RGSS	01-01-1998/31-12-2004	2557	100%	2557
RGSS	01-01-2005/30-09-2013	3195	50%	1597

b) Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo éste el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a) anterior, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

Por tanto, se trata de calcular el coeficiente de parcialidad promediado de toda su vida laboral (coeficiente global de parcialidad lo llama la ley), para lo cual se aplica una simple regla de tres: el porcentaje que suponen los días cotizados respecto de los días naturales en alta. Siguiendo con el ejemplo anterior:

Régimen	Períodos en alta	Días naturales en alta	Coeficiente de parcialidad	Días cotizados
RGSS	01-01-1998/31-12-2004	2557	100%	2557
RGSS	01-01-2005/30-09-2013	3195	50%	1597
TOTAL		5752	**72,22%**	4154

c) El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refiere la letra b).

En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación.

Es decir, la virtualidad de la norma consiste en que no se calcula la vida cotizada a tiempo parcial traduciéndola en tiempo completo, para usar posteriormente esa cifra para acreditar los períodos de carencia, sino que son éstos (tanto los períodos de carencia genéricos como específicos) los que se adecuan al coeficiente global de parcialidad que tenga el trabajador.

Por tanto, en el ejemplo que hemos seguido, de cara a la jubilación el período de carencia exigido no será 5475 días (con 730 días –esto es, dos años–, dentro de los últimos quince años), sino do de los cuales deben estar comprendidos en los últimos quince, sino el 72,22% de dicha cifra: 3954 días el período de carencia genérico, y 528 días dentro de los últimos quince años como carencia específica.

En consecuencia, con la nueva normativa tendría derecho a la prestación (acredita 4154, y a él se le exigen 3954, no los 5475 ordinarios). Obviamente, la base reguladora se calculará tomando en cuenta las bases cotizadas en proporción a la jornada (ahí no hay cambios respecto de la situación precedente), aunque respecto del porcentaje sí hay modificaciones que analizaremos en el apartado correspondiente a la cuantía.

¿Qué hubiera sucedido aplicando la normativa anterior al RDL 11/2013? En ese caso, las reglas habrían sido las siguientes:

Régimen	Períodos en alta	Días naturales en alta	Coeficiente de parcialidad	Días cotizados
RGSS	01-01-1998 /31-12-2004	2557	100%	1461
RGSS	01-01-2005 /30-09-2013	3195	50%	2397 (sería la proporción de jornada -la mitad en este caso-, multiplicado por 1,5, por tratarse de jubilación)
TOTAL		5752		3858

Es decir, no hubiera cumplido el período de carencia, y por tanto no hubiera causado la prestación. La nueva normativa le beneficia.

Esta regulación más beneficiosa también puede aplicarse a las prestaciones solicitadas y denegadas antes de la entrada en vigor (4 de agosto de 2013), tal y como establece la disposición transitoria primera RDL 11/2013. En este caso, En este supuesto, los interesados deberán formular de nuevo su solicitud y, si con arreglo a la nueva regulación, cumplen el período mínimo exigido. No obstante, los efectos económicos no se retrotraerán a la fecha del hecho causante, sino que tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la nueva solicitud, con el límite en todo caso de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley

Excepcionalmente, todas aquellas prestaciones cuya solicitud se encuentre en trámite en la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, se regirán por lo dispuesto en el mismo y su reconocimiento tendrá efectos desde el hecho causante de la respectiva prestación.

2.2. Novedades en las situaciones asimiladas a período cotizado en orden al período mínimo cotizado

2.2.1. Concepto y clasificación

Las asimilaciones a período cotizado son unas figuras poco extendidas en nuestro Sistema. El marco jurídico de estas figuras es difuso y disperso, sin que tengan una carta de naturaleza propia acorde a su papel en el esquema protector. A diferencia de las situaciones asimiladas a la de alta, no se recogen de una forma mínimamente sistematizada, sino diseminadas por el conjunto del Derecho de la Seguridad Social[20].

Las situaciones asimiladas a período cotizado son más frecuentes respecto a la pensión de jubilación que para otras prestaciones del Sistema. Este predominio se torna en exclusividad respecto porcentaje aplicable a la base reguladora, ya que es la única prestación que condiciona el porcentaje a la carrera de seguro del trabajador.

El estudio de tales figuras no es fácil, ya que exige al operador jurídico una auténtica labor de rastreo por todo el Derecho de la Seguridad Social. Sintéticamente, pueden sistematizarse en tres categorías:

A. Situaciones asimiladas a cotizadas de cara al período de carencia[21]:

[20] MALDONADO MOLINA, J.A., Los períodos de cotización. Acceso y cálculo de las prestaciones, cit, pág. 7.

[21] - Respecto de todas las prestaciones: cotizaciones efectuadas a regímenes precedentes al Sistema de Seguridad Social (DTrans. Segunda núm. 1 LGSS) y los períodos de emigración.
- En orden a todas las prestaciones salvo el desempleo y jubilación: los días-cuota.
- En orden a IP; jubilación, muerte-supervivencia, maternidad y paternidad: excedencia para cuidado de hijo o familiar (art. 180.1 y 2 LGSS); reducción de jornada por cuidado de hijo o familiar (art. 180.3 LGSS); maternidad o paternidad que subsista a extinción del contrato o percepción desempleo (art. 125.6 LGSS).
- En orden IP; jubilación, muerte-supervivencia, maternidad y desempleo: suspensión del contrato por violencia de género (art. 45 y 48.6 ET; art. 21.2 y 5 LO 1/2004).
- En orden a IP; jubilación, muerte-supervivencia, maternidad, paternidad, IT, riesgo embarazo y lactancia familiar: reducción de jornada por cuidado de hijo con enfermedad grave (art. 180.3 LGSS).
- En orden a las pensiones de IP; jubilación, y muerte-supervivencia: períodos de dedicación a la enseñanza del euskera (RD 788/2007, de 15 de junio); y períodos cotizados a los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra (disposición adicional 14 LGSS)

B. Asimilaciones en orden a la base reguladora[22]

C. Asimilaciones relativas al porcentaje aplicable a la base reguladora. Sólo proceden para la pensión de jubilación[23].

De todos ellas, solo aludiremos a las situaciones asimiladas a período cotizado que han sido objeto de reforma en los últimos tiempos.

- Respecto de la IP y la jubilación: parto de madre no trabajadora (disp. Adicional 44 LGSS, introducida por LO 3/2007)(112 días ampliables por parto múltiple)
- Exclusivas respecto de la pensión de jubilación: cotizaciones efectuadas a regímenes precedentes al Sistema de Seguridad Social; períodos de actividad sacerdotal de religiosos secularizados (RD 487/1998); períodos de dedicación exclusiva de miembros de las corporaciones locales (RD 1108/2007).
- Exclusiva a efectos de la IP: el período no agotado de incapacidad temporal (artículo 4.4 RD 1799/1985).
- Exclusivas del desempleo: huelga o cierre patronal (art. 3.3 RD 625/1985), trabajo a tiempo parcial (art. 3.4 RD 625/1985).

[22] - Para todas las prestaciones: períodos de emigración.
- Para todas las prestaciones salvo el desempleo: interrupciones de la vida laboral por cuidado de hijo (Disp. Adic. 60 LGSS y arts 5 a 9 RD 1716/2012, de 28 de diciembre).
- En orden a IP; jubilación, muerte-supervivencia, maternidad y paternidad: excedencia para cuidado de hijo (art. 180 LGSS); reducción de jornada por cuidado de menor; maternidad o paternidad tras extinción contrato o cobro desempleo.
- En orden IP; jubilación, muerte-supervivencia, maternidad y desempleo: suspensión del contrato por violencia de género (art. 45 y 48.6 ET; art. 21.2 y 5 LO 1/2004).
- En orden a IP; jubilación, muerte-supervivencia, maternidad, paternidad, IT, riesgo embarazo y lactancia familiar: reducción de jornada por cuidado de hijo con enfermedad grave (art. 180.3 LGSS).
- En orden a las pensiones de IP; jubilación, y muerte-supervivencia: períodos de dedicación a la enseñanza del euskera (RD 788/2007, de 15 de junio); y períodos cotizados a los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra (disposición adicional 14 LGSS)
- Para todas las prestaciones derivadas de contingencias comunes (salvo IT) y jubilación: tiempo trabajado a partir de los 65 años si se acreditan 35 años cotizados.
- Para las pensiones de IP y jubilación: integración de lagunas de cotización (arts. 140.4 y 162.1.2 LGSS y 4.4 RD 1647/1997).
- Exclusiva para la IP: cálculo de la BR de la IP por EC (se aplica el porcentaje de la jubilación, pero considerándose como cotizados los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad de 65 años)(art. 140.1 LGSS)
- Exclusiva para la jubilación: incremento de bases correspondientes a la jubilación parcial; períodos de actividad sacerdotal de religiosos secularizados (artículo 3.2 RD 487/1998); y cálculo de bases para los funcionarios de la MUNPAL (artículo 7.2 RD 480/1993).
- Exclusiva del desempleo: períodos de descubierto (art 4.1,2 RD 625/1985).

[23] Cotizaciones efectuadas a regímenes precedentes al Sistema de Seguridad Social (Disp. Transitoria Segunda LGSS y Disp. Transitoria Segunda OV); Interrupciones de la vida laboral por cuidado de hijo (Disp. Adic. 60 LGSS y arts 5 a 9 RD 1716/2012, de 28 de diciembre); La asimilación de la fracción de año a una anualidad completa (artículo 9 OV); Tiempo intermedio entre edad ficticia y real de jubilación (art. 4 RD 383/2008, de 14 de marzo, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos); Tiempo intermedio entre jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador y edad de jubilación, a efectos del porcentaje reductor aplicable (art. 161.1.bis.2 LGSS); Tiempo intermedio entre jubilación parcial y total; Excedencia para cuidado de hijo (art. 180 LGSS); Suspensión del contrato por violencia de género; Reducción de jornada por cuidado de hijo con enfermedad grave (art. 180.3 LGSS); Períodos de actividad sacerdotal de religiosos secularizados (RD 2665/1998); Períodos de dedicación exclusiva de miembros de las corporaciones locales (RD 1108/2007); Períodos de dedicación a la enseñanza del euskera (RD 788/2007); Períodos cotizados a los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra (disposición adicional 14 LGSS); Reglas específicas para artistas y profesionales taurinos (artículo 3 OM de 30 de noviembre de 1987).

2.2.2. Excedencia para cuidado de hijo o familiar

Se trata de la modalidad contributiva de las prestaciones familiares (reformado por la LO 3/2007, de Igualdad entre Mujeres y Hombres y la Ley 27/2011). Consiste en considerar como período de cotización efectiva los tres años del período de la excedencia laboral para el cuidado de hijos menores (o incapacitados), o el primer año si se trata de otros familiares hasta el segundo grado (por consanguinidad o afinidad) que no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida[24]. Desde el 1 de enero de 2013, el período reconocido es de tres años[25].

Se considera cotizado en orden al reconocimiento del derecho de las prestaciones de maternidad, paternidad, Incapacidad Permanente, jubilación y muerte-supervivencia (además de para la base reguladora y el porcentaje de la jubilación). Aunque no alcanza al desempleo, a sus efectos el período de excedencia podrá retrotraerse el período de los 6 años anteriores a la situación de desempleo, por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en la situación de excedencia forzosa.

2.2.3. Parto

Se contempla en la disposición adicional 44 LGSS (introducida por la LO 3/2007, de igualdad), y da por cotizadas 16 semanas a las mujeres que tuvieron un hijo y en esos momentos no cotizaban. De este modo, se exigen dos requisitos:

- que hubiera un nacimiento (no se asimila la adopción, sino que la Ley habla de parto)
- que la mujer no hubiera cotizado la totalidad de las 16 semanas

Los efectos de la asimilación consisten en dar por cotizados un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple. Esta situación se asimila a dos efectos:

- en orden al período mínimo cotizado exigido para la IP y la jubilación
- para el cómputo del período cotizado que determina la edad de jubilación

Sin perjuicio de esta medida, la disposición adicional 60 LGSS (introducida por Ley 27/2011), reconoce de 112 a 270 días como cotizados, a efectos de todas las prestaciones, pero no en orden al período de carencia, en caso de interrupciones de la vida laboral acaecidas entre los 9 meses anteriores al parto o los 6 años siguientes al mismo. Se trata de situaciones diferentes, como se pone de manifiesto en la siguiente tabla comparativa:

[24] Son beneficiarios todos los trabajadores por "cuenta ajena" que disfruten de estos períodos de excedencia. Se excluyen los trabajadores por cuenta propia del SETA, RETA y Mar.

[25] Artículo 180,1 LGSS, modificado con efectos 1 de enero de 2013 por el artículo 9.2 Ley 27/2011.

COMPARATIVA	Disp. Adic. 44 LGSS	Disp. Adic. 60 LGSS
Normativa que la introduce	LO 3/2007	Ley 27/2011. Desarrollada por arts 5 a 9 RD 1716/2012
Hecho determinante	Parto	Parto, adopción o acogimiento
Beneficiarios	Madre	Uno de los progenitores, en caso de controversia el derecho recaerá sobre la madre
Ámbito subjetivo	Todos los Regímenes	Trabajadores por cuenta ajena que hubieran extinguido el contrato, o finalizado el desempleo contributivo
Requisitos	No se exige haber cotizado antes del parto	Deben de haber cotizado antes del parto
Efectos	Período de carencia	Cuantía; Edad de jubilación; Penosidad
Prestaciones	Jubilación e IP	Todas salvo desempleo
Duración	112 días cotizados	De 112 a 270
Límite duración	No hay límite, se pueden acumular 112 días por hijo	Cada hijo genera un período diferente pero nunca superará el tope de 5 años
Parto múltiple	Los 112 días se amplían en 14 días más por cada hijo a partir del segundo	Cada hijo genera un período propio

Fuente: elaboración propia

2.2.4. Servicio militar o prestación social sustitutoria

Para acceder a la antigua jubilación anticipada común, prevista en el artículo 161 bis.2 LGSS[26], se requiere acreditar un período mínimo de cotización de 30 años. Pues bien, a estos exclusivos efectos, se asimilan a períodos cotizados a la Seguridad Social, el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria (PSS), pero con el límite máximo de 1 año, por lo que si tales servicios se prestaron durante un período inferior al año, habrá que estar a ellos.

[26] Conforme a lo previsto en el RDL 5/2013, seguirá aplicándose esta modalidad de jubilación anticipada a quienes se jubilen antes del 1 de enero de 2019, siempre que se concurra una de las tres situaciones siguientes:
a) Su contrato (relación laboral) se haya extinguido antes de 1 abril 2013, siempre que con posterioridad a tal fecha no vuelvan a trabajar
b) Su contrato sea suspendido o extinguido como consecuencia de un ERE, o por medio de convenios colectivos, acuerdos de empresa o por decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados, suscritos o declarados con anterioridad a 1 abril 2013, siempre que la extinción o suspensión de la relación laboral se produzca antes de 1 de enero de 2019
c) Hayan accedido a la jubilación parcial antes de 1 de abril de 2013

Del mismo modo, en las nuevas jubilaciones anticipadas introducidas con el RDL 5/2013, se considera como cotizado el servicio militar o la PSS, con el límite de 1 año. En efecto, hasta 1 de enero de 2013, solo servía para las jubilaciones anticipadas de los afiliados tras 1967 que vieran extinguido el contrato de forma involuntaria (no las jubilaciones voluntarias). Pero la Ley 27/2011 lo extiende a todas las jubilaciones anticipadas a partir 2013, incluyendo: jubilación anticipada parcial, jubilaciones anticipadas voluntarias, y jubilaciones anticipadas involuntarias.

Ampliándolo para otras prestaciones, la Disposición adicional 28 Ley 27/2011, indica 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 ésta pueda reconocerse, a favor de las personas interesadas, un periodo de asimilación del tiempo de servicio militar obligatorio o de PSS 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.

3. VIDA LABORAL Y CUANTÍA

3.1. Base reguladora de la jubilación

3.1.1. La nueva base reguladora

Como es sabido, una de las principales reformas en materia de jubilación ha sido aumentar el período que compone su base reguladora a los últimos veinticinco años (los últimos 300 meses), con una nueva fórmula de aplicación gradual:

	Hasta 2012	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**	**2027**	**2018**	**2019**	**2020**	**2021**	**Desde 2022**
Bases de cotización	180 (15)	192 (16)	204 (17)	216 (18)	228 (19)	240 (20)	252 (21)	264 (22)	276 (23)	288 (24)	300 (25)
Divisor	210	224	238	252	266	280	294	308	322	336	350

Evidentemente, y pese al mecanismo de actualización de las bases (salvo las últimas veinticuatro), es una medida que producirá una reducción generalizada del importe de las pensiones, como se refleja en la Memoria económica del Anteproyecto. Y decimos generalizada, porque si el incremento de la edad no afecta a los que acreditan una larga vida laboral, y los cambios en porcentaje tienen un menor impacto en los sujetos que acrediten el cien por cien, las modificaciones de la base reguladora afectan al conjunto de los asegurados, ya que lo habitual es que las bases sean crecientes a lo largo de la vida laboral.

La disposición transitoria quinta LGSS (introducida por la Ley 27/2011, y desarrollada por el artículo 2 RD 1716/2012), fijan reglas específicas para los supuestos de trabajadores (por cuenta ajena y autónomos[27]) que pierdan involuntariamente el empleo, y a

[27] En caso de trabajadores por cuenta propia, la letra c) del artículo 2 RD 1716/2012, de 28 de diciembre precisa que los autónomos con respecto a los cuales haya transcurrido un año desde la fecha en que se haya agotado la prestación por cese de actividad, las reglas que se exponen a continuación queda condicionada a que dicho cese,

partir de los 55 años vean reducida su base de cotización respecto de la que tenían previamente. La ventaja que se les concede es la posibilidad de optar por una base reguladora más amplia que la correspondería conforme a las reglas generales en cada momento.

Se fijan soluciones distintas según la fecha, ya que las bases reguladoras irán aumentando progresivamente –como hemos visto– hasta 2022, año en que si aplicará la fijada por la Ley. Así, se diferencian dos etapas:

a) Desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016, para quienes hayan cesado en el trabajo por causa no imputable a su libre voluntad[28], y experimenten una reducción de las bases de cotización a partir de los 55 años de edad y durante al menos veinticuatro meses (no necesariamente consecutivos)[29], respecto de las bases de cotización acreditadas con anterioridad a la extinción de la relación laboral, podrán optar por una base distinta de la fijada con carácter general. Así, en tales casos, la base reguladora será el resultado de dividir por 280 las bases de cotización durante los 240 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante, siempre que resulte más favorable que la que le hubiese correspondido.

b) Desde el 1 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2021, en los supuestos antes indicados, la base reguladora será la establecida en el apartado 1 del artículo 162 con carácter general, siempre que resulte más favorable que la que le hubiese correspondido de acuerdo con la escala de aplicación transitoria prevista en el apartado 1 de la disposición transitoria quinta LGSS.

3.1.2. La reforma de la integración de lagunas de cotización

El mecanismo de la integración de lagunas se prevé para las pensiones de incapacidad permanente y jubilación en los artículos 140.4 y 162.1.2 LGSS. No se contempla para otras prestaciones, ni tan siquiera para otras pensiones, como la de viudedad, ante el silencio del legislador al respecto, cuestión que a nuestro entender debería corregirse para fijar un marco homogéneo a todas las pensiones del Sistema.

Sólo pueden beneficiarse de ella los trabajadores por cuenta ajena, incluidos tanto los del Régimen General como los de los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón, y la sección por cuenta ajena de Mar. Sin embargo, no es de aplicación al Sistema Especial de Empleados del Hogar hasta el año 2019, año en el que sí le será de aplicación (disposición adicional 39, núm. 3, Ley 27/2011).

producido a partir del cumplimiento de los 55 años de edad, lo haya sido respecto de la última actividad realizada previa al hecho causante de la pensión de jubilación.

[28] Por las causas y los supuestos contemplados en el artículo 208.1 LGSS. El artículo 2 a) del RD 1716/2012, de 28 de diciembre aclara que el cese en el trabajo puede producirse antes o después de cumplir los 55 años de edad, pero se entiende referido a la relación laboral más extensa de su carrera de cotización extinguida después de cumplir los 50 años de edad.

[29] El artículo 2 a) del RD 1716/2012, tras aclarar que los 24 meses no son necesariamente consecutivos, indica que los 24 meses con bases de cotización inferiores a la acreditada en el mes inmediatamente anterior al de la extinción de la relación laboral han de estar comprendidos entre el cumplimiento de la edad de 55 años, o la de extinción de la relación laboral por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, si esta es posterior al cumplimiento de dicha edad, y el mes anterior al mes previo al del hecho causante de la pensión de jubilación.

La integración de lagunas es un mecanismo que da respuesta a situaciones de hecho en parte similares a las contempladas con la doctrina del paréntesis aplicable al período de carencia específica (períodos en los que no hubiese existido obligación de cotizar), pero que obedece a una lógica distinta: no se retrotrae el cómputo tanto tiempo como duró la situación de exención de la obligación de cotizar, sino que dichos períodos se integrarán con las bases mínimas de cada momento.

Hasta el 1 de enero de 2013, la integración de lagunas era total, pero como ahora veremos, el nuevo régimen introducido por la Ley 27/2011 es muy restrictivo. La Ley 27/2011 (vigente en esta materia desde el 1 de enero de 2013), modificó profundamente las reglas sobre integración de lagunas aplicables a la pensión de jubilación y para la Incapacidad Permanente (reglas que finalmente fueron distintas a las previstas inicialmente, al modificarse por la Ley 3/2013, de 6 de julio) [30]:

- Las 48 mensualidades con lagunas más próximas dentro del período de la BR, se integrarán con el 100% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración
- El resto de mensualidades con lagunas de cotización, se integrarán con el 50 por 100 de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración.

En los supuestos en que en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista sólo durante una parte del mismo, procederá la integración señalada en los párrafos anteriores, por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización relativa al primer período no alcance la cuantía mensual que corresponda según la regla de integración que resulte aplicable en cada caso. En tal supuesto, la integración alcanzará hasta esta última cuantía

Son unas reglas más restrictivas, que apuestan por el principio de contributividad en lugar de la solidaridad, y que tienen un clarísimo impacto de género, como expresamente asumía el Informe Económico del Anteproyecto de Ley[31].

[30] Las prístinas reglas eran no solo más restrictivas, sino carentes de toda lógica además de enrevesadas al máximo. Al igual que las finalmente aprobadas, se partía de que solo unas lagunas se integrarían con el 100%: cifra que se situaba en un máximo de 48, pero realmente dejaba para supuestos excepcionales la integración de 48 lagunas al 100%, ya que partía de que solo se integraban completamente las 24 mensualidades con lagunas más próximas dentro del período de la BR. Y a esas 24 se le podían añadir otras 24 solo y cuando durante los 36 meses previos al de la base reguladora hubiera meses cotizados, integrándose tantos meses como meses cotizados hubiera, con un máximo de 24. Es decir, les "conmutaría" unos meses que fueron cotizados pero que no sirvieron para la BR por estar fuera de su marco temporal, a cambio de integraciones de lagunas al 100%, pero únicamente si los 36 meses previos a los de la BR se habían cotizado, y la permuta solo llegaba hasta un máximo de 24. Estas reglas se modificaron antes de su entrada en vigor (en julio de 2012), y el texto finalmente vigente posibilita directamente que se integren hasta un máximo de 48 lagunas (las más recientes) con el 100%, y el resto de mensualidades lo harían con el 50%.

[31] MALDONADO MOLINA, J.A., «Igualdad de género y edad de jubilación», en MONEREO PÉREZ y MALDONADO MOLINA (Dirs.), *La edad de jubilación*, Comares, Granada, 2011.

3.2. Porcentaje de la jubilación

3.2.1. El nuevo porcentaje

La Ley 27/2011 modificó los porcentajes a aplicar a la base reguladora, pasando del 3% (los 24 primeros años acreditados) ó 2% (del 25 al 35%), al 2,27272% como media desde el 15 al año 37, aunque con una novedosa graduación mensual (que incomprensiblemente sigue siendo anual para el trabajo realizado a partir de los 65 años): 0,19 entre los meses 1 y 248; y 0,18 entre los meses 249 y 300.

Veamos un par de ejemplos, en los que se aplica también el régimen transitorio contemplado en la nueva disposición transitoria vigésima primera LGSS)[32]

- Trabajador que en 2015 acredita 197 meses cotizados
  - Los primeros 180 (15 años): 50%
  - Los 17 restantes: 17 x 0,21 = 3,57
  - Total: 53,57 %
- Trabajador que en 2018 acredita 395 meses cotizados
  - Los primeros 180 (15 años): 50%
  - Los 215 restantes:
    - 163 x 0,21 = 34,23
    - 52 x 0,19 = 9,88
    - Total: 44,11
  - Total: 94,11%

Sin entrar en el régimen transitorio previsto (, una vez que esté plenamente en vigor redundará en una disminución de las pensiones de aquéllas personas cuya vida laboral es más corta (básicamente mujeres). Esta tabla comparativa del antes y después de la reforma proyectada es suficientemente expresiva, aunque debe advertirse que tras la reforma el porcentaje no varía por años, sino por meses:

Años cotizados	Porcentaje antes Ley 27/11	Porcentaje tras reforma (porcentaje del primer mes de cada año)
15	50	50
16	53	52,28
17	56	54,56
18	59	56,84

[32] Durante los años 2013 a 2019, por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 163, el 0,21 % y por los 83 meses siguientes, el 0,19 %
Durante los años 2020 a 2022, por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 106, el 0,21 % y por los 146 meses siguientes, el 0,19 %
Durante los años 2023 a 2026, por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 49, el 0,21 % y por los 209 meses siguientes, el 0,19 %.
A partir del año 2027, por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 248, el 0,19 % y por los 16 meses siguientes, el 0,18 %.

19	62	59,12
20	65	61,4
21	68	63,68
22	71	65,96
23	74	68,24
24	77	70,52
25	80	72,8
26	82	75,08
27	84	77,36
28	86	79,64
29	88	81,92
30	90	84,20
31	92	86,48
32	94	88,76
33	96	91,04
34	98	93,32
35	100	95,60
36		97,84
37		100

3.2.2. Cálculo del porcentaje en los trabajos a tiempo parcial

El art. 5 RDL 11/2013, de 2 de agosto, no solo ha modificado el cómputo de las cotizaciones de los trabajadores a tiempo parcial en orden al período de carencia, sino también cómo se ponderan tales cotizaciones de cara al porcentaje de las prestaciones.

Así, en su número 2, modifica el párrafo c) de la regla tercera del apartado 1 de la disposición adicional séptima LGSS, estableciendo que a efectos de la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación y de IP derivada de enfermedad común, el número de días cotizados que resulten de aplicar las reglas previstas para la transformación de días naturales a días cotizados[33]. A esa cifra, se le aplica el coeficiente del 1,5, de modo que se incrementará el número de días cotizados un 50%, pero con un límite: el número de días resultante no puede ser superior al período de alta a tiempo parcial (al número de días naturales en alta a tiempo parcial).

Es una regla similar (pero no idéntica) a la que anteriormente existía (desde 1999) para el cálculo del período de carencia, que también en orden a la jubilación y la IP aplicaba a los días cotizados (pero en este caso previamente se cuantificaba en 5 horas el módulo

[33] Es decir, de aplicar a los días trabajados en cada período de actividad el coeficiente de parcialidad que corresponda (no el coeficiente global de parcialidad, sino el que corresponde a cada tipo de contrato que haya tenido el trabajador).

diario, y ahí estriba la diferencia) un coeficiente multiplicador de 1,5 al número de días teóricos de cotización[34].

Una vez aplicado el coeficiente multiplicador a los días cotizados a tiempo parcial (no a toda su carrera laboral), a la base reguladora se le aplicará el porcentaje que corresponda según la escala general recogida en el apartado 1 del artículo 163 y la disposición transitoria vigésima primera.

Sin embargo, esta regla general tiene una regla adicional, y es cuando habiendo sumado su vida laboral cotizada (días cotizados a tiempo completo y a tiempo parcial, estos incrementados con el coeficiente del 1,5), el resultado final sea inferior a quince años. En tal caso, el porcentaje a aplicar a la base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el período de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años. Es decir, como quince años era el período cotizado de daba lugar a un porcentaje de 50, ahora lo que se hace es calcular la proporción que lo cotizado representa de quince (y en consecuencia, qué porcentaje representa de 50).

Esta regla adicional tiene su explicación en que tras el nuevo sistema de cómputo del período de carencia, cabe la posibilidad (véase el ejemplo expuesto en el apartado correspondiente) de que una persona tenga derecho a la pensión de jubilación sin llegar a acreditar los 15 años que se toman como punto de partida para asignar el porcentaje (un 50% como mínimo). Pues bien, para solventar esa situación, se crea una regla específica para aquellos trabajadores que no acrediten los 15 años (solo para ellos). Y en estos casos el porcentaje a aplicar a la base reguladora será inferior a 50. Será la proporción del período cotizado sobre un total de quince años.

Volvamos al ejemplo que poníamos con el cálculo del período mínimo de cotización de los trabajadores a tiempo parcial, para ahora averiguar qué porcentaje se aplicaría sobre su base reguladora.

Régimen	Períodos en alta	Días naturales en alta	Coeficiente de parcialidad	Días cotizados
RGSS	01-01-1998/31-12-2004	2557	100%	2557
RGSS	01-01-2005/30-09-2013	3195	50%	1597
TOTAL		5752	**72,22%**	4154

De cara al porcentaje aplicable, hay que hacer cuatro operaciones:

- A los 1597 días cotizados a tiempo parcial, se le aplica el coeficiente multiplicador de 1,5: 2396 días cotizados a tiempo parcial
- A esa cifra se suman los días cotizados a tiempo completo: 4953 (2557 + 2396)
- Como el importe resultante es inferior a 15 años (5475 días), hay que calcular con una simple regla de tres cuál es el porcentaje del período cotizado en relación con esos 15 años. En este caso es 4953 por 100, dividido por 5475, que da un total de 90,46%

[34] Artículo 3.2 RD 1131/2002 y antigua regla segunda de la Disposición Adicional 7 LGSS.

- A continuación, esa cifra se multiplica a 50 (que sería el porcentaje correspondiente a 5475): 45,23% sería el porcentaje a aplicar a la base reguladora

3.3. Interrupciones de la vida laboral por parto o adopción/acogimiento

La disposición adicional 60 LGSS (introducida por Ley 27/2011), reconoce de 112 a 270 días como cotizados, a efectos de todas las prestaciones, pero no en orden al período de carencia (como hace la Disp Adic 44 LGSS), sino para la cuantía, en caso de interrupciones de la vida laboral acaecidas entre los 9 meses anteriores al parto (o los 3 meses si es adopción) y los 6 años siguientes al mismo.

Tiene efectos para la cuantía de todas las prestaciones salvo las de desempleo. También tiene efectos para determinar la edad de jubilación (que es distinta según el período cotizado), y para los supuestos de jubilaciones por penosidad y toxicidad.

Se desarrolla reglamentariamente en los artículos 5 a 9 RD 1716/2012, de 28 de diciembre. Se trata de interrupciones de la vida laboral, por lo que solo se aplica a quienes ya habían estado dadas de alta e interrumpen su vida laboral. Solo se aplica a trabajadores por cuenta ajena, que hubieran visto extinguido el contrato, o finalizado el desempleo contributivo.

El período reconocido como cotizado será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido. Dicho período se incrementará anualmente, a partir del año 2013 y hasta el año 2018, hasta alcanzar el máximo de 270 días por hijo en el año 2019.

- 2013: 112 días
- 2014: 138 días
- 2015: 164 días
- 2016: 191 días
- 2017: 217 días
- 2018: 243 días
- 2019 y siguientes: 270 días

Como excepción, desde 2013 computan 270 días por hijo a efectos del período cotizado que determina la edad de jubilación (art. 6.4. RD 1716/2012)

En ningún caso el período reconocido podrá ser superior a la interrupción real de la cotización. Al ser ese número de días por hijo, se fija un tope para la suma total: los períodos computables no podrán superar los 5 años por beneficiario, cualquiera que sea el número de hijos nacidos o adoptados o menores acogidos.

Los periodos computables son compatibles y acumulables con los periodos de cotización efectiva derivados de las situaciones de excedencia que se disfruten en razón del cuidado de hijos o de menores acogidos (previstos en el art. 180.1 LGSS), si bien no podrán

superar en conjunto los 5 años por beneficiario cuando los beneficios por cuidado de hijos o menores acogidos y los periodos de cotización efectiva concurran en la misma prestación a los efectos de determinar su cuantía o, cuando se trate de jubilación, la edad de acceso a la misma prevista en el artículo 161.1.a) LGSS

En caso de parto o adopción múltiple, cada hijo dará lugar a un descanso de forma singular. Este beneficio solo se reconocerá a uno de los progenitores. En caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre.

Si este período se usa para el cálculo de la base reguladora de las prestaciones (por estar comprendido en el período que se toma para su cálculo), la base de cotización a considerar estará constituida por el promedio de las bases de cotización del beneficiario correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio de la interrupción de la cotización o, en su caso, cuando existan intermitencias en la cotización, las correspondientes a los seis meses cotizados inmediatamente anteriores a cada periodo que se compute.

Si el beneficiario no tuviera acreditado el citado período de seis meses de cotización, se computará el promedio de las bases de cotización que resulten acreditadas, correspondientes al período inmediatamente anterior a la interrupción de la cotización.

4. VIDA LABORAL Y EDAD DE JUBILACIÓN

La entrada en vigor el 1 de enero de 2013 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, ha supuesto la puesta en un nuevo modelo de jubilación, en lo que es una verdadera reformulación de la edad de jubilación, rompiéndose con los parámetros que desde 1919 se mantenían en nuestro país. No se ha tratado simplemente de una elevación de la edad pensionable, sino que ésta pasa a determinarse sobre dos criterios, uno que se asienta en la edad (edad en la que presuntamente habrá llegado la vejez, y que por tanto sigue uno de los fundamentos clásicos de la protección de la vejez). Y otro en el que se atiende al tiempo de trabajo desempeñado (y que en consecuencia sigue el otro de los fundamentos de su cobertura: en este caso el derecho al descanso)[35]. Se prescinde de una sola edad legal de referencia, y se usan dos, en función del período cotizado que acredite el trabajador. Se usa un nuevo concepto como es el de "carrera laboral", que se considera completa con 38 años y 6 meses cotizados al sistema (con unas reglas transitorias que parten de los 35 años cotizados).

Junto a esta reforma de la edad ordinaria, la Ley 27/2011 (modificada por el RDL 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), acometió una importante reforma de las jubilaciones anticipadas, en las que la vida laboral cotizada también es la que determina cuál es la edad a la que el trabajador puede anticipar su edad de retiro. Así, en la redacción original de la Ley 27/2011 se fijaba una edad para las jubilaciones anticipadas[36],

[35] MALDONADO MOLINA, J.A., «La edad de jubilación, retiro y vejez», en MONEREO PÉREZ y MALDONADO MOLINA (Dirs.), *La edad de jubilación*, Comares, Granada, 2011, págs. 85 y 86.

[36] La edad era 63 años en caso de jubilación anticipada voluntaria; y 61 en el supuesto de jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador.

mientras que en la redacción dada por el RDL 5/2013 se parte de la edad ordinaria que le corresponda, lo cual a su vez nos remite a la carrera laboral del trabajador[37].

Por tanto, la edad ordinaria (e indirectamente las edad de jubilación anticipada) será distinta según el período cotizado por el trabajador. La edad se fija en años (65/67), aunque transitoriamente hasta 2026, las edades podrán ser fijadas en años y meses (por ejemplo, en 2013 fue 65/65 años y un mes)[38]. Junto a las reglas de la edad, se fijan otras para el cálculo del período cotizado que determina la edad aplicable. Este período cotizado también se fija en años y meses, en contraste con el cómputo de la vida laboral a efectos del período de carencia, que se computa en días, con lo cual se hace necesario convertir en años y meses lo que se ha computado en día, en los términos analizados ya anteriormente (supra).

Igualmente, la norma precisa qué períodos se considerarán como cotizados a estos efectos (para determinar la edad), y cuáles no:

a) Se considerarán como cotizados:

- Los días que se consideren efectivamente cotizados como consecuencia de los periodos de excedencia por cuidado de hijos (hasta tres años) o familiares (hasta un año) (arts. 180.1 y 2 LGSS).

- Los días que se computen por interrupción de la vida laboral por parto o acogimiento en los nueve meses anteriores al parto o dentro de los seis años siguientes al mismo (Disposición adicional 60 LGSS, introducida por Ley 27/2011, y desarrollada reglamentariamente en el RD 1716/2012, de 28 diciembre (arts. 5 a 9)[39](hasta 270 días).

[37] Hasta dos años antes de la edad de jubilación, en caso de jubilación anticipada voluntaria; y hasta cuatro años antes de la edad de jubilación en el supuesto de jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador.

[38] Para el cálculo de la edad (que insistimos, en ocasiones se precisa en años más meses), se hacía necesario fijar una regla que indique cuándo se considera cumplida dicha edad. Ello lo ha recogido el RD 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, que en su artículo 1.1 señala que a estos efectos "el cómputo de los meses se realizará de fecha a fecha a partir de la correspondiente al nacimiento", y "cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se considerará que el cumplimiento de la edad tiene lugar el último día del mes".

[39] La disposición adicional 60 LGSS (introducida por Ley 27/2011), reconoce de 112 a 270 días como cotizados, a efectos de todas las prestaciones, pero no en orden al período de carencia (como hace la Disp Adic 44 LGSS), sino para la cuantía, en caso de interrupciones de la vida laboral acaecidas entre los 9 meses anteriores al parto (o los 3 meses si es adopción) y los 6 años siguientes al mismo. Tiene efectos para la cuantía de todas las prestaciones salvo las de desempleo. Y como ahora se analiza, también tiene efectos para determinar la edad de jubilación (que es distinta según el período cotizado).
Se trata de interrupciones de la vida laboral, por lo que solo se aplica a quienes ya habían estado dadas de alta e interrumpen su vida laboral. Solo se aplica a trabajadores por cuenta ajena, que hubieran visto extinguido el contrato, o finalizado el desempleo contributivo.
Aunque como regla general el período reconocido como cotizado será de 112 días por cada hijo (previéndose un incremento anual hasta llegar a los 270 días en 2019), a efectos del período cotizado que determina la edad de jubilación, como excepción, desde 2013 computan 270 días por hijo (art. 6.4. RD 1716/2012).
En ningún caso el período reconocido podrá ser superior a la interrupción real de la cotización. Al ser ese número de días por hijo, se fija un tope para la suma total: los períodos computables no podrán superar los 5 años por beneficiario, cualquiera que sea el número de hijos nacidos o adoptados o menores acogidos.

- Los periodos de cotización asimilados por parto que se computen a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional 44 LGSS[40].

b) No computarán los días-cuota, es decir, la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias, exclusión que es coherente con la nueva filosofía que al respecto sigue el legislador tras la Ley 40/2007, de no computar los días-cuota en relación al período de carencia de la jubilación[41]).

5. CONCLUSIONES

- El camino elegido para garantizar la viabilidad del sistema de pensiones ha sido el de recortar la cobertura, disminuyendo el importe de las prestaciones, endureciendo los requisitos, e introduciendo la variable del factor de sostenibilidad. De este modo, el escenario es de conjunción de un principio de contributividad reforzado y una cobertura condicionada al factor de sostenibilidad. No se cuestiona la vía de los ingresos, solo la de los gastos.

- Con esta lógica, el importe la pensiones debe reducirse, para lo que ha aumentado el período que compone la base reguladora de la jubilación, se restringen la integración de lagunas, se incrementa el tiempo trabajado que permite obtener el porcentaje del cien por cien, hay nuevas reglas de revalorización de pensiones, y una mayor penalización en las jubilaciones anticipadas. Todo ello (salvo la revalorización), ligado a la vida laboral cotizada.

- Los requisitos también se modifican vinculándolos a la vida laboral cotizada, como ocurre con la edad de jubilación (tanto ordinaria como anticipadas)

- Los cambios en las fórmulas de determinación de la cuantía y requisitos han venido acompañados con nuevas reglas en el cómputo de la vida laboral, reglas que si bien normalmente han sido restrictivas, son mucho más solidarias en el caso de los trabajadores a tiempo parcial (como consecuencia de los pronunciamientos del TJUE y del TC)

Los periodos computables son compatibles y acumulables con los periodos de cotización efectiva derivados de las situaciones de excedencia que se disfruten en razón del cuidado de hijos o de menores acogidos (previstos en el art. 180.1 LGSS), si bien no podrán superar en conjunto los 5 años por beneficiario cuando los beneficios por cuidado de hijos o menores acogidos y los periodos de cotización efectiva concurran en la misma prestación a los efectos de determinar su cuantía o, cuando se trate de jubilación, la edad de acceso a la misma prevista en el artículo 161.1.a) LGSS

En caso de parto o adopción múltiple, cada hijo dará lugar a un descanso de forma singular.

Este beneficio solo se reconocerá a uno de los progenitores. En caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre.

[40] En este caso se dan por cotizados 112 días a las mujeres que tuvieron un hijo y en esos momentos no cotizaban (no se exige que previamente hubieran cotizado). Se exigen dos requisitos: que hubiera un nacimiento (no se asimila la adopción, sino que la Ley habla de parto); y que la mujer no hubiera cotizado la totalidad de los 112 días. Los efectos es dar por cotizados un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple. Tiene efectos para el requisito de período de carencia, y para el cómputo de la vida laboral en orden a la edad de jubilación, como estamos viendo.

[41] Cuestión que ya mereció nuestro juicio positivo en su momento (MALDONADO MOLINA, J.A., «La reforma de la jubilación en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre», en MONEREO PÉREZ (Dir.), *La reforma de la Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 323), y ahora se vuelve a recoger respecto del concepto de carrera laboral, donde cobra pleno sentido, ya que no se trata de medir el importe de lo cotizado (que es lo que se valora con los días cuota), sino el período temporal asegura.

- Junto con el reforzamiento del principio de contributividad (y el consiguiente protagonismo desmedido de la vida laboral cotizada), aparece un nuevo elemento que corrige uno de los pocos aspectos positivos que tenía la contributividad, y que era la seguridad jurídica. En efecto, el factor de sostenibilidad no solo se emplea para la revisión de la edad, sino de la cuantía que procedería aplicando las reglas contributivas, lo cual supone un cambio sustancial en el régimen jurídico, que además atenta a la seguridad jurídica base en un mecanismo de protección de riesgos futuros como es la Seguridad Social, que en esta materia deja de ser segura. jurídicas, podría aducirse que se está aplicando la doctrina "rebus sic stantibus", de modo que si las circunstancias concurrentes cuando el sujeto realiza sus contribuciones al sistema sufren una alteración sustancial, puede dar lugar a una modificación. Sin embargo, esta teoría es difícil de aplicar al caso, ya que: la variación de la esperanza de vida en un lustro difícilmente tendrá unas dimensiones que permita hablar de alteración sustancial; esta variación corresponde a la esperanza de vida a los 67 años, de forma que tampoco hay certeza que sea finalmente así, es una merca estimación en base a una ciencia tan poco exacta como la demografía; el sistema financiero de reparto hace que realmente no haya un vínculo contractual que haga exigible lucrar un determinado importe.

Este derecho viene por otro lado, por el derecho a la seguridad social consagrado constitucionalmente, y es que sin seguridad jurídica no hay seguridad social, y el que el importe a percibir pueda variar según los cálculos quinquenales hechos por el Ministerio no aporta mucha seguridad (social) al asegurado.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

A. **Contingencias protegidas**

Cambios Sociales y Cambios Jurídicos. Un Nuevo Ejemplo: El Accidente *In Itinere* Vs El Accidente En Misión
Social Change And Legal Changes: A New Example: Accident *in Itinere* Vs Accident In Mission

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO
CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD JAUME I-CASTELLÓN

Resumen

El Tribunal Supremo ha cambiado su doctrina en relación a la interpretación del concepto de "domicilio" como elemento integrante del accidente *in itinere* en atención a los cambios sociales. El accidente en misión, sin embargo, ha sufrido diferente suerte. El presente trabajo analiza ambos conceptos de construcción jurisprudencial, contraponiendo la evolución de uno y otro.

Palabras clave

Accidente de trabajo; Accidente *in itinere*; Accidente en misión; Enfermedades cardiovasculares y cerebrales; Tribunal Supremo; Jurisprudencia.

Abstract

The Supreme Court has changed its doctrine concerning the interpretation of the concept of "home" as a component of accident *in itinere* in response to social changes. The accident on mission, however, has been differentfate. This paper analyzes two concepts of case law, contrasting the evolution of each other.

Keywords

Accident at work; Accident *in itinere* (whiletraveling); Accident on mission; Cardiovascular and cerebral diseases; Supreme Court; Case Law; Social changes; Legal changes.

1. INTRODUCCIÓN

Dijo GUASP[1] que el Derecho para salvar a la Sociología no tiene más remedio que matarla. Toma de la realidad social los problemas necesitados de solución, establece un esquema de instituciones artificiales con las que sustituye las estructuras sociales del fenómeno y tras esa labor de alquimia, se desentiende de la materia social para operar con las nuevas categorías creadas. Pero que cualquier regulación jurídica de un fenómeno social necesariamente lo fosilice a efectos jurídicos, no puede significar que esa fosilización lo sea del Derecho. El Derecho tiene, no sólo la posibilidad, sino el deber de cambiar, de adecuar esas categorías artificiales a la realidad de los fenómenos sociales, necesidad que se hace especialmente acuciante en materia de seguridad social en la que el bien jurídico protegido –la protección de situaciones de necesidad– exige obviar anacronismos y ajustar la norma a la realidad social en favor de los beneficiarios. Esta necesidad de cambio o adaptación puede proceder directamente de quien ostenta el poder legislativo, que debe estar atento a los

[1] Guasp Delgado, J., "La pretensión procesal", Madrid (Civitas), 2ª edición, 1985, pág. 42.

cambios sociales para modificar las categorías jurídicas sobre las que opera cuando la realidad social ha mudado, como de forma indirecta a través de los tribunales, quienes por mandato legal (art. 3.1 Código Civil) tienen que utilizar como criterio hermenéutico la realidad social del tiempo en el que la norma va a ser aplicada.

Si hay una institución jurídica en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social que deba su actual configuración legal a la hermenéutica de los tribunales esta es, sin duda, la del accidente de trabajo y dentro de este, específicamente el *"accidente in itinere"* es decir, el que tiene lugar al ir o al volver del lugar de trabajo. Como es sabido, la protección frente a los accidentes de trabajo aparece en nuestro país por vez primera con la promulgación de la Ley de Accidente de Trabajo de 30 de enero de 1900 cuya amplia definición legal determinó prontamente un activo papel de los tribunales en la interpretación de los tres escuetos elementos que integraban dicha definición: la lesión corporal, el trabajo por cuenta ajena y, especialmente, la amplia relación de causalidad que vincula el segundo con la primera. Si tan prontamente como en 1903 el Tribunal Supremo ya declaró comprendido en el concepto legal de lesión corporal la enfermedad del trabajo en el entendimiento de que el deterioro lento y progresivo propio de la enfermedad no estaba *per se* excluido del concepto de lesión corporal, negando la equiparación entre accidente laboral y acción súbita y violenta, la doble relación de causalidad recogida en el art. 1 de la LAT/1900 constituyó el elemento clave en la configuración jurisprudencial del accidente de trabajo, al consagrar como accidente laboral no sólo el producido en la directa ejecución del trabajo y consecuencia de este (relación de causalidad directa o inmediata) sino también el acaecido por causas eficientes distintas del trabajo, pero cuando éste tenía alguna presencia o conexión y concretamente, cuando el trabajo daba la ocasión del accidente de tal manera que si el trabajador no hubiera acudido a trabajar, aquél no se hubiera producido, en lo que la doctrina denominó el accidente de trabajo "impropio"[2].

Esta interpretación amplia, pero perfectamente subsumible en la definición legal, resultaba perfectamente lógica desde la perspectiva del criterio aplicativo pro-operario (en este caso, pro-beneficiario) propio del ámbito laboral y más en un momento histórico-jurídico en el que la única protección específica del obrero lo era ante los accidentes de trabajo, todavía muy lejanos los seguros sociales para la cobertura de los riesgos de muerte e invalidez derivados de contingencias comunes, que no se hará efectiva hasta la implantación del Seguro Obrero de Vejez e Invalidez con el Decreto de 18-4-1947, lo que obligaba a recurrir a la responsabilidad civil articulada sobre la culpa aquiliana (art. 1902 Código Civil), que exigía la prueba a cargo del trabajador, siempre difícil en una relación caracterizada por la subordinación y la dependencia. Hubo que esperar a la promulgación del Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto articulado primero de la Ley 193/1963 de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social para que los accidentes que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo aparezcan expresamente considerados como accidentes de trabajo en la legislación del nuevo sistema de Seguridad Social si bien *"siempre que concurran las condiciones que reglamentariamente se determinen"*[3]. El

[2] Como estudio histórico de concepto de accidente de trabajo y el papel de la jurisprudencia, vid. CARRO INGELMO, A. J., "El concepto de accidente de trabajo en el Derecho español", Santiago de Compostela (Porto y Cia), 1955.

[3] Efectivamente, ni el Decreto de 8-10-1932, por el que se aprobó la Ley de Accidentes de Trabajo en la Industria, ni en el Decreto de 31-1-1933 por el que se aprobó el Reglamento de la Ley de Accidentes de Trabajo en la

accidente *in itinere* aparece así por primera vez en una norma legal como un ejemplo claro –el primero en la tipología, que enumera otros supuestos acogidos por los tribunales– del accidente ocurrido *"con ocasión"* del trabajo que se ejecuta por cuenta ajena, en tanto es el trabajo el que confiere la "ocasión" al mismo. Con todo, y al igual que ha ocurrido de forma reiterada en otras ocasiones, el desarrollo reglamentario de las condiciones exigibles legalmente nunca tuvo lugar, laguna que tuvo que ser cubierta por una nutrida y consolidada jurisprudencia que ha ido delimitando los distintos requisitos que deben concurrir en la definición del accidente *in itinere*, en un vasto casuismo.

Si el accidente *in itinere* encuentra su razón de ser en la relación de causalidad mediata expresada con la locución "con ocasión" del art. 115 LGSS, por el contrario, el accidente en misión, también de creación jurisprudencial, presenta una naturaleza algo más compleja lo que queda claramente puesto de manifiesto en su evolución jurisprudencial.

En una primera aproximación, se trata de un accidente de trabajo propio en tanto el accidente en misión puede sobrevenir en la propia ejecución del trabajo –por tanto, en tiempo de trabajo– concurriendo la particularidad de que el trabajador accidentado realiza su actividad laboral movilizado o misionado. La particularidad de este accidente en misión frente al accidente de trabajo clásico radicaría en el elemento locacional o geográfico en tanto el trabajo se ejecuta en un lugar diferente al espacio físico de la empleadora, bien un lugar indeterminado –como pueda ser la sede de algún cliente de la empresa–, bien de carácter móvil –en el ámbito de la actividades de transporte–. El elemento temporal, sin embargo, no presenta particularidades en tanto debe ocurrir en la ejecución de la actividad laboral contratada y por tanto, en tiempo de trabajo. De esta manera, la relación de causalidad es directa, siendo el trabajo la causa eficiencia de la acción lesiva frente al accidente *in itinere* que ocurre en el tiempo anterior o posterior al inicio de la ejecución del trabajo, en el desplazamiento desde domicilio del trabajo y viceversa, siendo el trabajo sólo la causa mediata en tanto da la ocasión para el accidente.

Sin embargo, la jurisprudencia no siempre se ha ceñido a esta interpretación tan restrictiva del accidente en misión y durante un tiempo extendió la protección de la laboralidad a todo el tiempo en el que el trabajador desplazado aparecía sometido a las decisiones de la empresa, incluso durante los tiempos de descanso, de tal forma que la protección abarcaba todo el tiempo de desarrollo del desplazamiento porque durante dicho tiempo el trabajador no podía reintegrarse a su vida privada y a su domicilio familiar y si bien ese nexo causal podía romperse, esa ruptura no derivaba de la conclusión de las tareas profesionales –en tanto esa finalización no conlleva el reintegro del trabajador a su domicilio y vida privada y familiar– sino de otros hechos que se apartan de la situación que es laboral por extensión, es decir, cuando el trabajador rompe la dependencia y dispone de su tiempo y actuación [STS de 24-9-2001 (rcud: 3414/2000)]. De esta manera el accidente en misión convergía tanto en la causalidad directa –cuando el accidente ocurría durante la jornada de trabajo– como en la causalidad indirecta –cuando acontecía fuera de ésta pero mientras duraba el desplazamiento–, en tanto que era el trabajo el motivo del desplazamiento y por

Industria, ni el DECRETO de 22 de junio de 1956 por el que se aprueba el texto Refundido de la Legislación de accidentes del Trabajo y Reglamento para su aplicación, recogieron expresamente el accidente *in itinere* –ni ningún otro subsumible en la relación de causalidad mediata- en el precepto referido a la regulación y definición del accidente de trabajo.

tanto, el que daba ocasión a la lesión derivada del accidente, salvo excepcionales rupturas de la relación de causalidad, que incrementaban el riesgo. En definitiva, el mismo criterio que fundamenta el accidente *in itinere* y otros de los supuestos previstos en el art. 115.1 LGSS: que el desplazamiento viene impuesto por el trabajo o que el trabajo es el que confiere "la ocasión".

En las páginas que siguen se va a dar cuenta de dos recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre ambas modalidades de accidentes de trabajo. Así, en primer lugar, la importante STS de 26 de diciembre de 2013 (rcud: 2315/2012), en Sala General[4], supone un cambio en la doctrina del Tribunal Supremo en lo que respecta al accidente *in itinere*, fundamentado en que los cambios sociales operados en el trabajo necesariamente deben trasladarse a la aplicación de los criterios interpretativos que el Tribunal Supremo ha ido configurando durante más de un siglo. En segundo lugar, la STS de 11-2-2014 (rcud: 42/2013)[5] que, por el contrario, reitera la doctrina que desde hace unos años viene manteniendo el Tribunal Supremo respecto de los accidentes en misión.

2. EL CAMBIO DE DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN AL ACCIDENTE *IN ITINERE*. LA PRIMACÍA DEL ELEMENTO TELEOLÓGICO SOBRE EL TEMPORAL Y EL GEOGRÁFICO

La construcción jurisprudencial del accidente *in itinere* se ha articulado sobre la idea de que el trabajo es la causa mediata del accidente en tanto el desplazamiento viene impuesto por la necesidad de ir al trabajo lo que permite reconducirlo a la causalidad indirecta recogida en el art. 115.1 LGSS. Esta conexión desplazamiento-trabajo ha llevado a la jurisprudencia a exigir tradicionalmente la concurrencia de determinados circunstancias que materializarían dicha conexión, que deben concurrir de forma simultánea y que se concretan en las siguientes: a) un elemento finalista, de tal forma que el desplazamiento debe tener una motivación laboral lo que excluye cualquier accidente que pueda ocurrir en desplazamientos motivados por razones de carácter privado o personal incluso aunque tengan lugar durante interrupciones en la prestación de servicios y con autorización de la empresa; b) un elemento topográfico, que exige que el accidente ocurra en el trayecto habitual y normal entre domicilio y el lugar de trabajo o viceversa, de donde se infiere la importancia que adquiere la correcta identificación de ambos puntos de partida o llegada; c) un elemento temporal o cronológico, que exige que el accidente se produzca dentro de un tiempo razonable en relación al trayecto que el trabajador debe realizar y sin que el recorrido se vea interrumpido por desviaciones o interrupciones que rompan la finalidad laboral del desplazamiento; y finalmente, d) un elemento mecánico, que se concreta en la idoneidad del medio de transporte utilizado. Todos estos criterios pero especialmente el topográfico y temporal, deben siempre valorarse atendiendo a las reglas o patrones usuales de convivencia de tal manera que sólo aquellos comportamientos que no respondan a patrones usuales de convivencia romperán el nexo causal y excluirán la laboralidad del accidente.

[4] Ponente: Excmo. Sr. Aurelio Desdentado Bonete

[5] Ponente: Excma. Sra. Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

El cambio de doctrina de la STS de 26 de diciembre de 2013(rcud: 2315/2012)[6] afecta, relativizándolo, al elemento geográfico de esta clásica configuración jurisprudencial e indirectamente también al temporal, pues en muchos casos ambos se encuentran íntimamente relacionados.

La identificación del domicilio como punto de partida o de llegada ha constituido un punto crucial a la que la jurisprudencia ya había dedicado variados pronunciamientos. Para el Tribunal Supremo el accidente ocurrido en el propio domicilio el trabajador no es accidente *in itinere* porque no ocurre en el trayecto, que es el espacio protegido por esta categoría jurídica [STS de 19-7-1986 (RJ 1986, 4262) y STS de 29-11-1988 (RJ 1988, 8908), considerando que el domicilio termina cuando el trabajador ya no está en el espacio cerrado, exclusivo y excluyente constitucionalmente protegido propio del domicilio, considerando así que el trayecto exigible para la concurrencia del accidente *in itinere* ya ha iniciado cuando se transita por un lugar de libre acceso para los vecinos y susceptible de ser visto y controlado por terceras personas ajenas a la familia [STS de 26-2-2008 (rcud:1328/2007)]. En este sentido, las escaleras del portal del inmueble en el que radica el domicilio del trabajador constituyen parte del trayecto que recorre éste hasta el lugar de trabajo, sin que sea necesario que el trabajador haya accedido ya a la vía pública [STS de 26-2-2008 (rcud. 1328/2007)], doctrina que se extiende, sobre idéntica argumentación, al accidente ocurrido dentro de la finca particular del trabajador accidentado porque el elemento determinante no es tanto el título jurídico en virtud del cual se ocupa una vivienda, o el de los elementos comunes que igualmente la configuran y en los que el accidente se pudiera producir sino que lo decisivo es, por un lado, que, se debe por domicilio el lugar cerrado en el que el trabajador desarrolla habitualmente las actividades más características de su vida familiar, personal, privada e íntima ("morada fija y permanente", en la primera acepción del DRAE), es decir, lo que comúnmente denominamos "vivienda" ("lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas", también en la primera acepción del DRAE), y, por otro, que el abandono de ese espacio concreto (elemento geográfico) debe ponerse en relación directa con el inicio de otras actividades o circunstancias que, alejadas ya por completo de las primeras, así mismo ponen claramente de relieve una relación causal (elemento teleológico) con el comienzo (elemento cronológico) del trayecto que conduce en exclusiva al desempeño de la actividad laboral [STS de 14-11-2011 (rcud: 1420/2010).

[6] El Auto de 3-12-2013 (Ponente: Excma. Sra. Lourdes Arastey Sahún) declara la inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina por falta de contradicción en un caso similar: el trabajador, tras finalizar su turno de trabajo y ser trasladado junto con otros trabajadores con el vehículo de la empresa a la localidad de Escoriatza (Guipúzcoa), se dispuso a desplazarse a su domicilio familiar en Gandía (donde está empadronado) para pasar sus días de descanso en un vehículo conducido por su hijo, también trabajador de la empresa, ocurriendo entonces el accidente de tráfico en la provincia de Teruel. La STSJ Comunidad Valenciana declaró el carácter laboral del accidente. Se invocaba como contradictoria una STSJ Andalucía El trabajador accidentado era médico residente de primer año en Talavera de la Reina. De lunes a viernes vivía en esa localidad, compartiendo alojamiento con otros compañeros. Los fines de semana se desplazaba a Sevilla, al domicilio familiar. Un viernes, tras acabar la jornada de trabajo, sobre las 16:40 horas, en el término municipal de Miajas, sufrió accidente de tráfico, en el que falleció. Tanto la sentencia de instancia como la de suplicación desestimaron la laboralidad del accidente en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo de que el domicilio familiar de fin de semana no puede considerarse domicilio a efectos del accidente in *itinere*. El Auto considera que no hay contradicción entre ambas sentencias porque en la sentencia recurrida existen circunstancias singularizadoras que justifican la diferente resolución: concretamente, la existencia de una forma peculiar de desarrollarse la actividad organizada por la propia empresa, ya que está previsto que realice turnos de 10 días, disfrutando a continuación de cinco días de descanso, lo que le permite desplazarse al domicilio familiar.

Con todo, el Tribunal Supremo ya había ampliado el concepto de domicilio en atención a factores sociales admitiendo la variabilidad de este y aceptando como domicilio el domicilio veraniego o segunda residencia del propio trabajador [STS de 16-10-1984 (RJ 1984, 5284) y STS de 8-6-1987 (RJ 1987, 4141) pero sin admitir, sin embargo, el domicilio de otros familiares cuando no constituyen residencia principal del trabajador al considerar que ampliar el domicilio habitual del trabajador al de cualquier familiar próximo exorbita el riesgo profesional [STS de 29-9-1997 (RJ 1997, 6851); STS de 17-12-1997 (RJ 1997, 9484) y STS de 19-1-2005 (RJ 2005, 2534), doctrina igualmente aplicable cuando el domicilio al que se traslada es simplemente de un amigo o compañero [STS de 28-2-2001 (RJ 2001, 2826)]. Precisamente la STS de 29-9-1997 (RJ 1997, 6851)de cuya doctrina ahora se aparta expresamente el Tribunal Supremo, señala literalmente que *"por domicilio hay que entender no sólo el domicilio legal, sino el real y hasta habitual , y en general, el punto normal de llegada y partida del trabajo (...) de tal forma que teniendo en cuenta la evolución que se produce en las formas de transporte y en las costumbres sociales, la noción de domicilio se amplía para incluir lugares de residencia e incluso de estancia o comida distintos de las residencia principal del trabajador"*. Pero esta doctrina se ve limitada en la propia STS de 29-9-1997 (RJ 1997, 6851) cuando precisa que, aun aceptando ese concepto amplio de domicilio, *"lo esencial no es tanto salir del domicilio o volver al domicilio, aunque sea lo más corriente y ordinario, lo esencial es ir al lugar de trabajo o volver del lugar de trabajo*". Con esta precisión la citada STS de 29-9-1997 (RJ 1997, 6851)niega el carácter laboral del accidente ocurrido entre Valencia y Castellón un domingo a las 23 horas cuando se dirigía a Barcelona, procedente de Almería, a donde se había desplazado para pasar junto a su familia directa (esposa e hijos) el Puente de San José. Para el Tribunal además de que no se trata de la residencia del trabajador, ni principal ni secundaria, sino la de la familia, se encontraba a larga distancia, sin que concurriera tampoco el elemento cronológico porque en la hora que se produce no se puede considerar próximo al trabajo añadiendo que *"(…) en realidad, lo más probable es que el punto final de ese trayecto no fuera el lugar de trabajo, sino la residencia del trabajador en Barcelona, para incorporarse el día siguiente al trabajo"*. Es decir, falta el elemento esencial en la configuración del trayecto que es que el desplazamiento se realice desde el domicilio hacia el lugar de trabajo o viceversa. El Tribunal Supremo da así preferencia al elemento geográfico (e indirectamente también al temporal) sobre el teleológico, en tanto el punto de destino del desplazamiento del trabajador, pese a que tenía por finalidad permitirle su incorporación al día siguiente al puesto de trabajo, no era su puesto de trabajo, lo que sitúa el desplazamiento fuera del trayecto protegido por el art. 115.1.a) LGSS.

Este es precisamente el sutil giro que lleva a cabo la STS de 26-12-2013(rcud: 2315/2012), en Sala General. En este caso, el trabajador prestaba sus servicios en un centro de trabajo de la empresa en una localidad de Soria, teniendo ubicado su domicilio laboral en otra localidad cercana (15 km) de esa misma provincia. El trabajador habitualmente se desplazaba a pasar el fin de semana en su domicilio familiar, situado en una localidad de León, situada a más de 350 km de su domicilio o residencia laboral. Dado que el trabajador entraba a trabajar a las 8.00 a.m., habitualmente se desplazaba a su domicilio laboral la noche anterior siendo entonces –sobre las 21.30 horas del domingo– cuando sufrió un accidente, a resultas del cual inició un proceso de incapacidad temporal. La sentencia de instancia declara la laboralidad del accidente, que sin embargo, es negada en suplicación, sentencia ésta última que es casada por el Tribunal Supremo.

Frente a lo que pudiera parecer, el Alto Tribunal no niega la importancia inicial del punto desde el que se parte al trabajo o desde el que se regresa, como elemento básico en la categorización del accidente *in itinere*, juntamente con el elemento teleológico. En este sentido, la STS de 26-12-2013 (rcud: 2315/2012)recuerda su consolidada doctrina –con expresa cita de las distintas sentencias en la materia– y expresamente, citando aquéllas en las que la ampliación jurisprudencial del concepto de domicilio no resultó aplicable, bien porque el lugar no era una residencia habitual o un sitio ordinario de comida o descanso o bien porque la opción por esos lugares comportaba un incremento de los riesgos y siempre recordando que también es necesario que exista la conexión entre el trabajo y el domicilio. Pero tras este recordatorio, la sentencia señala que el trayecto realizado por el trabajador queda comprendido –o mejor dicho, no queda fuera de– en el art. 115.2.a) LGSS en atención a que el domicilio real es el domicilio familiar y no necesariamente sólo el domicilio a efectos laborales, que se convierte en mera residencia, en tanto aquél es la sede jurídica de la persona a la que se refiere el art. 40 Código Civil y el trabajador ha demostrado con sus desplazamientos semanales al mismo su intención de continuar viviendo allí. La evolución de las nuevas formas de organización del trabajo impone unas necesidades de movilidad geográfica que obligan a los trabajadores a continuos ajustes en el lugar de trabajo que no necesariamente se traducen en traslados de domicilio y que en muchos casos tienen carácter temporal y atendiendo a esta nueva realidad social que constituye un criterio para la aplicación e interpretación de las normas por mandato del art. 3 Código Civil es por lo que el Tribunal Supremo concluye en la laboralidad del accidente.

Se relativiza así el elemento geográfico en tanto lo primordial es el elemento teleológico dado que el desplazamiento tuvo lugar "con ocasión" del trabajo: el hecho de que el accidente tuviera lugar muchas horas antes de la hora de inicio de la jornada de trabajo y que el punto de partida y de destino no fuera el lugar de trabajo no resulta relevante, porque como dice la sentencia *"la finalidad principal del viaje sigue estando determinada por el trabajo"*. Los elementos temporal y geográfico pasan así a un segundo plano cediendo la primacía al elemento finalista, al hecho de que la lesión se produjera "con ocasión" del trabajo. En todo caso, el elemento geográfico no desaparece pues el hecho de ir al lugar de residencia habitual lo es para desde éste ir al trabajo en unas condiciones más convenientes para la seguridad y para el propio rendimiento laboral de tal manera que, aunque esto no se diga expresamente en la sentencia, si el destino del desplazamiento desde el domicilio familiar no fuera la residencia laboral para poder descansar adecuadamente con antelación a la incorporación al trabajo no cabría hablar de accidente *in itinere*.

3. EL ACCIDENTE EN MISIÓN: LA RESTRICCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CAUSALIDAD MEDIATA

Si el accidente *in itinere* ha tenido una evolución jurisprudencial claramente ampliatoria, el accidente en misión ha sufrido un viaje de ida y vuelta y la jurisprudencia actual, de la cual la STS de 11-2-2014 (rcud: 42/2013) es una nueva muestra, se mantiene en la interpretación restrictiva, si bien hay que situar la doctrina de esta sentencia en el contexto de la situación clínica del trabajador. En definitiva, la cuestión general que habrá que abordar es, independientemente del asunto concreto resulto en esta sentencia, la operatividad de la relación de causalidad indirecta o mediata en el ámbito del accidente de trabajo en misión, es decir, el accidente ocurrido mientras el trabajador se encuentra desplazado.

En dicha sentencia el trabajador fue desplazado a Tel Aviv para el montaje de la carpintería de una nueva tienda que la empresa Inditex iba a abrir en dicha ciudad. El 7 de julio de 2008 quedó en el vestíbulo del hotel con un compañero de otra empresa, que también estaba trabajando en la misma tienda, para dirigirse al trabajo a las 7:30 a.m. Ante la inasistencia del trabajador, el compañero subió a su habitación del hotel, donde lo encontró tirado en el suelo. Trasladado a un centro hospitalario fue diagnosticado de ictus isquémico de la arteria cerebral media derecha, teniendo antecedentes de tensión arterial esencial, hiperlipemia, obesidad, hipertransaminasemia.

Con carácter preliminar es preciso recordar que si el ictus le hubiera sobrevenido sin que el trabajador estuviera desplazado por razones laborales, no estaríamos ante una contingencia laboral en tanto, como antes se ha señalado, cuando le sobrevino no se había iniciado aun el trayecto desde el domicilio hasta el lugar de trabajo que es el ámbito cubierto por el accidente *in itinere*. Además, también es preciso tener en cuenta que no nos hallamos ante un accidente, entendida como lesión súbita y violenta producida por causas exógenas, sino ante una lesión cerebro-vascular cuya causas son endógenas y vienen determinadas en muchos casos por factores de riesgo que, en general, carecen de conexión con el trabajo. En el caso que resuelve esta STS de 11-2-2014 (rcud: 42/2013) los antecedentes de hecho dejan claro que el trabajador padecía algunos de los factores de riesgo para la manifestación de un accidente cerebro-vascular: hipertensión arterial grave, obesidad, hiperlipemia e hipertransaminasemia, factores todos ellos ajenos al trabajo. Como es sabido, la doctrina sobre el carácter laboral de las enfermedades cardiovasculares es bastante restrictiva en tanto la etiología de estas enfermedades, en general, es indeterminada, siendo más bien determinantes unos factores de riesgo de índole externa aunque cuando se manifiestan en tiempo y lugar de trabajo los tribunales aplican la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS, presunción que cabe destruir mediante la prueba del carácter común de la causa y sin que la jurisprudencia admita la laboralidad de estos acontecimientos cuando ocurren durante el trayecto, es decir, en el "accidente *in itinere*"[7].

[7] Es de señalar que la STS de 16-9-2013 (rcud: 2965/2012) desestimó la laboralidad del infarto cerebral sufrido por el trabajador que se desplazaba desde su domicilio en Galicia hacia Madrid a prestar servicios en una obra como peón. Los hechos probados no dejan claro si se trasladaba diariamente –parece poco probable dada la distancia- o era un desplazamiento para un tiempo mayor pero la argumentación aunque parece deducirse que se trataba de un desplazamiento ocasional, distinto del efectuado ordinariamente entre el domicilio habitual y el lugar de trabajo siendo más bien un desplazamiento que efectuaba para iniciar uno de los periodos correspondientes de prestación efectiva de servicios. Esta sentencia excluye que se trate de un accidente in itinere porque no quedan comprendidas dentro del accidente in itinere las enfermedades o dolencias surgidas o manifestadas en el trayecto de ida y vuelta al trabajo. En este sentido STS de 4-7-1995 (rcud 1499/1994), STS de 21-9-1996 (rcud 2983/1993), STS de 16-11-1998 (rcud 502/1998), STS de 21-12-1998 (rcud 722/1998), STS de 30-5-2000 (rcud 468/1999), STS de 16-7-2004 (rcud 3484/2003), STS de 6-3-2007 (rcud 3415/2005) y STS de 24-6-2010 (rcud 3542/2009. El razonamiento en que se basan estas resoluciones puede sintetizarse como sigue: 1) la presunción de laboralidad del accidente o dolencia de trabajo establecida en el art. 115.3 LGSS , sólo alcanza a los acaecidos en el tiempo y lugar de trabajo, y no a los ocurridos en el trayecto de ida al trabajo o vuelta del mismo; 2) la asimilación a accidente de trabajo del accidente de trayecto (#in itinere#) se limita a los accidentes en sentido estricto (lesiones súbitas y violentas producidas por agente externo) y no a las dolencias o procesos morbosos de distinta etiología y modo de manifestación; y 3) estos dos procedimientos técnicos de extensión de la protección de los accidentes de trabajo (la presunción iuris tantum y la inclusión expresa de un supuesto de frontera) son claramente diferenciados y no deben mezclarse "

La STS de 11-2-2013(rcud: 42/2013) declara la no laboralidad de la lesión con invocación de la doctrina citada como contradictoria –la STS de 8 de octubre de 2009 (rcud: 1871/2008)– en la que el trabajador falleció de un infarto de miocardio mientras descansaba en la habitación de un hotel de Marrakech, donde se encontraba para realizar un trabajo encomendado por la empresa. Esta sentencia sigue la doctrina de la sentencia que inició el viraje jurisprudencial en lo referente a los accidentes en misión –la STS de 6-3-2007 (rcud: 3415/2005) dictada en Sala General–. Según ambas sentencias, *"la misión integra dos elementos conectados ambos con la prestación de servicios del trabajador: 1º) El desplazamiento para cubrir la misión; 2º) La realización del trabajo en que consiste la misión.* Tras señalar la cercanía de la protección del desplazamiento con el *accidente in itinere* y reconducir el accidente que acontece en la realización del trabajo al régimen ordinario de causalidad del art 115 LGSS, añade: *"(...) Pero no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando ni es propiamente desplazamiento ni tampoco realización de la actividad laboral (...). De acuerdo con esta doctrina, no puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en tiempo y lugar de trabajo, aunque se trate de periodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado".* En aplicación de esta doctrina, en el caso examinado el Tribunal Supremo concluye que no existe ninguna circunstancia especial como las tenidas en cuenta en otras sentencias anteriores que sí admitieron la laboralidad del accidente en misión, como el fallecimiento por infarto de un trabajador en la cabina del camión durante el periodo de descanso mientras realizaba la ruta encomendada por la empresa[STS de 22-7-2010 (rcud: 4049/2009) o el fallecimiento de otro camionero también por derrame cerebral mientras se encontraba tomando un café en un área de servicio [STS de 19-7-2010 (rcud: 2698/2009).

En realidad, estas últimas sentencias, admiten la laboralidad de los acontecimientos fatales sobre la argumentación de que los accidentes ocurren en tiempo y lugar de trabajo, y de lo que se deriva la aplicación de la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS. Hay que recordar que las enfermedades cerebro-vasculares tienen una etiología compleja y, con carácter general, y no sólo en el accidente en misión, la jurisprudencia recurre a la presunción de laboralidad para declarar la laboralidad de estos cuando acontecen en tiempo y lugar de trabajo pero descarta su laboralidad fuera del tiempo y lugar de trabajo, salvo que se pruebe la conexión con el trabajo, carga que incumbe a quien alega tal laboralidad. Por tanto, si mediante una interpretación laxa de lo que constituye "tiempo de trabajo" especialmente en el ámbito de la actividad del transporte el accidente del trabajador misionado se ha declarado la laboralidad de los accidentes, en realidad el trabajador estaba "trabajando" y por tanto, no existe ninguna duda de su laboralidad en este sentido. Como digo, la aplicación de la presunción deriva de las dudas sobre la etiología de este tipo de acontecimientos fatales.

Pero la cuestión puede y debe ser reconducida fuera del ámbito de la presunción de laboralidad –sin perjuicio de su operatividad cuando el trabajador está en tiempo y lugar de trabajo para los acontecimientos de dudosa conexión laboral como ocurre en las crisis cardiovasculares o cerebrales– pues el debate radica en si el alcance de la protección debe comprender también los accidentes –en sentido amplio y no sólo los acontecimientos cardio-vasculares– ocurridos durante el tiempo en que el trabajador está misionado pero cuando no se encuentra en tiempo y lugar de trabajo durante la ejecución de la prestación laboral. Y la solución a mi parecer pasa nuevamente por la interpretación de la relación de causalidad mediata recogida en el art. 115.1 LGSS. El desplazamiento del trabajador misionado tiene

una motivación laboral y es en este contexto laboral en el que sobreviene el accidente, aunque el trabajador se encuentre en tiempo de descanso o reposo. Como señalara la STS de 24-9-2001 (rcud: 3414/2000), en la que se analizaba el fallecimiento por infarto del conductor de un autobús mientras descansaba en la habitación del hotel, las condiciones y circunstancias de la prestación de servicios impiden el regreso del trabajador y si bien *"el nexo entre el daño soportado y la situación laboral puede romperse (...) tal ruptura no depende de que las propias tareas profesionales hayan concluido (dado que esa conclusión no reintegra al trabajador a su vida personal, familiar y privada de la que dispone) sino porque se produzcan hechos que, en efecto, se apartan de la situación que es laboral por extensión. O sea, cuando el trabajador rompe la dependencia y dispone de su tiempo y de su actuación"*. En definitiva, no necesariamente será laboral todo lo que le ocurra al trabajador mientras está misionado pero los posibles eventos que rompan la causalidad deben tener relación con la actuación voluntaria del trabajador en su ruptura, como puede ser cuando utiliza su tiempo libre para actividades lúdicas o de recreo y siempre aplicando ese criterio de normalidad de los usos sociales a los que se refiere habitualmente el Tribunal Supremo. Los periodos de descanso, en tanto esta actividad es imprescindible para cualquier trabajador misionado, sea o no en el ámbito del transporte, deben quedar comprendidos en el ámbito del accidente en misión porque es el trabajo el que determina el desplazamiento y por tanto, concede la "ocasión", y esto es aplicable con carácter general: lo contrario lleva al absurdo, en el ámbito del transporte, de que un mismo evento será calificado como laboral o no en función de si el trabajador opta por llevar a cabo el descanso o no en la cabina del camión en una construcción forzada de los conceptos de "tiempo y lugar de trabajo" en una búsqueda deliberada de la aplicación de la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS. La virtualidad de la relación de causalidad mediata del art. 115 LGSS se ve reducida si sólo se admite el accidente en misión mientras se está en la ejecución de la prestación laboral excluyendo los tiempos de desplazamiento porque en esa interpretación el accidente lo es "por consecuencia". Los cambios en la organización de las empresas y la internacionalización de la actividad económica está determinando un incremento de la movilidad transitoria, puntual u ocasional de los trabajadores, quienes son misionados frecuentemente para la visita a clientes, en la búsqueda de nuevos mercados o, propio de la actuales empresas red, para la prestación de servicios a empresas principales o contratistas con las que la empleadora pudiera tener concertados contratos de prestación de servicios.

4. UN EXCURSO: EL ACCIDENTE *IN ITINERE* EN EL ÁMBITO DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE FUNCIONARIOS

Ejemplo de cómo el cambio social llega al ámbito de lo jurídico a veces de manera tardía, además de inacabada, y también confusa, lo tenemos en el ámbito de la seguridad social de los funcionarios públicos sujetos a Regímenes Especiales. La jurisprudencia y doctrina judicial contencioso administrativa viene interpretando muy restrictivamente el concepto de "acto de servicio" generador del derecho a causar las pensiones extraordinarias[8].

[8] A título ejemplificativo: en el atropello de un policía nacional cuando regresaba de su turno de trabajo a su domicilio en motocicleta [SAN de 11-11-2002 (nº rec: 360/2001); en la colisión con un camión de un policía nacional que se dirigía desde su domicilio a su trabajo, para incorporarse al mismo [SAN de 9-6-2004 (nº rec. 349/2003)]; e incluso en el fallecimiento de un Director de Instituto de Secundaria cuando sufrió accidente de tráfico regresando del funeral de un compañero de centro al que había acudido comisionado por el Claustro de profesores, en representación del Centro descartando que se tratara de un accidente en misión.

Esta interpretación restrictiva se fundamenta normativamente, en el ámbito de Clases Pasivas, en el art 47 Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas, que exige expresamente que la contingencia se produzca en acto de servicio o como consecuencia de él exigiendo en el caso de la enfermedad, que haya sido adquirida directamente en acto de servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado y en los mismos términos se contempla por el Real Decreto Legislativo4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado. No se contempla, por tanto, la relación de causalidad mediata o indirecta que determinó la construcción jurisprudencial del accidente *in itinere* y del accidente en misión.

No ocurre lo mismo, sin embargo, en el ámbito del mutualismo administrativo en el que si bien la jurisprudencia y doctrina judicial excluyen, salvo excepciones puntuales, también la aplicación del accidente *in itinere*, el art. 51 no sólo recoge la doble relación de causalidad entre la lesión y el acto de servicio (con ocasión o por consecuencia) sino que incluso para la determinación de los supuestos que tendrán la consideración de acto de servicio remite a lo dispuesto en el Régimen General, si bien "sin perjuicio de las peculiaridades derivadas de la prestación del servicio público" (art. 51 Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo) y en términos prácticamente idénticos –con la salvedad de no recoger la remisión a las presunciones– se recoge actualmente en el ámbito del Mutualismo Judicial (art. 57 Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Mutualismo Judicial) previsiones que contrastan con el anterior silencio de sus antecesoras.

Existe pues, una evidente discordancia entre las distintas normas que regulan las dos ramas en las que se articulan los Regímenes Especiales de Funcionarios en lo que a la definición de la relación de causalidad que anuda lesión y trabajo se refiere, lo que se traduce, en el ámbito jurisprudencial, en el rechazo habitual y la excepcional admisibilidad del accidente *in itinere* en el ámbito de estos regímenes especiales. Con todo, no es casualidad que la ampliación en la definición de la relación de causalidad proceda de fechas recientes (2003 y 2011, respectivamente) en una nueva muestra de la tendencia a la homogeneidad de todos los regímenes que ha caracterizado en los últimos años las distintas actuaciones del legislador en materia de Seguridad Social, normalmente como antesala de la integración o simplificación de regímenes. Con todo, la intervención del legislador no se acaba en estas últimas normas: la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, introdujo en el art. 47 RDL 670/1987 citado la presunción iuris tantum de que se considera acaecido en acto de servicio la incapacidad permanente o el fallecimiento en tiempo y lugar de trabajo y, especialmente significativa era la Propuesta de Medidas Armonizadoras de Clases Pasivas de la Secretaria de Estado para la Función Pública de 17-3-2011 en la que expresamente se preveía la inclusión del accidente *in itinere* en la normativa de Clases Pasivas propuesta que, no obstante, no ha llegado todavía a concretarse en una reforma legal.

La inclusión en el ámbito del Régimen General, aunque a los solos efectos de pensiones, de los funcionarios que ingresen en cualquier Administración Pública con efectos de 1-1-2011 llevada a cabo por el Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, complica todavía más la situación y puede crear agravios comparativos ya no sólo, como hasta ahora, entre los funcionarios integrados en Régimen General y los RR.EE. Funcionarios (funcionarios de Comunidades Autónomas y funcionarios administración local) sino también

entre los funcionarios del Estado (civiles, militares y judiciales) de nuevo ingreso (1-1-2011) recién integrados en Régimen Generala efectos de pensiones y quienes permanecen en Clases Pasivas pues a los primeros parece que ya deberá aplicarse la categoría del accidente *in itinere* ex art. 115 LGSS para pensiones y las específicas previsiones previstas para el Mutualismo administrativo y judicial en lo que a las prestaciones dispensadas por éstos se refiere que, como hemos visto, recogen la relación la amplia relación de causalidad (con ocasión y por consecuencia) y remiten expresamente a los supuestos previstos en el Régimen General.

Si no es el legislador, deberá ser la jurisprudencia la que, atendiendo también al canon hermenéutico del art. 3 Código Civil, realice una labor integradora de este discordante *corpus* normativo a fin de que también en el ámbito de Clases Pasivas se acojan los cambios sociales en materia de vida familiar y de movilidad. Con todo, previamente a la admisión dela nueva doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo fijada en la STS de 26-12-2013 en el ámbito contencioso-administrativo, la jurisprudencia contencioso-administrativa deberá aceptar la aplicabilidad del accidente *in itinere* en el ámbito de Clases Pasivas, en términos análogos a los previstos en el Régimen General. Aceptado éste, el siguiente paso deberá ser dotar de preeminencia al elemento teleológico sobre el temporal y geográfico cuando el accidente *in itinere* tenga lugar en desplazamientos desde el domicilio familiar a la residencia que a efectos laborales el funcionario pueda tener en la localidad en la que está adscrita su plaza y siempre cuando ese desplazamiento se lleve a cabo con la finalidad de permitir al funcionario incorporarse a su plaza en unas óptimas condiciones de descanso.

5. CONCLUSIONES FINALES

En definitiva, queda claro que si en la configuración del accidente *in itinere*, con la nueva doctrina establecida por la STS de 26 de diciembre de 2013 (rcud: 2315/2012) el Tribunal Supremo ha optado por dar preferencia al elemento teleológico frente al geográfico y temporal, atendiendo a las nuevas formas de organización del trabajo y también de la familia –que ya no sigue allá donde se desplaza al "cabeza de familia" varón, quien tampoco es ya el único sustentador económico del hogar familiar– en la configuración del accidente en misión no sólo no sigue la misma línea sino todo lo contrario ya que desde hace unos años (2007) mantiene un interpretación que restringe notablemente la virtualidad de la relación de causalidad mediata prevista en el art. 115 LGSS. Entre considerar el carácter laboral de toda lesión que acontece al trabajador en su desplazamiento o misión y restringirla únicamente a los accidentes que ocurren en tiempo y lugar de trabajo existe otra alternativa, que además está contemplada legalmente: considerar que el accidente en misión es un accidente en el que concurre la relación de causalidad mediata enunciada legalmente bajo la expresión "con ocasión" y que si bien determinadas circunstancias pueden romper la relación de causalidad, estas circunstancias son distintas a la finalización de la prestación laboral. No sólo esta interpretación se ajusta, a mi parecer, mejor al tenor literal de la ley sino que también abunda en esta dirección el canon hermenéutico de la realidad social del tiempo en el que la norma va a ser aplicada (art. 3.1 Código Civil). Forzar la interpretación de los conceptos de "tiempo y lugar de trabajo" para poder aplicar en el accidente en misión la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS resulta contraproducente porque en definitiva, difumina unos conceptos claros, tanto en la normativa general como en la sectorial (transporte) y además, lleva a situaciones en muchos casos absurdas e injustas, sufriendo también el principio de seguridad jurídica. El hecho de que pudiera ser cuestionable o sea cuestionada la extensión de la

responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo a ámbitos que quedan fuera de su poder de organización y dirección es una cuestión que corresponde resolver al legislador quien todavía no ha dado cumplimiento al renombrado "principio de consideración conjunta de las contingencias" que recogiera la Ley de Bases de 1963.

Por lo demás, también al legislador le corresponde resolver la falta de concordancia del concepto de accidente en acto de servicio que da lugar a las pensiones extraordinarias en el ámbito de Clases Pasivas y en el ámbito del Mutualismo e incluso las diferencias existentes dentro de este último pues mientras en Clases Pasivas sólo se admite la causalidad directa en la definición legal en el Mutualismo Administrativo se admite la doble relación de causalidad remitiendo expresamente al Régimen General, lo que no impide que la doctrina judicial realice un interpretación restrictiva claramente restrictiva y excluyente del accidente *in itinere*. La Propuesta de Medidas Armonizadoras del Régimen de Clases Pasivas de 17-3-2011 parecía que iba en ese sentido, y de hecho en el ámbito del Mutualismo Administrativo y también del Mutualismo Judicial se llevó a cabo dicha reforma remitiendo expresamente para la determinación de los distintos supuestos al Régimen General, pero todavía estamos esperando una reforma coherente y global, que elimine diferencias de trato dentro de los propios colectivos funcionariales incluidos en clases pasivas y mutualismo. La paradoja de agrava, además, con la inclusión en el Régimen General, y únicamente a efectos de pensiones, de todos los funcionarios que ingresen en cuerpos y escalas de la Administración a partir de 1-1-2011, a quienes es lógico colegir sí se aplicará las categorías conceptuales del accidente *in itinere* y el accidente en misión.

B. **Requisitos generales**

La morosidad como obstáculo de acceso a las prestaciones de la Seguridad Social
Delinquencies as a barrier to access to Social Security benefits

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

La exigencia de estar al corriente en el pago de las cuotas como condición para poder recibir prestaciones económicas tiene sentido cuando la condición de sujeto obligado y responsable de la cotización coinciden. Se trata una coacción legal impuesta al trabajador moroso para que se ponga al corriente en el pago de sus débitos. El trabajador recibe un mensaje muy claro "si quieres percibir la prestación, ponte al día, ya que mientras que no lo hagas, no habrá prestación". Por otro lado, la invitación al pago también palia el rigor de la norma, ya que permitirá que con posterioridad al hecho causante se puedan cumplir los requisitos exigidos de acceso a la protección. La STS de 18 de febrero de 2014 trata una variante de un tema ya analizado por la doctrina judicial, el relativo a la posibilidad de reconocimiento de una pensión de jubilación a un trabajador que mantiene débitos con la Seguridad Social, cuando antes de producirse el hecho causante, sin invitación previa, abona parte de ellos, imputando su pago a las cuotas debidas al RETA, pero deja pendientes de pago otras más antiguas debidas a otro régimen de Seguridad Social.

Palabras clave

Trabajador autónomo; Moroso; Prestaciones; Invitación al pago.

Abstract

The requirement to be current in the payment of dues as a condition of receiving cash benefits makes sense when the condition of obligor and responsible contribution match. Legal constraint imposed on the delinquent worker to become current in the payment of their debts is. The employee receives a clear message "if you want to receive the benefit, catch up, because while you do not, there will be no benefit." On the other hand, the invitation to pay also alleviates the strictness of the rule, as it will enable after the triggering event is required to fulfill the requirements of access to protection. The STS of 18 February 2014 is a variation of a theme already used by the judicial doctrine, concerning the possibility of recognition of a pension to a worker who maintains the Social Security debits when the event occurs before deceased, uninvited, payable from them, charging fees to your payment due to RETA, but leaves other outstanding older due to another social security scheme

Keywords

Autonomous worker; Defaulter; Features; Invitation to Pay

1. INTRODUCCIÓN

La STS de 18 de febrero de 2014 (RJ 2014/2003) que se comenta trata una variante de un tema ya analizado por la doctrina judicial, el relativo a la posibilidad de reconocimiento de una pensión de jubilación de un trabajador que mantiene débitos con la Seguridad Social, cuando antes de producirse el hecho causante, sin invitación previa, abona parte de ellos, imputando su pago a las cuotas debidas en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta

propia o autónomos, quedando sin abonar otras cuotas más antiguas pero debidas al Régimen General de la Seguridad Social.

En primer lugar se hará un breve recordatorio o puesta en la situación actual del denominado requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas y del mecanismo de invitación a ponerse al día, con singular detenimiento en la incidencia que ha tenido la doctrina judicial en su configuración actual.

Seguidamente se analizará el caso concreto resuelto en la STS para finalmente presentar unas conclusiones o reflexiones sobre el particular

2. LA CONDICIÓN DE ESTAR AL CORRIENTE EN EL PAGO DE CUOTAS A LA SEGURIDAD SOCIAL CUANDO EL TRABAJADOR ES SUJETO Y RESPONSABLE Y EL MECANISMO QUE PALIA TAL DEFECTO

La exigencia de estar al corriente en el pago de las cuotas como condición para poder recibir la prestación económica correspondiente a una pensión, subsidio o indemnización es obvio que tiene sentido cuando la condición de sujeto obligado y responsable de la cotización coinciden. Por ello, en principio y sin perjuicio de los supuestos que más adelante se indicarán, el tema que aquí se analiza entra en juego –normalmente– cuando nos encontramos con una prestación a percibir por un trabajador autónomo o por cuenta propia y no ante un trabajador por cuenta ajena incluido en el Régimen General o en otro Régimen Especial que encuadre a trabajadores de este tipo (R. Especial de la Minería del Carbón o Régimen Especial de Trabajadores del Mar), ya que allí de haber algún defecto en la cotización, tanto por ausencia total o parcial en la misma entrarán en juego –si procede– los mecanismos de responsabilidad empresarial previstos en los arts. 126.2 LGSS y 94 a 96 LSS de 1966.

Esta exigencia viene a ser una coacción legal impuesta al trabajador moroso para que se ponga al corriente en el pago de sus débitos. No es que la administración de la Seguridad Social pierda sus facultades recaudatorias, sino que se le dota de un arma más útil, de un mensaje muy claro que se le manda al trabajador "si quieres percibir la prestación, ponte al día, ya que mientras que no lo hagas no habrá prestación". Algo que resulta eficaz, ágil y con un coste mínimo para la Seguridad Social.

Por otro lado, la invitación al pago también palia el rigor de la norma, ya que permite –con determinadas condiciones– que con posterioridad al hecho causante se puedan cumplir los requisitos exigidos de acceso a la protección.

Inicialmente este mecanismo era algo peculiar y singular en el acceso a las prestaciones del Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos. Y también –aunque no con carácter general sino limitado– era conocido en otros regímenes de especiales que comprendían a trabajadores por cuenta propia, como es el caso del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar que lo contemplaba para las prestaciones por vejez y para las de muerte y supervivencia[1]. O también de otros trabajadores que contaban con un

[1] Arts. 65 y 81 D. 1867/1970, de 30 agosto.

Régimen Especial propio como el de Escritores de Libros luego integrado en el RETA[2]; o de los Representantes de Comercio[3], Empleados de Hogar[4] y también Toreros[5] ahora integrados en el Régimen General. Con posterioridad este mecanismo de invitación a ponerse al corriente de sus débitos se generalizará a todos aquellos trabajadores que son sujetos obligados y responsables de que la cotización debida sea luego ingresada en el sistema de Seguridad Social con la DA. 39 de la LGSS.

En la actualidad la normativa reguladora de la exigencia de estar al corriente en el pago de las cuotas a efectos de prestaciones y el mecanismo de invitación para ponerse al corriente de ello se encuentra en la DA. 39ª de la LGSS y el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos[6]. El régimen jurídico de esta obligación se articula así:

1º. Sujetos afectados. Cualquiera que sea el régimen de inclusión. La obligación va referida a los trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones a la Seguridad Social:

A) En el Régimen General, los trabajadores afectados son:

- Representantes de comercio (art. 31 RD. 2064/1995, de 22 diciembre y art. 5.3 Orden 20-7-1987).
- Artistas en espectáculos públicos (art. 32 RD 2064/1995, de 22 diciembre y art. 4 O. 30-11-1987).[7]
- Profesionales taurinos (art. 33.5 RD 2064/1995, de 22 diciembre, art. 17 RD 2621/1986, de 24 diciembre y art. 4 O. 30-11-1987).[8]
- Empleados de hogar que realicen menos de 60 horas al mes y hayan acordado con el cabeza de familia asumir las responsabilidad de las obligaciones instrumentales de afiliación, alta y de ingreso de cuotas (art. 34 bis RD 2064/1995, de 22 diciembre).[9]
- Trabajadores agrícolas por cuenta ajena (Art. 5.2 Ley 28/2011, de 22 septiembre).[10]

B) Los trabajadores por cuenta propia incluidos en el RETA (art. 43 RD 2064/1995, de 22 diciembre) o en el RETM (art. 51 RD 2064/1995, de 22 diciembre).

[2] Art. 14.4 D. 3262/1970, de 29 octubre.

[3] Art. 23 D. 2409/1975, 23 de agosto.

[4] Art. 23.3 Decreto de 25 de septiembre de 1969.

[5] Art. 28.2 D. 1024/1981, de 22 mayo.

[6] Véase también para los representantes de comercio tal previsión el art.2 de la Orden de 30-11-1987.

[7] Esta responsabilidad comienza cuando las cuotas hayan sido calculadas y notificadas.

[8] Esta responsabilidad comienza cuando las cuotas hayan sido calculadas y notificadas. A este colectivo le alcanza tal obligación durante el tiempo del percibo de la IT.

[9] También los fijos durante la IT, Maternidad y situaciones de riesgo durante el embarazo y lactancia natural.

[10] Durante la situación de IT y en los días sin realización efectiva de trabajo cuando se cotice por jornadas reales.

C) Los que hayan suscrito un convenio especial (art. 8 O.TAS/2865/2003, de 13 octubre y DA. 39ª LGSS).

2º. La exigencia alcanza incluso cuando la prestación a reconocer se haga, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena.

3º. El procedimiento de invitación se articula en el art. 28.2 del D. 2530/1970, en los siguientes términos:

A) El deber de invitación a cargo de la entidad gestora surge a raíz de la solicitud de la prestación.[11]

B) El solicitante de la prestación tiene un plazo de treinta días naturales a partir de la invitación para el ingreso de las cuotas debidas.

C) Si el interesado, atendiendo la invitación ingresase las cuotas adeudadas, se considerará al corriente de las mismas a efectos de la prestación solicitada.

D) Si el ingreso de las cuotas se realizase fuera de dicho plazo, la consecuencia será:

a) Si se trata de prestaciones de pago único y subsidios temporales, se concederá la prestación menos un 20 %.
b) Si se trata de pensiones, se concederán las mismas con efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquél en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas.

4º. Si al interesado se le ha considerado al corriente en el pago en virtud de un aplazamiento en el pago de las cuotas y posteriormente incumpla los plazos o condiciones de dicho aplazamiento, perderá la consideración de hallarse al corriente en el pago y, en consecuencia, se procederá a la suspensión inmediata de la prestación reconocida que estuviere percibiendo, la cual solamente podrá ser rehabilitada una vez que haya saldado la deuda con la Seguridad Social en su totalidad. En este caso puede la Entidad Gestora, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.b) de la LGSS, detraer de cada mensualidad devengada por el interesado la correspondiente cuota adeudada.

5º. Se establece una presunción iuris tantum a favor del llamado a ser beneficiario[12] – siempre que conste que se reúne el período mínimo de cotización que consiste en presumir que las cotizaciones correspondientes al mes del hecho causante de la pensión y a los dos meses previos a aquél, cuyo ingreso aún no conste como tal en los sistemas de información de la Seguridad Social, fueron ingresadas sin necesidad de que el interesado lo tenga que

[11] Sobre la competencia del INSS o en su caso ISM para formular estas invitaciones véase GETE CASTRILLO, P.: *Competencia del INSS para formular invitaciones al pago de cuotas adeudadas cuando se solicitan prestaciones para cuyo reconocimiento se exige estar al corriente en la cotización*, Revista Relaciones Laborales 1/1986, págs. 844 y ss.

[12] Siempre que conste que el período mínimo de cotización se alcanzó con las cotizaciones ya acreditadas, sin que en este caso así se computen las correspondientes a los tres meses previos al hecho causante.

acreditar documentalmente. Si posteriormente se comprobara que no ha sido así: se procederá a la suspensión del pago de la pensión, aplicándose las mensualidades retenidas a la amortización de las cuotas adeudadas hasta su total extinción, rehabilitándose el pago de la pensión a partir de ese momento.

La aplicación de estas previsiones legales no es pacífica y han dado lugar a una copiosa doctrina judicial que se podría resumir así:

A) Su carácter de obligación exigible a la entidad gestora

En principio se configura como una facultad en orden a condicionar el reconocimiento de la prestación al previo abono de las cuotas debidas. Ahora bien si la Entidad Gestora (o colaboradora) no invita al pago al beneficiario en el momento oportuno –antes de pronunciarse sobre el reconocimiento de la prestación–, no podrá condicionar en el futuro ese reconocimiento a que el solicitante se ponga al corriente del abono de las cuotas, sin perjuicio de que puede recurrir a otros medios de cobro, entre ellos el descuento de la propia prestación. Por ello, si deniega la prestación por no encontrarse el beneficiario al corriente del pago de cuotas, y lo hace sin cursar previamente la invitación al pago, la prestación deberá reconocerse, SSSTS 22-9-2009 (RJ 2009, 5654) y 19-2-2013 (RJ 2013, 2127).

La exigencia alcanza a las cuotas que al momento del hecho causante no estaban prescritas, aunque con posterioridad si lo estuvieran, SS TS. 25-9-2003 (RJ 2003, 7203), 18-7-2011 (RJ 2011, 6556) y 7-3-2012 (RJ 2012, 5417)[13].

B) Colectivos y prestaciones a las que se dirige.

La STS de 2 diciembre 2008 (RJ 2009, 2865) ha señalado que el mecanismo de invitación al pago no afecta exclusivamente al RETA, sino en general a los trabajadores que son responsables del ingreso de sus cotizaciones.

Como consecuencia de la entrada en vigor el 1 de enero de 2004 de la Ley 52/2003, que modificó la Disposición Adicional 39ª de la LGSS, y tras su desarrollo, mediante el RD 1273/2003, de 10 de octubre, que estableció de forma expresa el mecanismo de la invitación al pago de las cuotas no satisfechas, también en respecto de dicha prestación, ha quedado sin virtualidad la doctrina judicial que consideraba que el mecanismo de la invitación no estaba

[13] La tesis que se sostiene es que la prescripción de las obligaciones contributivas de Seguridad Social atribuye a los cotizantes el beneficio de la inexigibilidad de sus deudas, pero no el beneficio adicional de la consideración de que estas sean deudas satisfechas. La prescripción de las obligaciones tiene un fundamento objetivo, que es proteger al sujeto pasivo frente a la reclamación extemporánea del acreedor efectuada con un retraso superior al plazo establecido en la Ley. Pero esta protección del deudor, que puede renunciar a la prescripción ganada (art. 1935 Código Civil), no requiere recurrir a la ficción de que se ha pagado o satisfecho la deuda prescrita; para alcanzar tal finalidad protectora basta con que el ordenamiento atribuya al deudor una excepción que le inmunice frente a cualquier reclamación que haya desbordado el lapso de tiempo fijado por la ley. En definitiva se producen dos consecuencias: a) la prescripción de una deuda no supone su extinción a todos los efectos, en la medida en que el beneficiario puede renunciar hacerla valer; y b) el simple transcurso del plazo de prescripción no equivale a una presunción de pago. De aquí que si el llamado a ser beneficiario renuncia a la prescripción ganada puede instar a que la entidad gestora a que efectúe la invitación a ponerse al corriente y una vez abonada el reconocimiento de la prestación viene debida.

previsto para la incapacidad temporal[14]. La reforma introducida por la DA 39ª de la LGSS ha extendido dicho mecanismo para todos los trabajadores que sean responsables del ingreso de las cuotas y para el reconocimiento de las prestaciones de económicas de la Seguridad Social, entre las que debe entenderse incluida, obviamente, la incapacidad temporal, SSTS. 10-2-2009 (RJ 2009/2870)[15], 22-4-2009 (RJ 2009, 2884), 23-7-2009 (RJ 2009, 4443), 22-9-2009 (RJ 2009, 5654) y 19-2-2013 (RJ 2013, 2127).

C) El momento en que se debe estar al corriente.

La fecha a la que se ha de referir el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas para tener derecho a las prestaciones económicas es la del hecho causante de la pensión solicitada SSTS 15-6-2004 (RJ 2004,5396 15-11-2006 (RJ 2006,9089), 7-3-2012 (JUR 2012, 146526). También se entiende cumplido dicho requisitos si el trabajador ingresó las cotizaciones atrasadas en un espacio de tiempo que se inició antes de la baja (septiembre de 2006) y completó poco después de caer en ella (diciembre de 2006) y antes de solicitar el pago de la prestación de IT, STS 23-7-2009 (RJ 2009/4443).

C) Exigencia del requisito con independencia del régimen al que corresponda reconocer la prestación. Las SSTS 21-6-2011 (RJ 2011,6830) y 2-7-2012 (RJ 2012, 8969), señalan, que la obligación de estar al corriente del pago de cuotas es exigible no sólo para causar las prestaciones por el régimen concreto de la Seguridad Social donde el beneficiario estuviese obligado a cumplir la obligación de abonar las cuotas: también será exigible dicho requisito, aun cuando la prestación no se cause por ese régimen, sino por otro distinto, siempre que se computen las cotizaciones del primero cuando sea necesario acceder al mecanismo del cómputo recíproco de cotizaciones[16] para acceder a prestaciones devengadas por el segundo.

Ahora bien como indica la STS de 24 enero 2012 (RJ 2012, 2155) cuando no sea necesario acudir a la referida totalización, por acreditar el beneficiario período de cotización suficiente en otros regímenes, no será exigible el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas .Téngase en cuenta que las prestaciones inicialmente se causan por el régimen en el que el trabajador se encuentre de alta al tiempo de causarse el hecho causante de la correspondiente prestación. Sólo se acudirá al cómputo de las cotizaciones y normas de los diferentes regímenes a los que se haya cotizado cuando el beneficiario lo pida, cuando necesite su cómputo para acreditar el período de carencia exigido o bien para que el porcentaje a aplicar a la base reguladora para de la pensión sea superior.

D) Deudor pero con aplazamiento de deudas[17].

[14] Ver entre otras la STS 16-5-1992 (RJ 1992, 3558).

[15] Un comentario a esta sentencia puede verse en OLARTE ENCABO, S.: Reflexiones críticas sobre la invitación en el RETA, Temas Laborales, núm. 103/2010, págs. 219 y ss.

[16] V. RD 691/1991, de 12 abril.

[17] Con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la Disp. Final 1.4 del RD-ley núm. 5/2013, de 15 de marzo la doctrina judicial, SSTS 10-3-2011 (RJ 2011,3249) y 4-10-2012 (RJ 2012, 10303), sostenía que el incumplimiento posterior –una vez reconocida la prestación- de los términos del aplazamiento no permitía la suspensión o extinción de las prestaciones. Véanse los comentarios a esta sentencia del Tribunal Supremo de 11-3-2011 en MOLINER

La mera solicitud de aplazamiento de cuotas anteriores al hecho causante, solicitada y concedida después de dicha fecha, no determina que el sujeto obligado se encuentre al corriente de las cuotas aplazadas, SSTS de 24 septiembre 2003, 20-12-2011 (JUR 2012, 61903) y 4-10-2012 (RJ 2012, 10303). Ahora bien si el aplazamiento del pago se produjo antes de producirse el hecho causante, el efecto que conlleva es estar al corriente en el pago de las cuotas STS 15-6-2004 (RJ 2004, 5396).

En resumen:

EL REQUISITO DE ESTAR AL CORRIENTE EN EL PAGO DE LAS CUOTAS A LA SEGURIDAD SOCIAL PARA PODER ACCEDER A LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL			
Régimen de encuadramiento en el momento del hecho causante	Con el cómputo de cotizaciones abonadas el trabajador NO alcanza el período mínimo exigible	Con el cómputo de cotizaciones abonadas SI alcanza el período mínimo exigible	
		Los descubiertos en Régimen correspondiente (del que era sujeto obligado y responsable) afectan al acceso o a la cuantía de la prestación	Los descubiertos en el régimen correspondiente (del que era sujeto obligado y responsable) no afectan al acceso ni a la cuantía de la prestación
Alta actual en: RETA R. Gral.: -Sistema Especial Agrario -Sistema Especial EH. -Representantes de comercio, artistas o toreros -Convenio Especial	No podrá acceder a la prestación	Procede la invitación al pago	Procede la invitación al pago
Alta actual : en régimen en que el trabajador no es sujeto responsable del pago de las cotizaciones	No podrá acceder a la prestación	Procede la invitación al pago	Procede reconocer la prestación

TAMBORERO, G.: *Seguridad Social. Pensión de Jubilación en el RETA. Consecuencia de incumplir el aplazamiento del pago de cuotas mientras se halla percibiendo la pensión reconocida durante el período de aplazamiento*, Diario La Ley, número 7685, 1 de septiembre de 2011, págs. 1 y ss.; y CERVILLA GARZÓN, M. J.: *El requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas del RETA: Incidencia de los aplazamientos concedidos con anterioridad al hecho causante*, Temas Laborales, núm. 116/2012, págs. 269 y ss.

Por otra parte los criterios administrativos del INSS que se tienen en cuenta cuando hay que acudir al cómputo recíproco de cotizaciones son los siguientes:

Criterio INSS 8/2012[18]. Cómputo Recíproco[19]. Requisito de estar al corriente en el pago de cuotas[20].	
Cómputo recíproco	Supuestos. Efectos
Procede	A instancias del beneficiario
	Cuando resulte necesario para el reconocimiento de la prestación
	Cuando resulte necesario para incrementar su cuantía
No procede	Cuando el descubierto en un régimen no impide el reconocimiento de la prestación en otro, cuando en este se acrediten los requisitos
	No se tomarán en cuenta las cotizaciones que correspondan al régimen en que hubiere descubierto.
	Si en el régimen en que hubiere descubierto dependiese la situación de alta o asimilada, se podrá reconocer subsidiariamente desde una situación de no alta.
	El tiempo de pertenencia al régimen en que el causante no esté al corriente en sus cotizaciones, cuando resulte comprendido en el período a tener en cuenta para determinar la BR, no tendrá la consideración de laguna de cotización y no procederá su integración.
	Aunque se reconozca con abstracción del débito, se invitará al pago a lo interesado. Si responde a la invitación y salda la deuda se recalculará la prestación a los efectos del art. 28.2 DRETA.

3. LA SENTENCIA DEL TS DE 18 DE FEBRERO DE 2014

Esta sentencia viene a resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS frente a la sentencia del TSJ de Canarias de fecha 19-12-2012, que resolvió un recurso de suplicación nº. 250/2012, formulado contra la sentencia de 31 de mayo de 2010 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife sobre pensión de jubilación.

3.1. Los hechos noticiados

Resulta que el trabajador afectado estuvo en alta en el sistema de Seguridad Social durante un período de 10373 días. Encontrándose en alta en el RETA en noviembre de 2009

[18] Este criterio sustituye al anterior 21/2005, de 25 de octubre y es consecuencia de la doctrina del TS expresada en SS. 26-7-2011 (RJ 2011/6830) y 24-1-2012 (RJ 2012/2155), lo que viene en definitiva a suponer recuperar anteriores criterios 76/2000 y 98/2002.

[19] El criterio se hace tomando en consideración el D.2530/1970, de 20 agosto; Ley 28/2011, de 22 de septiembre; D. 2957/1973, de 16 de noviembre; RD 691/1991, de 12 abril; y las SSTS 26-7-2011 (RJ 2011/6830) y 24-1-2012 (RJ 2012/2155).

[20] Con independencia del criterio que en síntesis se indica, el INSS precisa que si bien mayoritariamente en el R. General, el trabajador es sujeto obligado en la cotización, hay otros supuestos en los que también resulta responsable y por ello entiende que si el causante solamente estuvo encuadrado en el Régimen General y adeuda alguna cotización de una actividad de la que es responsable, tendría que ponerse al corriente, incluso aunque con las cotizaciones a otras actividades del R. General reuniese el período mínimo de cotización ya que no cabe segregar dentro del R. General los períodos de alta en razón de las actividades en que se adeuden cuotas y por ello no se puede totalizar ninguna de sus cotizaciones en tanto no se salde el débito.

interesó de la TGSS que le informara del estado de sus débitos para con la Seguridad Social. El servicio común de la Seguridad Social le informó que tenía una deuda de: a) En el RETA de 902,87 euros; y b) En el Régimen General de 59.515,69 euros.

Dicho trabajador en fecha 24-11-2009 ingresó al cantidad de 902,97 en la seguridad social con indicación expresa de que tal pago iba dirigido al abono de las cuotas debidas en el RETA.

El 7-1-2010 solicitó pensión de jubilación, que le fue denegada por el INSS en fecha 15 de enero de 2010 al no hallarse al corriente en el pago de la cuotas al RETA, indicándole que si se ponía al corriente en el pago, se procedería a reconocer la prestación cuando la TGSS declarase extinguida la deuda. Formulada la oportuna reclamación previa fue desestimada.

Interpuesta demanda esta fue estimada por el Juzgado de lo Social de Santa Cruz de Tenerife. Recurrida en suplicación por el INSS, la Sala de lo Social del TSJ de Canarias lo estimó, fallo ahora recurrido por el trabajador y cuyo conocimiento ha sido la que ha dado lugar a la sentencia en unificación de doctrina que aquí se analiza.

3.2. La cuestión planteada ante el Tribunal Supremo

El trabajador recurrente hacer valer ante el TS como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León de fecha 23-2-2004 (PROV 2004,83555). En dicha sentencia se ventilaba la demanda sobre pensión de jubilación de un trabajador autónomo que había solicitado información sobre el estado de sus deudas con el fin de conocer sus posibilidades de acceso a la pensión de jubilación con cargo al RETA. Dicho trabajador con la información que le facilitó el INSS hizo un ingreso por importe de 1.721.772 pesetas con expresa indicación de que imputaba el pago a los descubiertos en el RETA, si bien tras su ingreso la TGSS lo imputó a otros débitos que como empresario tenía en el R. General. La sentencia de contradicción admitió que los pagos que se realicen por el beneficiario fuera del período voluntario pueden perfectamente ser imputados a la deuda que el entienda oportuna, sin que los artículos 113 y 181 del RD 1637/1995, de 6 de octubre (Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social) prohíban tal solución, que además encuentra amparo en el art. 28 del D. 2530/1970.

El TS analizado el planteamiento (con independencia de que las referencias al Reglamento de Recaudación ahora lo sean al actualmente en vigor aprobado pro RD 1415/2004) entiende que hay contradicción y pasa a su análisis.

3.3. El quid de la cuestión

La cuestión a resolver está en analizar la posibilidad de la Entidad Gestora (realmente la TGSS) de imputar en el caso que analiza, en el que el reconocimiento de una prestación depende del destino del ingreso efectuado para ponerse al corriente de la cuotas adeudadas al RETA, a una deuda anterior de otra naturaleza existente en el R. General.

3.4. La doctrina unificada del TS sobre supuestos análogos

No es la primera vez que el TS resuelve una cuestión similar, sino que ya se ha pronunciado en otras ocasiones, a saber:

a) La STS. 22-11-2013 (RJ 2013, 7755)

En la citada sentencia también se analizaba la petición de una pensión de jubilación de un trabajador autónomo que en sede administrativa se le denegó la misma. Resulta que dicho trabajador solicitó pensión de jubilación en 12-7-2010, siéndole denegada por no estar al corriente en el pago de sus cotizaciones en diversos períodos, si bien se le indicó que si ingresaba en la TGSS la cantidad necesaria para que la misma declarare extinguida la deuda en el Sistema, se le podrá reconocer la prestación. El trabajador pidió información a la TGSS del importe a ingresar, contestándole esta que la deuda por descubiertos de cotizaciones en el RETA ascendía a 9.830,70 euros, lo que ingreso a continuación. El INSS volvió a dictar resolución denegatoria porque a pesar de haber ingresado esa cantidad, adeudaba a la Seguridad Social las siguientes cantidades: a) Al R. General un total de 81.641,14 euros; y b) al RETA 9.830,70 euros. Resulta que la TGSS imputó el pago que hizo el trabajador a deudas del R. General. Consta que el cobro de la deudas se encontraba tanto las del RETA como las del R. General en fase de apremio.

El TS analiza la aplicación o no del art. 29 de la LGSS invocado por el INSS que actuaba como recurrente a la cuestión debatida y llega a la conclusión de que no es aplicable porque dicho precepto se está refiriendo a pagos en casos de ejecución forzosa que no era el caso allí analizado

> *Art. 29 LGSS. Imputación de pagos.*
>
> *Sin perjuicio de las especialidades previstas en esta Ley para los aplazamientos y en el ordenamiento jurídico para el deudor incurso en un procedimiento concursal, el cobro parcial de la deuda apremiada se imputará en primer lugar, al pago de la que hubiera sido objeto de embargo o garantía cuya ejecución haya producido dicho cobro y, luego, al resto de la deuda. Tanto en un caso como en otro, el cobro se aplicará primero a las costas y, luego, a los títulos más antiguos, distribuyéndose proporcionalmente el importe entre principal, recargo e intereses".*

Continúa señalando, que el requisito para el reconocimiento de la prestación no puede incluir la satisfacción de otras obligaciones distintas de aquellas que se refieren a la obligación de cotizar respecto del propio trabajador beneficiario de la eventual prestación. Entiende que la deuda que mantenía el trabajador, no era por su actividad profesional como trabajador por cuenta propia, sino relativa a cotizaciones por el alta de trabajadores a su servicio, de cuyo pago es responsable pero que no inciden en su propia relación prestacional como afiliado al sistema. Concluyendo entonces que la imputación llevada a cabo por la TGSS tendrá efectos recaudatorios pero no prestacionales.

b) Por su parte la STS 2-12-2008 (RJ 2009, 2865), cuyo razonamientos son asumidos por la STS de 11 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3053).

La citada sentencia de TS de 2-12-2008 razonaba así.

> *"El sentido de la norma es claro: para quien ha completado el período de cotización, pero no se halla al corriente de las cotizaciones se prevé que la entidad gestora curso una invitación al pago de las cuotas adeudadas y si estas se abona se estima que el trabajador se halla al corriente a efectos de reconocer la correspondiente prestación. (...) El ingreso de las cuotas se produjo, pero la prestación no se ha reconocido, porque se entiende que el pago realizado, aunque efectuado para cumplir la invitación y, por tanto, referido a las cuotas adeudadas en el RETA, se ha asignado para la cuotas que el actor debe como empresario en el Régimen General. Se cita para mantener esa conclusión el artículo 29 de la Ley General de la Seguridad Social, pero esta norma no ofrece la cobertura necesaria para realizar esta imputación del pago realizado. (...) Es claro que el precepto está contemplando un supuesto de ejecución (...). Pero aquí no estamos ante la realización de un embargo o de una garantía, sino ante un pago realizado voluntariamente atendiendo a una previa invitación de la gestora, con independencia de que, al margen de ellos, se esté realizando una ejecución en vía administrativa para obtener éstas u otras cuotas debidas. (...), sino de un pago que responde a un acuerdo con la Entidad Gestora, que ha formulado la correspondiente invitación en este sentido; invitación que ha sido aceptada y que crea para esa entidad obligaciones en el marco de la acción protectora, que luego no puede desconocer".*

3.5. Las razones del Tribunal Supremo

El TS en su FD cuarto parte de su doctrina antes indicada y llega a las siguientes consideraciones:

-El art. 29 de la LGSS no ampara a la administración de la Seguridad Social ya que esta se refiere a pagos en caso de ejecución forzosa y no a los casos en que se trata de un abono voluntario tras una invitación de la Entidad Gestora. Recuerda además que estamos ante un pago voluntario aplicado en el sentido que prevé el art. 1172 del Código Civil, que recordemos que dice:

> *"El que tuviere varias deudas de una misma especie a favor de un solo acreedor podrá declara, al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas debe aplicarse".*

-Recuerda la línea jurisprudencial antes reseñada (SSTS 22-11 y 11-3-2013 y 2-12-2008) y se plantea si es o no aplicable al caso que ella analiza. Advierte de una diferencia con respecto a las situaciones allí analizadas, es decir aquí el ingreso no se ha producido por invitación previa, sino que fue por propia iniciativa y antes de solicitar la pensión. Y llega a la conclusión de que, si a tenor del art. 28.2 del Decreto 2530/1970 y Disp. Ad. 39ª LGSS, un trabajador atiende la invitación e ingresa las cuotas dentro del plazo señalado se le considera al corriente y puede acceder a las prestaciones, por la misma razón habrá de producirlos el pago voluntario previamente realizado para que se impute el abono a la liquidación de esa deuda antes de que fuese reclamada a través del procedimiento de la invitación, salvo que hubiese alguna norma que lo impidiese.

-Se plantea también el TS si hay o no norma que impida al interesado imputar libremente un pago y analiza a tal efecto el art. 52 del RD 1415/2004, 11 de junio. Precepto que reza así:

> Artículo 52 *Imputación de ingresos*
>
> *1. Los pagos que voluntariamente se efectúen, y las cantidades de las compensaciones por prestaciones abonadas por el responsable de pago como consecuencia de su colaboración obligatoria con la Seguridad Social, cuando se lleven a cabo con los requisitos y mediante el procedimiento que se regula en el título II, se imputarán a las deudas en período voluntario a que se refieran. Si el pago no alcanzase a cubrir el importe total de dicha deuda, se distribuirá proporcionalmente entre principal y recargos.*
>
> *2. Los ingresos que no deban imputarse a deuda en período voluntario, según el apartado anterior, se aplicarán a la amortización de los aplazamientos o convenios concursales con espera que hubieran podido concederse al responsable de pago, y, en su defecto, se imputarán a la deuda en período ejecutivo, aplicándose primero a las costas y luego a los títulos más antiguos vigentes en cada momento, según las previsiones contenidas en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.*
>
> *3. Las cantidades objeto de compensación incluidas en el apartado 1 se aplicarán a las deudas por orden de antigüedad de la reclamación de deuda o resolución administrativa que fije su importe y el plazo reglamentario de ingreso. Si la compensación no alcanzase a cubrir el importe total de alguna de dichas deudas, se distribuirá proporcionalmente entre principal y recargos.*

Entendiendo que del reproducido precepto no se deduce que el pago efectuado por el trabajador, haya de imputarse necesariamente a la deuda anterior en el Régimen General, partiendo además de que he se hizo expreso destino del ingreso y que se trata de un derecho regulado en una norma específica que regula el art. 28 del D. 2530/1970.

Concluye finalmente admitiendo el recurso de casación para la unificación de doctrina, revocando la sentencia del TSJ de Canarias y declarando el derecho del trabajador a la pensión de jubilación reclamada.

4. CONCLUSIONES O REFLEXIONES FINALES

La exigencia de estar al corriente en el pago de sus cuotas a la Seguridad Social a los trabajadores que son obligados a ello y responsables de que el ingreso llegue a la Seguridad Social, para acceder a las prestaciones económicas es razonable. Obviamente tal condicionante no puede trasladarse a otros casos en los que sujeto obligado y responsable se separan como ocurre –salvo situaciones especiales– en los regímenes que encuadran a trabajadores por cuenta ajena, ya que aquí hay un sujeto responsable de que las cuotas sean ingresadas en la Seguridad Social, distinto del que pretende acceder a la acción protectora. Además, no debe olvidarse que el empresario incumplidor tendrá que hacer frente al

mecanismo de atribución y exigencia de responsabilidad prestacional derivado del incumplimiento de tales obligaciones establecido en la LGSS.

Esta exigencia además es un instrumento útil que evita la morosidad e impide (o dificulta) conductas incumplidoras e insolidarias por parte de dichos trabajadores.

Por su parte el mecanismo de invitación a ponerse al corriente en el pago de las cuotas, relativiza esta exigencia, ya que facilita al posible beneficiario acceder a las prestaciones si reúne los requisitos legales para ello.

Realmente estas exigencias estaban pensadas normalmente para supuestos en que el trabajador tiene algunas cotizaciones pendientes de ingreso en el régimen en que está encuadrado. No había sido previsto para los supuestos en que el trabajador tenga otras deudas para con la Seguridad Social, por ejemplo: las aportaciones de trabajadores y empresarios por cotizaciones a la Seguridad Social, reintegros de prestaciones indebidas, sanciones, etc., es decir todo aquello que pueda ser objeto de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social (art.1 del RD 1415/2004, de 11 junio).

A la vista de lo noticiado por el TS en la sentencia que se comenta cabe observar lo siguiente:

a) Una aparente actuación impoluta de la entidad gestora de la prestación que sin embargo esconden un interés ciertamente disimulado

Cuando un trabajador autónomo pide una prestación, el INSS comprueba que se reúnen todos los requisitos que exija dicha prestación concreta. Comprobados los requisitos generales de acceso a la protección del sistema, afiliación y alta o situación equiparable (art. 124.1 LGSS), analizará el estado de sus cotizaciones, para conocer si reúne o no el período de cotización mínimo exigible y en este concreto caso si se está o no al corriente. Obviamente cuando lleva a cabo esta operación no solamente está en condiciones de saber si hay algún débito pendiente en el RETA, sino de cualquier tipo de deuda que se tenga con el sistema. Por ello, cuando invita a ponerse al corriente, obsérvese que se limita a indicarle al trabajador que *"... si efectúa en la TGSS en el plazo de treinta días el ingreso que resulta necesario para cumplir el requisito de estar al corriente en el pago,* ***se procederá a reconocer la prestación cuando la TGSS declare extinguida la deuda****"*[21]. Y es este el último inciso el que nadie advierte de su trascendencia. Es decir "Yo INSS" te comunico que no estás al día en el pago de tus cuotas, si quieres que te reconozca y abone la pensión tienes que hacerlo. Luego cuando la TGSS diga que tu deuda está extinguida, te reconoceré la pensión. El problema es ese, la TGSS recibe el ingreso, lo imputa al débito más antiguo (en este caso el del Régimen General) y deja pendiente el relativo a las cuotas del RETA, con lo cual el INSS se "encoge de hombros", lo siente mucho, pero no puede reconocer al prestación.

b) Una actuación estratégica por parte del trabajador

[21] Ver FD Primero letra c) de la sentencia.

En el caso analizado no es difícil adivinar que el trabajador estuvo bien informado o asesorado. Él era consciente de que tenía distintas deudas con la seguridad social, pues no había ingresado las cuotas debidas como empresario, ni tampoco las correspondientes a su trabajo como autónomo. Acude a la Seguridad Social y pide información del estado de las deudas. A continuación abona las relativas al RETA, indicando expresamente que quiere que se impute a la deuda como trabajador autónomo. Posteriormente, ya al corriente en el pago de sus débitos en este régimen solicita la prestación.

c) La respuesta judicial

El TS se limita a rechazar el amparo legal invocado por el INSS y la TGSS y entiende que la conducta del trabajador se ajusta a Derecho. Ciertamente la argumentación del INSS y TGSS no parece que tengan un correcto encaje en el art. 52 del RD 1415/2004, que avale poder imputar un pago en contra de lo expresamente declarado por el deudor.

No obstante, hay que advertir de estas conductas que como mínimo bordean el fraude y de la necesidad de poner remedios a ello. No parece de recibo que quien –probablemente– retuvo la cuota de los trabajadores y no la ingreso, que tampoco ingreso la aportación que a le correspondía como empresario, que puede haber causado un perjuicio a sus trabajadores sin han tenido que acceder a una prestación y que por defectos en las cotizaciones se le les haya cuestionado, que quien en definitiva ha perjudicado al sistema y por tanto a todos, pueda sin más preparar su camino de acceso a la protección del sistema sin reparar los perjuicios causados o que estarán por llegar. Se podrá decir que la deuda no prescrita está ahí para que la reclame la TGSS, pero dado el tiempo transcurrido y el montante difícilmente será recuperado. Y ello no evita el reproche que deba hacerse a tales conductas insolidarias.

Por otro lado no hay que olvidar que también hay un cierto deber de diligencia y eficacia en la actividad recaudatoria que en este caso corresponde a la TGSS.

La solución es difícil y las propuestas de reformas no son fáciles, sino se quiere perjudicar aquellos a los que en el sentido y finalidad de la norma van dirigidos, a los normales cumplidores de sus obligaciones para con la Seguridad Social, pero que pueden por dificultades múltiples no estar al corriente de sus cuota. No se debería de llegar a pensar que todo autónomo que no está al corriente es un presunto defraudador que no lo es. No sería afortunado acudir aquella, afortunadamente desaparecida, respuesta que dio la Seguridad Social a las situaciones claramente fraudulentas de aquellos autónomos que cursaban su alta, declaraban que llevaban desarrollando su actividad un mínimo de cinco años, abonaban las cuotas y luego solicitaban la prestación de invalidez. La respuesta de "acepto las cuotas pero no son computables" (art. 28.3 D. 2530/1970, en su redacción dada por el RD 497/1986) no parece que sea el mejor ejemplo a seguirla.

No obstante si se considera adecuada la postura de la Administración y se quiere reducir estas conductas estratégicas del trabajador, podría atenderse a la experiencia de la Hacienda Estatal. El art. 63 de la Ley 58/2003, de 17 diciembre no puede dar una pista:

Artículo 63 Imputación de pagos

> ***1.*** *Las deudas tributarias son autónomas. El obligado al pago de varias deudas podrá imputar cada pago a la deuda que libremente determine.*
>
> ***2.*** *El cobro de un débito de vencimiento posterior no extingue el derecho de la Administración tributaria a percibir los anteriores en descubierto.*
>
> ***3.*** *En los casos de ejecución forzosa en que se hubieran acumulado varias deudas tributarias del mismo obligado tributario y no pudieran extinguirse totalmente, la Administración tributaria, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, aplicará el pago a la deuda más antigua. Su antigüedad se determinará de acuerdo con la fecha en que cada una fue exigible.*
>
> ***4.*** *Cuando se hubieran acumulado varias deudas tributarias a favor de una Administración y de otras entidades de derecho público dependientes de la misma, tendrán preferencia para su cobro las primeras, teniendo en consideración lo dispuesto en la sección 5ª de este capítulo.*

En el apartado 3º podría encontrarse una orientación. Aquí por ejemplo, la postura de la Administración de la Seguridad Social sería válida y quedaría claramente fijada, limitándola a los casos de deudas que ya estén en vía de ejecución forzosa.

C. **Incapacidad Permanente**

Ceguera como situación determinante de gran invalidez (Comentario a la STS de 3 de marzo de 2014, RCUD 1246/2013)

Blindness as a decisive situation of severe disability (Commentary on the STS from March 3, 2014, RCUD 1246/2013)

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE HUELVA

Resumen

La STS de 3 de marzo de 2014 resuelve una cuestión interesante: la calificación como gran invalidez a favor de una beneficiaria que si bien no tenía una ceguera absoluta por tener algún ámbito residual de función, funcionalmente su situación es asimilable. Para resolver esta cuestión la sentencia realiza un análisis de la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, destacando la equiparación de la absoluta ceguera a estos supuestos de efectos similares, la doctrina de que no es necesario la asistencia de un tercero de manera permanente, bastando la ayuda tan sólo para algunos actos vitales; y sobre todo utilizando un criterio de carácter objetivo a la hora de otorgar el grado de invalidez.

Palabras clave

Pensión de incapacidad permanente; Gran invalidez; Ceguera.

Abstract

The STS of March 3, 2014 resolved an interesting question: classification as severe disability in favor of a beneficiary that while he had no absolute blindness have some residual function scope, their situation is functionally comparable. To resolve this issue the sentence performs an analysis of the case law on this issue, highlighting the equality of absolute blindness to these assumptions similar effects, the doctrine that the assistance of another permanently is not necessary, suffice aid only to some vital events; especially using a criterion of objective character to the granting of the degree of disability.

Keywords

Permanent disability; Severe disability; Blindness

1. LOS HECHOS

A través de la STS de 3 de marzo de 2014 se plantea un problema que no es totalmente nuevo dentro del ámbito de la doctrina jurisprudencial que se dedica a la incapacidad permanente, me refiero a cuál sea el grado de incapacidad aplicable a los supuestos de ceguera, y más concretamente a aquellos casos en que no se produce una situación de ceguera absoluta, pero que produce efectos similares a la misma. Como prueba de que no es una cuestión precisamente nueva en el marco de la jurisprudencia española podemos remitirnos al interesante trabajo "La ceguera como lesión constitutiva de gran invalidez", del Profesor J. Garate Castro, publicada en *Jurisprudencia de Seguridad Social y Sanidad* nº 4 (1979).

En el caso concreto que nos ocupa, se produjo una Sentencia de instancia por el Juzgado de lo Social nº 4 de Bilbao (dictada el 9 de noviembre de 2012), a tenor de la cual se afirmaba que la demandante había venido sufriendo una enfermedad común que implicaba una atrofia coriorretinariamióptica severa. La trabajadora había desarrollado prestación de servicios como monitora de comedor-patio, siendo esta su profesión habitual, constituyendo sus funciones la de realizar tareas de atención, vigilancia y cuidado del alumnado en el comedor y en los períodos de descanso, velando por el mantenimiento del orden en el comedor y en cualquier otra dependencia del colegio durante el desarrollo de su trabajo, sirviendo las comidas en las mesas y recogiendo a su término el menaje y útiles, y colaborando en las actividades de limpieza del mobiliario e instalaciones del comedor. Pese a la notoria reducción de la capacidad de visión provocada por la enfermedad, la Sentencia de instancia aceptó la calificación de incapacidad permanente absoluta que fue otorgada por el INSS, rechazando la gran invalidez por considerar la existencia de circunstancias personales de la trabajadora, que hacían que no mereciese tal calificación.

La actora procedió a presentar recurso de suplicación que fue resuelto a través de la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco en sentencia de 14 de febrero de 2013. En dicha sentencia se estimó el recurso de suplicación interpuesto por la recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4, estimándose que la trabajador estaba afecta a un grado de gran incapacidad.

Sobre la Sentencia del TSJ del País Vasco hay que comenzar señalando su carácter voluntarista: el recurso de suplicación presentaba importantes defectos procesales, dado que utilizaba el art. 193. b) LRJS pretendiendo la revisión de los hechos probados, pero no señalaba ningún hecho en concreto. Ello supondría una vulneración de la jurisprudencial del Tribunal Supremo, que exige necesariamente la concreción, con claridad y precisión del hecho que se haya omitido o que resulte erróneo en el relato fáctico de la sentencia, debiendo ofrecerse un texto alternativo. Sin embargo, la Sala del TSJ del País Vasco, en base a una interpretación netamente favorable al derecho a la tutela judicial efectiva, estima que en realidad el recurso de Suplicación, pese a que utiliza la vía de la revisión de hechos probados, lo que realmente pretendía es acogerse a la letra c) del art. 193 LRJS; es decir, examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia; y más concretamente, se trataría de una alegación de infracción de jurisprudencia, conclusión a la que se llega simplemente por ser la única vía a través de la cual podía aceptarse el recurso (de hecho, tal como señala la STSJ, el recurso tampoco señalaba norma alguna como norma infringida, por lo que la única vía para admitirlo era la infracción jurisprudencia).

Además de estos interesantes problemas procesales, la Sentencia del TSJ del País Vasco destaca que las principales alegaciones de la recurrente giran en torno a tres cuestiones concretas: a) la necesidad de contar con una tercera persona como indispensable para la realización de actos vitales; b) que no es necesario que la ayuda de la tercera persona sea imprescindible para la realización de todos los actos que pueden ser calificados como vitales, bastando para que sea reconocida la gran invalidez que la ayuda afecta a un solo acto calificable como vital; c) el hecho de que no es necesario que dicha tercera persona sea requerida de manera permanente a lo largo de todo el día. Destaco estos tres aspectos, pues van a estar muy presentes en la resolución que dicta el Tribunal Supremo.

Para resolver el recurso, el TSJ estima que el déficit visual de la actora afectaba a ambos ojos y era muy importante, tanto, como para haber sido declarada su situación como propia de una incapacidad permanente absoluta por parte del INSS; es decir, sobre la actora recaían secuelas que imposibilitaban el desarrollo de cualquier actividad profesional. Teniendo en cuenta este punto de partida, que no es negado por parte alguna en el proceso, la resolución del TSJ del País Vasco entiende que los argumentos utilizados por la sentencia de instancia para denegar la gran invalidez y estimar tan sólo el grado de incapacidad permanente absoluta no fueron suficientemente relevantes: de entrada, el hecho de que la demandante estuviese hasta fechas muy cercanas a la declaración de incapacidad permanente desarrollando una actividad por cuenta ajena, no debe jugar como demérito para negar la gran invalidez, argumentando que ello sería contradictorio con la propia declaración de incapacidad permanente absoluta que otorgó el INSS. De otro lado, se estima que no era necesario haber demostrado en el juicio la necesidad de una tercera persona para realizar los actos esenciales de la vida, pues ante unas deficiencias visuales evidentes (la recurrente tenía en la práctica una situación de nula agudeza visual, y por lo tanto se encontraba ciega), una mera perspectiva objetiva de la situación de la trabajadora bastaba para estimar la necesidad de un tercera persona. Por otra parte también se rechaza que el hecho de que la recurrente se hubiese adaptado mejor que otras personas en sus circunstancias a una nueva vida carente de visión, sea argumento para denegar el grado de gran invalidez, pues dicha adaptación no impide, ni mucho menos la existencia de un dato absolutamente constatado como la real situación de la recurrente. Por último, el hecho de que no conste en juicio que fuese acompañada por una tercera persona al examen hospitalario, no es prueba suficiente para denegar el grado solicitado, pues tan sólo demuestra que pudo ser acompañada o no.

Frente a esta sentencia se formula por el INSS recurso de casación de la unificación de doctrina, que da lugar a la sentencia del TS que ahora pasamos a comentar. Para ello se utiliza como contradictoria respecto de la STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2013, la STSJ del mismo País Vasco de 7 de junio de 2005, donde se denegaba el grado de gran invalidez en base a un planteamiento claramente subjetivo, al entenderse que si bien el beneficiario tenía una grave reducción de la visión, aun cuando mantenía algún islote aislado de visión, "vive solo y realiza los desplazamientos también solo. Para comer se encuentra con su compañera sentimental y también acude al domicilio de su madre. La limpieza de la casa y la comida se la prepara su hermana (…) El actor encuentra dificultad para desplazarse por la calle, pero sigue efectuando su trabajo"; de manera que si bien la disminución de la capacidad para trabajar era evidente, pero dado que era un proceso antiguo de ceguera, había aprendido a vivir con la disminución, de modo que su estado "no es tal que impida al actor realizar por sí misma esas básicas actividades de subsistencia". Se planteaba así, con esta contradicción, si la ceguera, por si misma podía dar lugar o no a la gran invalidez, difiriendo la respuesta en función de cuál sea el criterio (subjetivo u objetivo) utilizado para responder.

En definitiva, a tenor de la sentencia analizada podemos encontrar una sería de cuestiones o problemas bastante interesantes, de un lado, si la situación clínica de la trabajadora podía encuadrarse en una situación de incapacidad permanente y que grado puede tener. De otro lado, si es necesario o no que se requiera la ayuda de una tercera persona para realizar todos los actos vitales o esenciales, o si por el contrario es suficiente dicha ayuda tan sólo para la realización de uno o algunos de tales actos esenciales. En tercer lugar, si la ayuda del tercero debe ser permanente o no; o si es posible compatibilizar el

trabajo con la gran invalidez, y la existencia de un criterio objetivo en la calificación como gran invalidez en los casos de ceguera o caso con una situación funcional asimilable.

La Sentencia que analizamos va a juzgar el supuesto de hecho que acabamos de exponer, para lo cual, tras señalar cuál fue el resultado de las sentencias de instancia y suplicación, dedica una buena parte del espacio de la misma (prácticamente la mitad de los fundamentos jurídicos) a señalar cuál ha sido la doctrina jurisprudencial en relación a los supuestos de ceguera, para después plantear el problema esencial que ha de resolver: si en el caso objeto de recurso, un supuesto de ceguera, o de situación asimilable a la ceguera, ha de utilizarse un criterio subjetivo u bien objetivo para determinar si era necesario el auxilio de un tercero y así tener derecho al grado de gran invalidez. Como veremos la sentencia opta por una interpretación de carácter objetivo en cuanto a la calificación de gran invalidez en los casos de ceguera.

Como vamos a ver la sentencia no sólo es interesante por reiterar una doctrina preexistente sobre la ceguera, sino también por revisitar buena parte de los principales problemas jurisprudenciales que en materia de gran invalidez se han producido en los últimos años.

2. ¿ES NECESARIA UNA CEGUERA TOTAL Y ABSOLUTA PARA QUE SE PRODUZCA UNA DECLARACIÓN DE GRAN INVALIDEZ?

Desde mi punto de vista entiendo que es necesario como paso previo al análisis de la resolución judicial resaltar una cuestión que resulta esencial para este comentario: señalar cuáles eran las dolencias médicas esgrimidas por la beneficiaria de la prestación y las secuelas que dichas dolencias le originaban, pues es aquí donde se encuentra el nudo central de las diferentes cuestiones que se resuelven por estas diferentes sentencias señaladas. La sentencia del TSJ del País Vasco no se detiene sobre esta cuestión, pues considera, en base a la sentencia de instancia, que es claro el déficit visual que tenía la trabajadora y recurrente en ambos ojos era muy importante, tanto como para haber generado una declaración del INSS de incapacidad permanente absoluta; es decir, una incapacidad para el desarrollo de cualquier tipo de actividad profesional.

Por el contrario la STS de 3 de marzo de 2014 si se detiene en los antecedentes de hecho en esta cuestión, resaltando que a tenor del dictamen propuesta del EVI, el cuadro patológico era el de una atrofia coriorretinaria miópica severa, lo que supone (dado el grado de severidad de la misma), que la recurrente había perdido la mayor parte de la visión en ambos ojos, si bien es factible que pudiera distinguir bultos a cierta distancia o recibir estímulos luminosos o visuales. Dicho de otra manera, la recurrente no está ciega en el sentido de haber padecido una absoluta y total pérdida de visión en ambos ojos; si bien, las limitaciones de visión que sufren la incapacitan para ver con un mínimo de normalidad.

A partir de aquí una cuestión asalta a cualquier intérprete jurídico: el relativo a la entidad de las lesiones o padecimientos del beneficiario de la prestación de incapacidad permanente para que esta obtenga el grado de gran invalidez. Pues bien, tal como resalta la STS de 3 de marzo de 2014, para la calificación de incapacidad permanente, y en concreto de gran invalidez, no se requiere la situación de ceguera absoluta y total, sino que es suficiente con estar dentro de alguna de las categorías de alteración visual que pueda dar lugar a la

calificación de ceguera. Por lo tanto, se entra dentro de la categoría de ceguera cuando se está en una situación de nula agudeza visual, aun cuando pueda presentarse algún ámbito aislado de visión.

A tenor de lo señalado por la STS comentada (y anteriormente por la STSJ del País Vasco objeto del recurso de casación), la conclusión a la que debemos llegar es que no se requiere la absoluta falta de visión para optar a una declaración de incapacidad permanente, ni siquiera de gran invalidez. Por lo tanto, a la hora de otorgar la calificación de gran invalidez, debemos englobar en un mismo ámbito los supuestos de ceguera total, así como las situaciones que sean asimilables; es decir, que sin suponer absoluta falta de visión, si supongan una disminución radical de la misma, lo suficientemente relevante como para considerar que la visión residual existente no puede permitir el desarrollo de ninguna actividad profesional. En consecuencia, es posible acceder a una declaración de gran invalidez cuando el beneficiario no sea absolutamente ciego, pero si sufra una notoria reducción de la capacidad visual. La propia STS de 3 de marzo de 2014 relaciona todo un conjunto jurisprudencial relevante en el que se pone de manifiesto cómo se accede a la gran invalidez en situaciones en las que no se parte de una situación de verdadera ceguera (de total privación de la vista, tal como la define la primera acepción del DRAE), siendo suficiente con una situación en la que, aun manteniendo un resto de visión, las lesiones limitan absolutamente su capacidad de visión. Así, vid. entre las sentencias citadas por la de 3 de marzo de 2014, las SSTS de 28 de junio de 1986, RJ 1986/3755, que señala la "doctrina de la sala, según la cual la ceguera y aquellas situaciones de pérdida de visión a ella equiparables son constitutivas de gran invalidez (…)". También pueden verse las SSTS de 15 de septiembre de 1986, RJ 1986/4975; 7 de noviembre de 1986, RJ 1986/7557; 23 de junio de 1987, RJ 1987/4616; 30 de junio de 1987, RJ 1987/6244; 23 de marzo de 1988, RJ 1988/2367; o la de 19 de junio de 1989, RJ 1989/4818. Tal como señala la última de las citadas, "(…) esta Sala viene asimilando a la ceguera las pérdidas de visión que sin alcanzar la absoluta requieran la colaboración de una tercera persona". Pero quizás la más clara y rotunda sea la STS de 13 de marzo de 1989, RJ 1989/1831: "Por otra parte, y respecto a la pérdida de visión, la Sala ha precisado que son constitutivas de gran invalidez no sólo la ceguera total, son también las situaciones de pérdida de la visión que, sin implicar una absoluta anulación de la misma; son funcionalmente equiparables a aquella (Sentencias de 28 de junio y 7 de noviembre de 1986 y 23 de junio de 1987)".

En realidad esta afirmación (que en el caso de las limitaciones visuales, la gran invalidez no es equivalente de manera exclusiva a situación de ceguera absoluta) deriva de dos elementos que deben tenerse en cuenta. En primer lugar, que el art. 137 TRLGSS (me refiero a la redacción previa de esta norma al actual TRLGSS 1/1994, que tal como hemos señalado sigue siendo aplicable) no establece que para acceder a la gran invalidez sea necesario que el trabajador esté afecto a una situación de imposibilidad de desarrollar cualquier tipo de actividad profesional (una incapacidad absoluta), sino simplemente que el trabajador se encuentre afecto a una situación de incapacidad permanente; es decir, que el precepto admite la posibilidad de una gran invalidez incluso si el trabajador está afecto a un grado de incapacidad diferente de la absoluta. Recordemos al respecto un dato normativa que normalmente se olvida: la Ley 13/1982, de 7 de abril, en la redacción original de su Disposición Final 5ª modificaba al TRLGSS (al art. 135, que después pasó a ser el 137), afirmando que no era necesario para la gran invalidez estar afecto a una incapacidad permanente absoluta ("La gran invalidez no implica necesariamente la incapacidad

permanente absoluta para toda clase de trabajo")[1]. Lógicamente lo que si es cierto es que aquellos casos de incapacidad permanente absoluta, en que las reducciones anatómicas o funcionales son del 100% para el desarrollo de cualquier actividad profesional, son justamente las que más se prestan a requerir el auxilio de un tercero para el desarrollo de actos vitales. En todo caso recordemos cómo

De otro lado, hay que destacar que lo verdaderamente relevante para la calificación de gran invalidez es que encontrándose el beneficiario en situación de incapacidad permanente, requiera contar con la asistencia de una tercera persona para el desarrollo de las actividades esenciales de la vida. De manera inmediata pasaremos a esta cuestión.

En conclusión, tal como afirma la STS de 23 de marzo de 1988 (citada por la STSJ de 3 de marzo de 2014), "La Sala ha incluido en la gran invalidez la ceguera y aquellas otras situaciones que, sin serlo de forma absoluta, exigen como aquélla; la proximidad de otra persona a la que poder asirse en caso de necesidad, con la que desplazarse, que les ayude a aprehender cuanto necesite para comer, beber y consumar esas otras tareas precisas para la higiene y el decoro, con la dignidad que es inherente al ser humano".

No obstante, la consideración de que es necesario un tercero y la posibilidad de que el beneficiario afectado por una reducción de su capacidad visual mantenga un resto de visión, son dos cuestiones que están íntimamente ligadas: la jurisprudencia acepta equiparar a la ceguera a aquella situación en que sin sufrir una pérdida absoluta de visión (se mantiene cierta capacidad visual), sus efectos son funcionalmente equiparables; por lo que rechaza considerar que deba considerarse que exista ceguera cuando se mantenga una capacidad suficiente para realizar los actos esenciales de la vida, considerando que en estos casos no debe concederse la gran invalidez.

3. LA NECESIDAD DE UN TERCERO QUE ASISTA PARA SATISFACER LOS ACTOS ESENCIALES DE LA VIDA

El art. 137.1 TRLGSS se limita simplemente a enunciar los grados de incapacidad, pero no los define. No obstante el art. 137.3 TRLGSS señala que la determinación de los grados de incapacidad será objeto de desarrollo reglamentario. El problema al respecto es que no se ha producido ningún desarrollo reglamentario de esta materia.

Para resolver este vacío, la Disposición Transitoria 5ª bis del propio TRLGSS, señala que lo dispuesto por el art. 137 será de aplicación tan solo a partir de la fecha de entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias previstas por el art. 137.3 (se establece un plazo de un año, que evidentemente no se ha cumplido), de manera que mientras tanto resultará de aplicación la legislación anterior. Es decir, hemos de acudir a la regulación preexistente al RD-Legislativo 1/1994, y por lo tanto al antiguo art. 137.6 del Decreto de 1974 (en la redacción inmediatamente previa a la refundición), que como norma en vigor en base a esta Disposición Transitoria, establece que se entiende por gran invalidez "la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas

[1] Dicha Disposición Final sería posteriormente derogada por el RD Legislativo 1/1994, al ser innecesaria, pues el art. 137.6 TRLGSS ya no exigía para la gran invalidez, estar en situación de incapacidad permanente..

o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, comer o análogos".

Para una declaración de gran invalidez no sólo es necesario que haya una disminución de la capacidad para trabajar que suponga una imposibilidad para el desarrollo de actividades profesionales, se requiere algo más: la asistencia o ayuda por parte de un tercero para poder desarrollar los actos esenciales de la vida. Es esencial, por tanto, que el beneficiario requiera de un tercero, de otra persona, para que le ayude y preste asistencia a fin de poder realizar los actos más esenciales de la vida. Ello plantea que el gran inválido ha de ser incapaz por sí sólo de realizar ciertos actos, los más esenciales de la vida.

Sobre esta cuestión hemos de tener en cuenta diferentes aspectos. De entrada, debemos señalar que no basta con una situación de mera y simple dificultad o incomodidad en la realización de tales actos esenciales o vitales; sino que ha de requerirse un verdadero impedimento o imposibilidad en el desarrollo de tales actos (sobre la cuestión vid. la STS de 23 de marzo de 1988, RJ 1988/2367); de manera que es esa imposibilidad del beneficiario la que determina la necesidad del tercero y no un mero y simple requerimiento de ayuda por motivos de confort o de comodidad para el beneficiario: cualquier beneficiario de incapacidad permanente puede requerir la ayuda de un tercero para realizar ciertos actos o actuaciones cotidianas, pues una incapacidad permanente puede suponer no sólo una reducción de la capacidad de trabajo, también puede generar limitaciones o incomodidades para el desarrollo de ciertas tareas o actos de la vida cotidiana (incluso en muchas ocasiones, esa limitación puede predicarse de trabajadores que no están afectos a incapacidad permanente); pero para la gran invalidez se requiere la ayuda de un tercero, dada la imposibilidad del inválido para realizar esos actos esenciales para la vida.

El auxilio del tercero se requiere necesariamente para la realización de actos vitales, por lo tanto, no para la realización de cualquier otra actividad, aun cuando pueda ser relevante desde la perspectiva del interesado. En consecuencia, resulta esencial determinar qué se entiende por "los actos más esenciales de la vida". Al respecto la dicción del viejo art. 137.6 (redacción previa al TRLGSS 1/1994) se refería a actos "tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos". Es decir, que se trata de una mera y simple enunciación ejemplificativa; más aún, como elemento final se establece que habrá de acudirse a la analogía. Por lo tanto, no se establece un concepto estricto sobre esta cuestión. Ha sido la jurisprudencia la que ha debido establecer una delimitación. Sobre qué debe entenderse en este punto, la STS de 3 de marzo de 2014 se remite a lo señalado por la STS de 15 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4975), quien a su vez cita una amplia jurisprudencia sobre la cuestión. Concretamente se puntualiza que ha de definirse como "acto esencial para la vida el que se encamina a la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar los actos indispensables en la guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponde a la humana convivencia". En idéntico sentido la STS de 23 de marzo de 1988 (RJ 1088/2367) también citada por la sentencia que comentamos.

A tenor de esta delimitación deben tratarse de aquellos actos que son absolutamente necesarios para subsistir y llevar una vida dentro del estándar de la mínima dignidad humana. Por lo tanto, no se trata de requerir ayuda para cualquier tarea o actividad posible, sino para un conjunto de actos verdaderamente indispensables para la vida. Esta idea se refuerza por la

literalidad del precepto señalado, pues se refiere, no en vano, a "los actos más esenciales de la vida"; de otro lado al utilizar el criterio de la analogía respecto de actividades tan relevantes como vestirse, comer o desplazarse. Deben tratarse de actos análogos en relevancia a los expresamente señalados por el viejo art. 137.6 TRLGSS.

En tercer lugar, y esta es una cuestión de especial relevancia, ha de subrayarse que para acceder a la calificación de gran invalidez no se requiere que el beneficiario necesite a esa tercera persona para la realización de todos los actos que se consideren esenciales para la vida; basta para poder acceder a la gran invalidez que el beneficiario requiera de esa tercera persona para la realización de algunos de los actos esenciales de la vida. De igual manera, tampoco es necesario que la ayuda o auxilio del tercero sea permanente y constante, pudiendo ser una ayuda no continuada. En este sentido se manifiesta la propia STS de 3 de marzo de 2014, que recuerda la jurisprudencia sobre esta cuestión, referida también a supuestos de lesión ocular que genera una situación de visión prácticamente nula en el beneficiario. Concretamente se menciona la STS de 23 de marzo de 1988, (RJ 1988/2367), que señala cómo "aunque no basta la mera dificultad en la realización del acto vital, no se requiere que la necesidad de ayuda sea continuada (sentencias de 25 de noviembre de 1970, 13 de marzo de 1972, 14 de febrero de 1977, 26 de junio de 1978 y 5 de febrero de 1982)". De igual manera se expresa la STS de 13 de marzo de 1989, RJ 1989/1831. El TS acepta, por tanto, el planteamiento de la Sentencia del STSJ del País Vasco que ha sido objeto de recurso de casación para la unificación de la doctrina, que afirma que la ayuda del tercero "no es necesaria que se requiera permanentemente a lo largo de todo el día; así como que basta que afecte a un solo acto calificable como de vital".

En realidad a esta conclusión puede llegarse perfectamente desde la propia regulación legal, pues el viejo art. 137.6 establece una mera lista ejemplificativa de situaciones que pueden considerarse como actos esenciales o vitales, remitiéndose a continuación al mecanismo de analogía, de donde puede deducirse de manera lógica que es suficiente con necesitar la ayuda de un tercero sólo para alguno de los actos que pueden entenderse como esenciales y no para la totalidad de los mismos. Repárese simplemente que si la necesidad del tercero fuese para todo acto vital, por un mínimo de seguridad jurídica, habría sido absolutamente necesario una especificación por parte del legislador de cuáles son los concretos actos para los que se requiere dicho auxilio.

4. SOBRE LA CALIFICACIÓN COMO GRAN INVALIDEZ DE UN SUPUESTO DE CEGUERA (O DE LOS SUPUESTOS ASIMILADOS): CRITERIOS SUBJETIVO Y OBJETIVO

Tal como hemos visto hasta ahora, para acceder a la calificación de gran invalidez se va a requerir, fundamentalmente que el beneficiario se encuentre en una situación tal de incapacidad permanente que requiera el auxilio de un tercero para la realización de los actos esenciales para la vida o actos vitales, si bien no es necesario que dicha ayuda se requiera para todos los actos esenciales, ni es necesario que el auxilio del tercero sea constante y permanente.

A la hora de otorgar la calificación o no de gran invalidez será, pues, imprescindible valorar si es necesario o no la ayuda de ese tercero para desarrollar los actos vitales. En este punto es donde se centra justamente la principal carga argumental de la sentencia que

comentamos, pues se plantean dos maneras diferentes de analizar la misma cuestión: en base a un criterio de carácter subjetivo, o en función de un criterio objetivo.

En cuanto al primero de ellos, consiste en otorgar o no la calificación de gran invalidez en función de cuáles sean las circunstancias personales de cada uno de los beneficiarios de la prestación de incapacidad permanente. Es decir, se trata de analizar, no sólo la lesión producida, las secuelas que ella genera, sino el contexto personal, las capacidades y las condiciones que cada uno de los beneficiarios de cara a determinar si requiere o no la ayuda de un tercero y hasta donde puede requerirse la ayuda de dicho tercero. Es decir, desde esta óptica se analiza la cuestión no tanto en función de la incapacidad generada, sino en función del propio inválido, y de que este pueda adaptarse o no a las limitaciones que sufre, pudiendo alcanzarse o no una situación de autonomía personal. De esta manera no sería posible dar una respuesta exclusivamente en función de cuáles sean las reducciones anatómicas o funcionales sufridas, sino que es imprescindible analizar la repercusión de las mismas en el desarrollo de la vida del beneficiario (no hay incapacidades, sino incapacitados).

Este criterio subjetivo fue el que siguió la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Bilbao. Ciertamente esta sentencia partía, como no podía ser de otra manera de estimar que el déficit visual de la trabajadora era tremendamente importante, pues el propio INSS la había calificado como afecta a una incapacidad permanente absoluta; sin embargo, la sentencia, en base al criterio subjetivo había identificado una serie de circunstancias en la trabajadora que impedían que se otorgase la gran invalidez: que hasta muy poco tiempo antes de la declaración de invalidez la trabajadora había venido desempeñando su actividad por cuenta ajena, incluso sin haber pasado por una previa situación de incapacidad temporal, así como que el Juez entendía que la trabajadora se había adaptado de manera muy positiva a la situación de práctica ceguera que padecía, no constando que fuera asistida por un tercero al acudir a un examen hospitalario, o cuando fue examinada por la Inspección Médica. En definitiva, en el planteamiento subjetivo se tiene en cuenta tanto la lesión recibida, las secuelas del beneficiario, como la posibilidad de adaptación a las nuevas circunstancias; es decir, también factores subjetivos o personales del beneficiario.

Sin embargo, tanto la STSJ del País Vasco que resolvía el recurso de suplicación como la STS que comentamos se inclinan por la aplicación de un criterio de carácter estrictamente objetivo. En cuanto a la primera, estima de un lado que los elementos subjetivos señalados por la sentencia de instancia no eran suficientes, y de otro lado afirma que "Tampoco es imprescindible demostrar en juicio, la necesidad de una tercera persona para realizar los actos esenciales de la vida diaria, si la situación de partida no admite dudas desde una perspectiva objetiva, como ocurren en este supuesto".

En cuanto a la STS de 3 de marzo de 2014 también se inclina por una interpretación de carácter objetivo. Para ello la sentencia se remite de entrada a la propia doctrina jurisprudencial sobre esta materia, que de manera mayoritaria se ha inclinado tradicionalmente por la aplicación de un criterio de carácter objetivo a la hora de determinar la calificación de gran invalidez en supuestos de ceguera o asimilados a la ceguera, sobre todo teniendo en cuenta los antecedentes normativos de nuestro ordenamiento, a tenor de los cuales se otorgaba la calificación de gran invalidez a los supuestos de ceguera o asimilados a

la ceguera; así, señala la sentencia comenta que "La jurisprudencia social interpretó también sobre este tema la normativa contenida en el Decreto de 22 de junio de 1956 (por el que se aprueba el texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo y Reglamento para su aplicación), en cuyo art. 41 se establecía que «Se considerará incapacidad permanente absoluta para todo trabajo aquella que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio. En todo caso, tendrán tal consideración las siguientes: … c) La pérdida de la visión de ambos ojos, entendida como anulación del órgano o pérdida total de la fuerza visual; d) La pérdida de visión de un ojo, si queda reducida en el cincuenta por ciento o más la fuerza visual del otro», que fue modificado por Decreto 1328/1963, de 5 de junio, (sobre calificación de "Gran Invalidez" de los trabajadores que pierdan la visión en ambos ojos en accidente de trabajo) en el sentido de que «En todo caso, se calificará como Gran Inválido al accidentado que sufra la lesión descrita en el apartado c) del artículo cuarenta y uno (…)», preceptos que, pese a no estar contenidos en la LGSS, la jurisprudencia social ha considerado desde antiguo "como orientadores e indicativos para aplicar lo dispuesto en los artículos 135.5 y 6, en los que se definen la incapacidad absoluta y gran invalidez".

A partir de aquí señala como favorable a esta interpretación de carácter objetiva la STS de 18 de octubre de 1980, RJ 1980/4016, que contiene una literalidad prácticamente idéntica a la que acabamos de señalar; o la de 21 de septiembre de 1987, RJ 1987/6244 que resuelve cómo la ceguera absoluta o las situaciones a ella asimiladas es determinante de gran invalidez, "pues es claro que el invidente ha de ser ayudado constantemente por otras personas para subsistir vitalmente (…) quien tiene ceguera es claro que precisa asistencia ajena constante para desplazamientos, comer y actos relativos a higiene corporal y otros". También la STS de 13 de octubre de 1987, RJ 1987/6985: "No existe la menor duda … que el hoy recurrente ha llegado a ser totalmente ciego, y el ciego, como ya estableció el Decreto nº 1328/63, de 5 de junio, modificando al respecto el art. 42 del entonces vigente Reglamento de Accidentes de Trabajo (…), es acreedora que se le tenga como gran inválido en cuanto tiene necesidad de otra persona para realizar actos esenciales de la vida, así como de protección para eludir o defenderse de una situación de peligro"; o la STS de 23 de marzo de 1988, a tenor de la cual "La Sala ha incluido en la gran invalidez la ceguera (…). En este sentido muy numerosas Sentencias, desde antiguo, así lo venían precisando, en aplicación del art. 42 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956; máxime, tras la modificación consumada por el Decreto 1328/1963, de 5 de junio, que tipificó la ceguera como gran invalidez".

En definitiva, se utiliza como criterio el hecho de que la regulación histórica sobre invalidez permanente había considerado que los supuestos de ceguera o asimilados debían generar la calificación de gran invalidez de manera automática, pues se considera objetivamente que estos sujetos requieren necesariamente la ayuda de un tercero.

En otras sentencias el TS destaca como la jurisprudencia, sin mencionar el criterio interpretativo histórico, adjudica de manera automática el grado de gran invalidez a los supuestos de ceguera: STS de 11 de febrero de 1986, RJ 1986/956 ("La ceguera total constituye a quien la sufre en dicha situación, y así ha sido reiteradamente declarado por esta Sala"); o la STSJ de 28 de junio de 1986, RJ 1986/3755 ("La doctrina de la Sala, según la cual la ceguera y aquellas situaciones de pérdida de la visión a ella equiparables son constitutivas de gran invalidez, al exigir la colaboración de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida"); o la STS de 15 de septiembre de 1986, RJ

1986/4975 ("… la ceguera y aquellas otras situaciones que sin serlo de forma absoluta, exigen naturalmente la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida, de acuerdo con la doctrina de esta Sala … determinan el reconocimiento a quien las padece de este grado de incapacidad".

En definitiva, como punto de partida, la STS de 3 de marzo de 2014, señala la existencia de una doctrina jurisprudencial que ha sido tradicionalmente favorable a entender que los casos de ceguera o asimilables, de manera objetiva merecen la calificación de gran invalidez, pues de esa concreta situación se deduce la necesidad de los beneficiarios de una tercera persona que preste su ayuda para la realización de los actos considerados como vitales.

No obstante, aun cuando exista un evidente predominio de la doctrina objetiva, vamos a encontrar la existencia de una línea jurisprudencial que limita los efectos de este planteamiento objetivo, reconduciendo la situación a unos límites que evitan una extensión inadecuada de los efectos de dicha jurisprudencia. La jurisprudencia ha rechazado la calificación de gran invalidez en ciertos casos: cuando considera que no existe una situación equiparable a la ceguera. Recordemos, tal como hemos señalado *supra*, cómo la jurisprudencia ha venido asimilando a la ceguera absoluta aquellos casos en los que aun cuando el beneficiario mantiene una capacidad residual de visión, sin embargo tiene una situación funcional equiparable a la ceguera. Pues bien, la jurisprudencia procede en estos casos de reducción relevante de la capacidad de visión, a valorar si, pese a que la limitación visual del beneficiario le impide el desarrollo de cualquier prestación de trabajo, sin embargo la agudeza visión que le resta es suficiente para desarrollar los actos esenciales de la vida (normalmente gracias a las correcciones ópticas que puedan efectuarse). Es decir se va a tomar en consideración que la reducción funcional provocada por las limitaciones visuales no sea suficiente como para requerir de un tercero. De esta manera podemos encontrar sentencias como las del TS de 24 de octubre de 1988, RJ 1988/8145, en la que se cuestiona que con una agudeza visual de 0,2, que con correcciones alcanza para una visión de 1/6, se requiera la asistencia de un tercero para los actos esenciales de la vida; o en similares términos la STS de 19 de junio de 1989, RJ 1989/4818. Establece la STS de 19 de enero de 1988, RJ 1989/269, en la que se señala que pese a lo establecido por el Decreto 1328/1963, en el caso en cuestión "no se da en el actor ceguera absoluta sino que en cada ojo conserva 1/10 de visión, lo que ciertamente le ha de impedir cualquier género de trabajo y el grado de incapacidad será el de absoluta (…), más la pérdida de visión no ha de obsta a la realización de los actos esenciales de la vida, como vestirse, asearse, desplazarse, hasta el punto de que precise para ello de asistencia de otra persona (…)".

En definitiva, se ha venido señalando que para los casos de severas limitaciones de la capacidad visual, si existe una agudeza visual igual o superior a una décima de la capacidad visual plena, no se genera derecho a la gran invalidez, tal como manifiesta la STS de 12 de junio de 1990, RJ 1990/5064: "cuando la agudeza visual es igual a una décima o superior, si no concurre ninguna otra circunstancia, viene estimándose que es posible con ella realizar los actos más esenciales de la vida sin necesidad de requerir el auxilio de otra persona, por lo que, en sí misma, no constituye una gran invalidez".

En realidad, el ámbito de este planteamiento se limita tan sólo a aquellos casos en los que no existiendo ceguera absoluta, hay una relevante reducción de la capacidad visual; por

lo que más que una corrección a la jurisprudencia que objetiviza la declaración de gran invalidez, se trata de situar en el punto adecuado la consideración de que una importante reducción de la capacidad visual sea considerada como situación de verdadera ceguera. Ahora bien, una vez que estamos ante un supuesto de ceguera, o asimilable a la misma, la doctrina dominante es la de aplicar el criterio de carácter objetivo.

La conclusión final a la que debemos llegar es que la doctrina jurisprudencial actual admite la existencia de situaciones de gran invalidez objetivas; es decir, determinados supuestos de incapacidad permanente absoluta, en los que a tenor de cuál sea la afección sufrida por el beneficiario, pueden calificarse con gran automatismo como de gran invalidez. Esta es realmente la conclusión que alcanza la STS de 3 de marzo de 2014, cuando en su fundamento jurídico nº cuarto reitera que "(…) hay supuestos concretos legalmente valorados como alguno de aquellos niveles de incapacidad permanente, en los que puede «objetivarse» una tal calificación, como hizo el viejo Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956, y aún hoy se admite para calificar la ceguera total como gran invalidez, o la silicosis según el grado de su evolución y la concurrencia, o no, de cardiopatías que agravan el estado del enfermo profesional". En definitiva, se admite por la STS el criterio objetivo, al menos en relación a un conjunto concreto de situaciones derivadas de ciertas dolencias que estaban ya recogidas por el ordenamiento como generadores de gran invalidez.

5. COMPATIBILIDAD ENTRE GRAN INVALIDEZ Y TRABAJO

Uno de los argumentos utilizados por la sentencia de instancia para denegar la calificación de gran invalidez es el hecho de que la beneficiaria había venido prestando trabajo hasta un momento realmente cercano a la declaración de incapacidad permanente. La STSJ del País Vasco que fue dictada en suplicación desdeño este argumento por considerar que no era lo suficientemente relevante como para denegar el derecho a la gran invalidez. Por su parte la STS de 3 de marzo de 2014 dedica una amplia reflexión sobre la compatibilidad entre pensión y trabajo. En realidad, no señala esta última sentencia la necesidad de analizar esta cuestión, pues no formaba parte de los argumentos propios del recurso de casación presentado por el INSS; sin embargo, entiendo que para reforzar la sentencia que dicta el TS, se analiza esta cuestión, para así evitar un posible flanco débil por el hecho de que la beneficiaria hubiese mantenido su puesto de trabajo hasta un momento cercano a la concesión del grado de incapacidad permanente.

El TS en la sentencia comentada comienza señalando la doctrina jurisprudencial más reciente sobre la compatibilidad entre trabajo y pensión, recordando especialmente la STS de 30 de enero de 2008, RJ 2008/1984. En dicha resolución se declaraba la compatibilidad entre la pensión de gran invalidez y el trabajo a tiempo completo, es decir, sin que estemos ante una actividad de carácter marginal, de manera que "no puede denegarse la declaración de gran invalidez por el hecho de trabajar o poder trabajar en una profesión que no resulte perjudicial o inadecuada para el estado del incapacitado y no suponga incidir en un supuesto de revisión por mejoría". Una vez realizada esta afirmación, la STS de 3 de marzo de 2014 reitera la jurisprudencia que con posterioridad a 2008 ha venido reiterando este planteamiento (Vid. SSTS de 10 de noviembre de 2008, RJ 2009/2618; 14 de octubre de 2009, RJ 2009/5730; 10 de noviembre de 2009; 1 de diciembre de 2009, RJ 2010/370; o 19 de marzo de 2013, RJ 2013/3055). Por lo tanto es perfectamente posible compatibilizar la

pensión de gran invalidez con el desarrollo de una prestación de trabajo, sin que esta actividad laboral deba ser necesariamente marginal o meramente esporádica; al contrario, puede compatibilizarse una prestación de trabajo habitual y a tiempo completo con la gran invalidez.

No obstante, es necesario destacar cómo si existe una importante limitación a la compatibilidad entre trabajo y pensión: la propia sentencia comentada se remite a lo afirmado por la STS de 1 de diciembre de 2009, la cual señala que "la única incompatibilidad que formula el art. 141.2 de la LGSS para la pensión de incapacidad permanente absoluta es la relativa a las actividades que sean «incompatibles» en el sentido de perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado". Se trata, por tanto, de una incompatibilidad planteada en términos de inadecuación por poder provocar un empeoramiento de la situación del beneficiario. Con ello se da una respuesta en clave de favorecer la reinserción de los inválidos, pues una interpretación en extremo rígida de la incompatibilidad de la pensión con el trabajo, generaría la imposibilidad de que los beneficios de las prestaciones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez pudiesen tener presencia en el mercado de trabajo, pues solamente podrían realizar labores marginales.

En la línea de una interpretación flexible de la compatibilidad trabajo/pensión, la STS de 3 de marzo de 2014, acude a lo afirmado por la STS de 16 de octubre de 2013, RJ 2014/1208. En esta sentencia se planteaba el problema de un beneficiario de gran invalidez, por sufrir determinadas afecciones oculares que determinan la ceguera. El beneficiario percibe dicha prestación desde octubre de 1989, habiendo prestado servicios para la ONCE desde abril de 1988. El beneficiario pretendía que, aun cuando no había modificado su situación de gran invalidez, se tuviesen en cuenta las cotizaciones realizadas desde la declaración de gran invalidez y se recalculase la base reguladora, lógicamente para acceder a una pensión de cuantía superior. De entrada se planteaba el problema de la compatibilidad de una gran invalidez o una incapacidad permanente absoluta con el trabajo (estos grados de invalidez requieren que haya una incapacidad para trabajar, mientras que el art. 141.2 LGSS señala que estas pensiones no impedirán el ejercicio de actividades compatibles con el estado de invalidez y que no representen un cambio en la capacidad de trabajo).

La STS de 16 de octubre de 2013 destaca cómo si bien inicialmente la contradicción se salvaba considerando que los trabajos compatibles eran simplemente los marginales. Sin embargo, a partir de la STS de 30 de enero de 2008, RJ 2008/1984, se hace un replanteamiento de la cuestión, sobre todo en base a los siguientes elementos: a) la literalidad del art. 141.2 TRLGSS que reconoce que las pensiones no impedirán las actividades compatibles; b) impedir el desarrollo de una prestación de trabajo supondría hacer de peor derecho a los perceptores de una pensión de invalidez permanente absoluta o de gran invalidez, respecto de los beneficiarios de una incapacidad permanente total; y c) el efecto desmotivador sobre la reinserción laboral de quienes se encuentren en situación de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez. A tenor de lo señalado, esta sentencia considera que existe compatibilidad entre el trabajo y la pensión; por lo que, consecuentemente, las cotizaciones realizadas durante el período de trabajo han de ser tenidas en cuenta a los efectos de recalcular la pensión anteriormente reconocida, si bien, "siempre y cuando la situación clínica del pensionista le impida seguir desarrollando la actividad profesional –o actividades profesionales– desarrollada desde que se produjo su primera declaración de incapacidad".

6. CONCLUSIÓN: DOCTRINA AFIRMADA POR LA STS DE 3 DE MARZO DE 2014

Una vez afirmas todas estas cuestiones la STS procede a "destilar" la solución aplicable al supuesto de hecho planteado. Para ello concluye las siguientes cuestiones en su fundamente jurídico número cinco:

a) Que no es necesario tener una absoluta falta de capacidad en la visión para ser considerado ciego, sino que aquellas situaciones que generen una situación funcional similar a la ceguera también deben ser considerados como tal. Más aún, estas personas que sin ser ciegas tienen una situación equiparada funcionalmente a la ceguera, reúnen objetivamente los requisitos para tener derecho a la obtención del grado de gran invalidez. Por lo tanto, los ciegos y los que están equiparados a ellos, objetivamente pueden acceder a la situación de gran invalidez. En este sentido se afirma expresamente por la sentencia que "una persona que pueda ser considerada ciega, por estar indiscutidamente dentro de las categorías de alteración visual que dan lugar a la calificación de ceguera, bien por padecer ceguera total o bien por sufrir pérdida de la visión a ella equiparable (cuando, sin implicar una absoluta anulación de la misma, sea funcionalmente equiparables a aquélla) reúne objetivamente las condiciones para calificarla en situación de gran invalidez"

b) De otro lado, la discusión puede centrarse en qué podemos considerar como una situación de deficiencia visual equiparable a la verdadera ceguera. En este caso la STS acude, tal como hemos visto a considerar que el límite o frontera de la ceguera ha de situarse en una carencia de capacidad visual inferior a la décima parte de la agudeza visual. Así se reitera que "aunque no hay una doctrina legal ni científico-médica indubitada que determine qué agudeza visual ha de ser valorada como ceguera, sí puede afirmarse que, en general, cuando ésta es inferior a una décima en ambos ojos se viene aceptando que ello significa prácticamente una ceguera"

c) Una persona que se encuentra en la situación descrita supra (ser ciego en sentido estricto o con capacidad visual inferior al 10%), requiere objetivamente de una tercera persona para ayudarle en el desarrollo de los actos vitales o esenciales de la vida; se afirma, de esta manera, rotundamente el criterio objetivo en estos casos de ceguera. De otro lado, se afirma que no es necesario que dicha colaboración o auxilio del tercero se requiera durante todo el tiempo, pudiendo ser puntual: "es claro que el invidente en tales condiciones requiere naturalmente la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida, aunque no figure así en los hechos declarados probados de la correspondiente resolución judicial, no requiriéndose que la necesidad de ayuda sea continuada"

d) Para terminar se afirma por parte del TS que no hay que dejar de estimar la situación de gran invalidez por el hecho de que el beneficiario pueda mantener algún resto de visión, o que haya sido capaz de adaptarse con cierta soltura a su situación, pudiendo realizar ciertos actos vitales sin ayuda de un tercero, o sin ayuda permanente de ese tercero. Con ello se afirma que la gran invalidez no tiene que suponer una situación tal que implique la necesidad del tercero para la realización de todos los actos esenciales de la vida, durante todo el tiempo; siendo factible tal calificación cuando se requiere ayuda para algunos actos vitales y no de manera permanente. Más aún, la sentencia comentada afirma que tampoco impide la

calificación de gran invalidez el hecho de que el beneficiario pueda realizar trabajos que no resulten perjudiciales para su situación: "no debe excluir tal calificación de GI la circunstancia de quienes, a pesar de acreditar tal situación, especialmente por percibir algún tipo de estímulo luminoso, puedan en el caso personal y concreto, en base a factores perceptivos, cognitivos, ambientales, temporales u otros, haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, o incluso los que puedan llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación, con lo que, además, se evita cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en tal situación". Reitera además en su fundamento jurídico sexto que "es correcta jurídicamente su calificación como gran inválida efectuada en la sentencia de suplicación impugnada, a pesar de que la ayuda de tercera persona solamente la requiriera para determinados actos esenciales e incluso para otros de la misma naturaleza no permanentemente durante todo el día, de que «hasta fechas muy recientes haya desempeñado una actividad por cuenta ajena» o de que «se haya adaptado mejor o peor a su diplopía» pues «una persona ciega podrá adaptarse de forma favorable a su situación y a diferencia de otras, pero eso no impide que esa sea su real situación»".

En definitiva, la doctrina afirmada por esta sentencia es netamente favorable a la situación de la beneficiaria de la prestación, pues acepta una importante dosis de flexibilidad en la declaración de gran invalidez: no se requiere ceguera absoluta, no es necesario que se requiera la ayuda del tercero para todo tipo de acto vital y tampoco que su auxilio sea permanente, siendo incluso la situación de gran invalidez compatible con el trabajo siempre que no sea perjudicial para la situación física del beneficiario; por último, para los casos de ceguera se establece un criterio objetivo para estimar la necesidad del tercero, lo que facilita enormemente la calificación de gran invalidez.

D. **Viudedad**

Ajustes constitucionales recientes a la regulación sobre acceso de la pareja de hecho a la pensión de viudedad contenida en la Ley 40/2007
Constitutional adjustments to the regulation on access to widow's pension by cohabiting partner in law 40/2007

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

El Tribunal Constitucional ha revisado en los años 2013 y 2014 algunos aspectos polémicos de la regulación sobre el acceso a la pensión de viudedad por los supérstites de una pareja de hecho que introdujo la Ley 40/2007, en vigor desde e1 1 de enero de 2008, dando respuesta a diversas cuestiones de constitucionalidad elevadas al mismo por diferentes órganos judiciales. En el presente comentario se analiza la constitucionalidad de exigencias tales como la inscripción registral de la pareja de hecho, la existencia de hijos en común, la ausencia de vínculo matrimonial o el reenvío que la norma hace a la legislación autonómica para regular la consideración y acreditación de las parejas de hecho a efectos de disfrutar de la pensión de viudedad.

Abstract

The Spanish Constitutional Court has recently reviewed some controversial aspects contained in the regulation on access to the widow's pension by surviving partners introduced by Law 40/2007, which entered into force the first of January 2008, responding to various questions of constitutionality raised by different courts. This essay analyzes the constitutionality of several requirements such as registration of the partnership, the existence of children in common, the absence of marriage or forwarding the rule makes regional legislation to regulate the accreditation and consideration of cohabiting partners in order to enjoy the widow's pension.

Palabras clave

Pensión de viudedad; Parejas de hecho; Reforma de la pensiones

Keywords

Widow's pension; Cohabiting partner; Pensions reform

1. RÉGIMEN DE ACCESO DE LA PAREJA DE HECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD TRAS LA LEY 40/2007

El Tribunal Constitucional ha revisado en los años 2013 y 2014 algunos aspectos polémicos de la regulación sobre el acceso a la pensión de viudedad por los supérstites de una pareja de hecho que introdujo la Ley 40/2007, en vigor desde e1 1 de enero de 2008, dando respuesta a diversas cuestiones de constitucionalidad elevadas al mismo por diferentes órganos judiciales.

Apartándose de la tradición de nuestro ordenamiento jurídico que venía reservando la protección en situaciones de muerte y supervivencia a las uniones matrimoniales, la Ley

40/2007, de 4 de diciembre, dio nueva redacción al artículo 174 LGSS, permitiendo que las parejas de hecho –también las del mismo sexo– puedan acceder a la pensión de viudedad. Ahora bien, la protección dispensada a las parejas de hecho no se ha producido equiparando plenamente dichas uniones a las conyugales. El legislador, amparándose en la doctrina constitucional que no consideró contraria al artículo 14 CE la opción excluyente de la protección a las parejas de hecho pero tampoco prohíbe su inclusión (entre muchas, STC 184/1990)[1], ha optado por integrarlas de forma limitada en el ámbito subjetivo de la pensión de viudedad, imponiéndoles requisitos y condiciones que difieren de los aplicables a los viudos y viudas matrimoniales. En primer lugar, la protección no incluye a todas las parejas de hecho, sino únicamente a aquellas que reúnen determinados requisitos formales y de convivencia. En segundo lugar, se exige a las parejas de hecho la existencia de un desequilibrio económico o un estado de necesidad, que en cambio no se exige al supérstite de una relación conyugal. A continuación se desarrollan con algo más de detalle estos requisitos.

La pareja de hecho beneficiaria de pensión de viudedad es aquella que cumple con los requisitos establecidos en el párrafo 4º del artículo 174.3 LGSS, que son: 1º. Relación de afectividad análoga a la conyugal. 2º. Inexistencia de impedimento para contraer matrimonio entre sus miembros. 3º. Inexistencia de vínculo matrimonial con otra persona. 4º. Convivencia estable, notoria, inmediata al fallecimiento y de duración no inferior a cinco años, acreditada mediante certificado de empadronamiento. 5º. Acreditación de la existencia de la pareja de hecho por medio de la inscripción en registro o documento público, anterior en dos años al fallecimiento[2].

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha precisado que el requisito de convivencia que se exige para que el miembro superviviente de una pareja de hecho cause derecho a pensión de viudedad puede acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho y no solo mediante el certificado de empadronamiento, como parece indicar el artículo 174.3 LGSS[3]. En cambio, la existencia misma de la pareja de hecho únicamente puede acreditarse a través de los medios legalmente previstos: inscripción en el registro específico existente en la Comunidad Autónoma o Ayuntamiento del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste expresamente la constitución de la pareja de

[1] La opción de requerir la existencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a una pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible, por lo que es legítimo propugnar que la actual pensión de viudedad se extienda por el legislador a las uniones estables de hecho» (STC 184/1990, FJ 3), «sean o no heterosexuales» (ATC 222/1994, de 11 de julio, FJ 2). En suma, «habrá de ser, en su caso, el legislador quien decida proceder a dicha extensión, con los requisitos y en los términos que se consideren pertinentes, y en el marco de una nueva y coherente ordenación de la citada pensión, singularmente si la convivencia establece sin vínculo matrimonial se instalara como una práctica social extendida» (STC 184/1990, FJ 5).

[2] Para una explicación pormenorizada de estos requisitos, vid. RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Murcia, Laborum, 2009, págs. 143-147.

[3] SSTS de 25 mayo 2010 (RJ 2010, 3610); 24 junio 2010 (RJ 2010, 3613); 6 julio 2010 (RJ 2010, 6786); 14 septiembre 2009 (RJ 2010, 7418); 20 septiembre 2010 (RJ 2010, 7436); 12 noviembre 2010 (RJ 2010, 8836); 9 diciembre 2010 (RJ 2011, 242); 15 marzo 2011 (RJ 2011, 3258); 14 (2) abril 2011 (RJ 2011, 3952, 3953); 26 septiembre 2011 (RJ 2011, 7302) .

hecho, sin que a estos efectos sea documento público hábil el libro de familia en el que conste la filiación común de los hijos[4].

En consecuencia: 1º) los requisitos legales de "existencia de pareja de hecho" y de 'convivencia estable y notoria", establecidos ambos en el vigente artículo 174.3 LGSS son distintos, debiendo concurrir ambos para el reconocimiento del derecho a pensión a favor del sobreviviente; 2º) en el mismo precepto legal, las reglas de acreditación de uno y otro requisito son asimismo diferentes; 3º) la "existencia de pareja de hecho" debe acreditarse, de acuerdo con el repetidamente citado artículo 174.3 LGSS, bien mediante "inscripción en registro específico" de parejas de hecho, bien mediante "documento público en el que conste la constitución" de la pareja, lo que refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión en litigio a las parejas de hecho regularizadas. Y es que una cosa es la constitución formal de la pareja de hecho, que exige la solemnidad propia de la inscripción registral o de la elevación a escritura pública, y otra muy distinta la acreditación de la convivencia como estable pareja de hecho durante al menos cinco años, respecto de la cual la flexibilidad en cuanto a los medios de prueba es casi absoluta.

La Sala Cuarta también ha puntualizado que, cuando el hecho causante acaece dentro de los dos años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la Ley 40/2007 (1º de enero de 2008), el requisito de inscripción en registro específico o formalización en documento público con una antelación mínima de dos años a la fecha del fallecimiento del causante es inexigible, por resultar imposible el cumplimiento de tal plazo (no así la formalización de la pareja de hecho)[5]. Igualmente ha aclarado que el requisito de inexistencia de obstáculo para poder contraer matrimonio, por ausencia de vínculo matrimonial con un tercero, no es exigible durante el tiempo mínimo de convivencia como pareja de hecho exigido por el artículo 174.3 LGSS (5 años), bastando con que esa condición concurra en el momento inmediatamente anterior al fallecimiento, último en que tal constitución de la pareja de hecho pudo haberse producido[6].

La pareja de hecho que cumpla los requisitos expuestos podrá ser beneficiaria de la pensión de viudedad siempre y cuando, además, acredite que la muerte del causante le ha provocado un desequilibrio económico o, alternativamente, la existencia de un estado de necesidad. Para determinar si existe desequilibrio económico, se tiene en cuenta la existencia o no de hijos comunes en la pareja con derecho a pensión de orfandad. De haberlos, se producirá el desequilibrio cuando los ingresos del superviviente durante el año natural anterior no alcancen el 50% de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Caso de no tener hijos en común, la exigencia de dependencia económica

[4] SSTS de 3 mayo 2011 (RJ 2011, 4507); 9 junio 2011 (RJ 2011, 5334); 15 junio 2011 (RJ 2011, 5939); 4 octubre 2011 (RJ 2011, 7638); 17, 22 y 28 noviembre 2011 (RJ 2012, 156, 1466, 92); 20, 22 y 26 diciembre 2011 (RJ 2012, 395, 1886, 159); 23 y 26 enero 2012 (RJ 2012, 2149, 3630); 21 y 28 febrero 2012 (RJ 2012, 3382); 12 marzo 2012 (RJ 2012, 4181); 18 abril 2012 (RJ 5722); 10 mayo 2012 (RJ 2012, 6502); 24 mayo 2012 (PROV\2012\318639); 30 mayo 2012 (RJ 2012, 8323); 11 junio 2012 (RJ 2012, 8536); 27 junio 2012 (PROV\2012\295356); 18 julio 2012 (RJ 2012, 8750); 16 julio 2013 (RJ 2013, 6583).

[5] SSTS de 28 noviembre 2011 (RJ 2012, 95) y 22 diciembre 2011 (RJ 2012, 1886).

[6] SSTS de 14 julio 2011 (RJ 2011, 6552); 21 julio 2011 (RJ 2012, 678); 26 julio 2011 (RJ 2011, 6826) y 24 octubre 2012 (RJ 2012, 10713).

respecto del causante se acentúa, pues el porcentaje de participación en los ingresos de la unidad familiar desciende al 25%.

Si la muerte del causante no ha producido un desequilibrio económico en los términos legalmente expresados, la norma prevé una segunda vía para acceder a la pensión de viudedad: el derecho a la prestación se reconoce también cuando los ingresos de la pareja sobreviviente "resulten inferiores a 1,5 veces el salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante", límite que se incrementa en 0,5 "por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente". Se pondera en este caso la concurrencia de una real situación o estado de necesidad en el solicitante, requisito éste propio del nivel de protección asistencial pero incidente en una prestación de naturaleza contributiva. El límite de rentas debe cumplirse durante todo el período de percepción de la pensión, de forma que si en algún momento se superara, el beneficiario perdería la prestación.

El radical giro que supuso la protección social de las parejas de hecho determinó que algunas de ellas se vieran sorprendidas por la imposición de unos requisitos que no cumplían en la fecha del fallecimiento, habiendo ocurrido éste antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, y sin posibilidad de acreditarlos posteriormente, con el resultado de privación definitiva del derecho a la pensión de viudedad.

Es por ello que la Ley 40/2007 vino a establecer, en su disposición adicional tercera, un régimen transitorio que permite, con carácter excepcional, el reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho cuando, habiéndose producido la muerte antes del 1 de enero de 2008, concurran las siguientes circunstancias:

a) Que a la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización a que se refiere el artículo 174.1 LGSS, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.
b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho, en los términos establecidos en artículo 174.3 LGSS, con el causante, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste.
c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes.
d) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.

Para la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, el tenor literal de la Disposición Adicional Tercera no deja lugar a dudas acerca de que nos hallamos ante una serie de requisitos que con carácter acumulativo se exigen para el acceso a la pensión de viudedad, en el caso de fallecimientos anteriores a la entrada en vigor de la Ley. El propio precepto hace constar el carácter de excepcionalidad de los supuestos que regula, excepcionalidad que es propia de una situación que concede un beneficio con carácter retroactivo[7].

[7] STS de 7 junio 2011 (RJ 2011, 5327).

El análisis sintáctico de la disposición aplicable, unido a otro criterio de interpretación lógica, ha llevado a entender inexigible el requisito de formalización de la pareja de hecho por los medios establecidos en el art. 174.3 LGSS –registro o documento público, con una antelación mínima de dos años–, respecto de los fallecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 2008, pues no sería lógico exigir a los asegurados el cumplimiento de requisitos formales que no podían conocer con anterioridad a su publicación, puesto que fueron implantados en una ley posterior al hecho causante de la prestación solicitada[8]. En cambio, el requisito de presentación de la solicitud en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de la ley no es una norma que se limite a regular los efectos económicos de la prestación (estableciendo una excepción a la regla general de retroactividad por un máximo de tres meses anteriores a la solicitud), sino que constituye un presupuesto indispensable para el acceso a la pensión [9].

2. INCONSTITUCIONALIDAD DEL REQUISITO DE EXISTENCIA DE HIJOS COMUNES PARA QUE LA PAREJA DE HECHO PUEDA ACCEDER A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN EL DERECHO TRANSITORIO

Como ha quedado expuesto, la Ley 40/2007 introdujo por primera vez la posibilidad que las parejas de hecho –incluidas las del mismo sexo– accediesen a la pensión de viudedad. No obstante, el acceso a la prestación para las parejas de hecho con respecto a las parejas de derecho –matrimonio– no se efectuó en igualdad de condiciones; y así, a título de ejemplo, a las primeras se les exige un largo periodo de convivencia –5 años–, dependencia económica y, como en el caso contemplado en su DA 3ª, haber tenido hijos en común.

El régimen transitorio previsto en la disposición adicional tercera de la LGSS ha sido alterado como consecuencia de la STC 41/2013, de 14 de febrero, que ha declarado inconstitucional, por considerarlo contrario al principio de igualdad ante la ley, el requisito de existencia de hijos comunes contenido en aquella disposición, respondiendo a una cuestión de constitucionalidad presentada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona[10].

El titular del Juzgado Social nº 33 de Barcelona elevó la cuestión de inconstitucionalidad de la DA 3ª de la Ley 40/2007 por entender que comportaba un trato desfavorable por causa de la orientación sexual, expresamente prohibido por el artículo 14 CE, toda vez que el requisito de haber tenido hijos en común que establecía la citada disposición para poder causar derecho a la pensión de viudedad en supuestos de parejas de hecho en las que el fallecimiento del causante se produjo antes del 1 de enero de 2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007), resultaba de muy difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hecho homosexuales. Pues, además de la imposibilidad biológica, ha de tenerse en cuenta que el derecho de las parejas del mismo sexo a la adopción conjunta y la adopción individual del hijo del conviviente sólo ha sido reconocido de manera reciente en algunas Comunidades Autónomas en las leyes que regulan el régimen jurídico de las parejas

[8] SSTS de 26 septiembre 2011 (RJ 2012, 7032) y 6 noviembre 2012 (RJ 2013, 164).

[9] SSTS de 13 junio 2012 (RJ 2012, 8728) y 26 septiembre 2013 (RJ 2013, 7269).

[10] Para un comentario de esta sentencia, vid. DESDENTADO DAROCA, E.: *La pensión de viudedad. Retos de Derecho de Familia y reflexiones sobre las últimas reformas*, Albacete, Bomarzo, 2013, págs. 183-199.

de hecho, como en el supuesto de Cataluña en virtud de la Ley del Parlamento catalán 3/2005, de 8 de abril. La exigencia del referido requisito, aparentemente neutral, supone así, según el Juzgado, un trato discriminatorio para las parejas de hecho del mismo sexo, por su efecto excluyente de la pensión de viudedad.

El Tribunal Constitucional considera que la ordenación de la pensión de viudedad en el caso de parejas de hecho estables que introduce la Ley 40/2007 (dando nueva redacción al art. 174.3 LGSS) para hechos causantes acaecidos a partir de su entrada en vigor (1º de enero de 2008) las aproxima a la institución matrimonial pero no las iguala con respecto al acceso de las prestaciones de seguridad social, y en concreto de la pensión de viudedad, de tal suerte que su reconocimiento se fundamenta en la concurrencia de una situación real de necesidad del supérstite, en función de su nivel de ingresos propios y de la existencia o no de cargas familiares, requisitos que no se exigen a parejas unidas por vínculo conyugal.

Centrado ya el debate en el objeto de la cuestión de constitucionalidad, la STC 41/2013 concluye que el requisito contenido en la letra c) de la DA 3ª de la Ley 40/2007 constituye una directa vulneración del principio de igualdad ante la ley consagrado por el artículo 14 CE, basada en la orientación sexual, pues la diferencia de trato que se establece por la norma cuestionada entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no sólo no obedece a ninguna razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad especial regulada en la referida disposición adicional de la Ley 40/2007 (aplicable sólo a hechos causantes acaecidos antes de su entrada en vigor), sino que conduce además a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supérstites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas) la exigencia de haber tenido hijos comunes.

Pese al innegable avance social que representa la sentencia del Constitucional, el problema es que sus efectos se van a limitar en la práctica al asunto concretamente conocido por el magistrado promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que, recordemos, aquella DA 3ª tenía efecto temporal (un año), por lo que no permite que quienes, por no cumplir el requisito de haber tenido hijos en común con el causante, no solicitaron la pensión de viudedad por esta vía excepcional y extraordinaria en el plazo de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de dicha Ley, puedan reclamar ahora la pensión, como consecuencia del referido requisito temporal; ni permite, claro está, revisar procesos ya finalizados mediante sentencia firme que denegaron la pensión por aquel motivo.

Ahora bien, la prohibición de revisión de procesos ya finalizados mediante sentencia firme no alcanza a quienes hayan mantenido viva su pretensión, presentando recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional frente a la regulación anterior a la Ley 40/2007. La desestimación de recurso de amparo por aplicación de la doctrina constitucional legitimadora de la solución legal excluyente de las parejas de hecho –fueran o no del mismo sexo– que rigió hasta el 1 de enero de 2008, no impide que, una vez eliminado el requisito de existencia de hijos comunes de la DA 3ª Ley 40/2007, el solicitante de amparo pueda reclamar el reconocimiento de la pensión allí regulada, previa acreditación del cumplimiento de los restantes requisitos legalmente exigidos, pues la superación del plazo del año para solicitar la pensión y la intangibilidad de la cosa juzgada no son razones que puedan oponerse en un

supuesto en que se ha acudido al TC antes de la promulgación de la Ley 40/2007 "aduciendo unos motivos que, de haber prosperado, habrían hecho innecesaria la reacción frente a esta última Ley, por lo que no es razonable suponer que el abandono de las vías posibles de reacción contra ella no se debió a la aceptación pasiva de su contenido sino a la razonable esperanza de que el recurso de amparo interpuesto por él hubiera sido resuelto de un modo favorable a sus intereses o que en caso de que hubiera sido desfavorable, el recurso se hubiera resuelto en un plazo en que quedaran al menos abiertas las vías para reaccionar frente a la previsión contenida en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007"[11].

En parecida situación se encuentran quienes recurrieron judicialmente la decisión del INSS denegatoria del derecho a pensión viudedad, aun tratándose de una pareja de hecho (del mismo sexo) que consiguió acreditar convivencia estable, por no reunir el requisito de tener hijos comunes que exigía la DA 3ª de la Ley 40/2007, y el tribunal que debía pronunciarse optó por suspender la tramitación de las actuaciones hasta que se resolviera la cuestión de inconstitucionalidad pendiente. Un ejemplo práctico lo encontramos en la STSJ Cataluña núm. 594/2014, de 28 de enero, que, aplicando expresamente la doctrina contenida en la STC 41/2013, ha reconocido la prestación de viudedad a la sobreviviente de una pareja de hecho del mismo sexo, con la que no pudo tener hijos en común porque la primera ley que admitió –en Cataluña– la adopción de hijos a las parejas de hecho homosexuales fue la Ley del Parlamento catalán 3/2005, de 8 de abril, que entró en vigor cuando la causante ya había fallecido.

Como el reproche constitucional a la exigencia de poseer descendencia común contenida en la DA 3ª Ley 40/2007 se asienta sobre la imposibilidad de adoptar que pesaba sobre las parejas homosexuales en la mayor parte del territorio español, no es descartable que se siga considerando contrario al principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 14 CE la utilización del criterio de existencia de hijos comunes, ahora como parámetro para modular el requisito de dependencia económica previsto en el artículo 174.3 LGSS, para los fallecimientos ocurridos después del 1 de enero de 2008, en relación con las parejas de hecho homosexuales, pues éstas sólo pueden adoptar de forma conjunta en algunas comunidades autónomas (Aragón, Cataluña, Navarra, Cantabria…), sin que la legislación general prevea esa posibilidad, siendo así que, conforme a lo recordado por la STC 40/2014, los requisitos de acceso a las prestaciones contributivas de seguridad social deben ser comunes y los mismos en todo el Estado.

3. INCONSTITUCIONALIDAD DEL REENVÍO A LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA PARA REGULAR LA CONSIDERACIÓN Y ACREDITACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO A EFECTOS DE DISFRUTAR DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

El párrafo quinto del artículo 174. 3 LGSS, versionado por la Ley 40/2007, disponía que "en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica". Es la situación en que se encuentran Aragón, Cataluña, Galicia, Islas Baleares, Navarra, País

[11] STC 93/2014, de 12 de junio, FJ 5.

Vasco y Extremadura –Fuero del Baylío–, todas las cuales cuentan con legislación propia sobre parejas de hecho. Al remitir el párrafo quinto del artículo 174.3 LGSS a la legislación de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio para la "consideración" y "acreditación" de la pareja de hecho beneficiaria de la pensión de viudedad, el único requisito que el precepto impone con carácter general es de la convivencia que, como señala el párrafo 4º del art. 174.3 LGSS, debe ser estable, notoria, inmediata, de duración ininterrumpida no inferior a cinco años y acreditada a través del certificado de empadronamiento (si bien la jurisprudencia viene admitiendo otros medios de prueba admitidos en Derecho). El resto de requisitos o condiciones –inscripción en registro específico, constitución en documento público…– pueden ser alterados o suprimidos por las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, facultándolas de este modo para definir qué debe entenderse por pareja de hecho, entre otros efectos, a los de optar a la pensión de viudedad. La conclusión inevitable es que, dependiendo del lugar de residencia, se exigirán requisitos diferentes a las parejas de hecho para tener derecho a la indicada prestación.

La remisión a la legislación autonómica ha suscitado dudas acerca de su constitucionalidad. Varios órganos jurisdiccionales han elevado la cuestión al Tribunal Constitucional, pero el primer pronunciamiento sobre el tema ha sido la STC 40/2014, de 11 de marzo, del Pleno, que resuelve la cuestión de constitucionalidad planteada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo núm. 932-2012. En el caso planteado, una mujer asturiana había solicitado la pensión de viudedad tras el fallecimiento de su pareja, siéndole denegada al no haber acreditado la existencia de pareja de hecho mediante su inscripción en el registro o su constitución en documento público. El INSS aplicó el régimen general previsto en el artículo 174.3 LGSS y no la legislación sobre parejas hecho asturiana, al no ser Asturias una Comunidad Autónoma que cuente con Derecho civil propio. Por el contrario, de haber aplicado la legislación asturiana sobre parejas de hecho estables (Ley 4/2002, de 23 de mayo), la existencia de la pareja de hecho habría quedado acreditada, pues basta para ello con la prueba de la convivencia durante un año, y se le habría reconocido el derecho a la pensión de viudedad.

Para el Tribunal Supremo, la remisión prevista en el párrafo 5º del artículo 174.3 LGSS "podría resultar contraria al principio de igualdad (art. 14 CE) en cuanto establece para ciertas Comunidades Autónomas, por vía de remisión a su legislación específica, una regulación sobre la acreditación de los requisitos para acceder a la pensión de viudedad en los casos de parejas de hecho que difiere de la regla general sobre tal extremo contenida en el párrafo cuarto del mismo precepto legal". Unido a lo anterior plantea que, "siendo competencia exclusiva del Estado la 'legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social' (art. 149.1.17 CE), no parece constitucionalmente admisible que sean leyes autonómicas —aunque en virtud de remisión por ley estatal— las que contengan la regulación de un aspecto tan importante de la pensión como es el de la consideración de pareja de hecho y su acreditación, que es el requisito ineludible para poder obtener dicha pensión".

El Auto de planteamiento afirma que "hay dos maneras de eliminar la desigualdad". Una primera posibilidad, la más drástica, sería "declarar nulo por inconstitucional dicho párrafo, eliminando así la remisión que establece y dejando solamente en vigor la regla general del párrafo cuarto". La otra alternativa sería "declarar parcialmente inconstitucional el citado precepto", de forma que "la alusión al Derecho civil propio de ciertas Comunidades

Autónomas se declare nula por inconstitucional", y la remisión que el precepto hace a la legislación específica de las Comunidades Autónomas "se refiera exclusivamente a las leyes autonómicas sobre las parejas de hecho", tengan o no Derecho civil propio, "siendo entonces la diferencia de trato resultante consecuencia lógica del principio de autonomía política, encontrando en tal principio la justificación de dicha diferencia".

La STC 40/2014, de la que ha sido ponente el Magistrado Ortega Álvarez, estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Cuarta del TS y declara que el párrafo 5º del artículo 174.3 LGSS es, en su totalidad, inconstitucional y, por tanto, nulo.

Tras declarar que la cuestión supera el juicio de aplicabilidad (desautorizando la tesis del Fiscal General del Estado), y con carácter previo al examen de fondo, el Tribunal Constitucional analiza sucintamente el régimen de la pensión de viudedad de las parejas de hecho, concluyendo que el mismo contempla dos exigencias diferentes: "la material, esto es, la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante; y la formal, *ad solemnitatem*, es decir, la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de "análoga relación de afectividad a la conyugal", con dos años de antelación al hecho causante". De este modo, la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas registradas al menos dos años antes del fallecimiento del causante (o que han formalizado su relación en documento público en iguales términos temporales) y que asimismo cumplan el aludido requisito de convivencia.

Pero del análisis del párrafo quinto del artículo 174.3 LGSS también llega la sentencia a la conclusión de que esta norma establece dos regímenes de acceso a la pensión de viudedad diferentes, en función únicamente de la Comunidad Autónoma en la que resida la pareja de hecho sobreviviente, al remitir a la legislación de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio todo lo relativo a la "consideración" y a la "acreditación" de la pareja de hecho, a salvo del "requisito de convivencia" que sería idéntico en todo el territorio nacional. "De este modo, el art. 174.3 LGSS diferencia dos regímenes distintos en función de si la pareja de hecho reside en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio o no".

Analizando la regulación autonómica sobre parejas de hecho de las Comunidades Autónomas que poseen Derecho civil propio, constata la sentencia que existen diferencias notables entre estas normas y lo previsto con carácter general en el párrafo cuarto del artículo 174.3 LGSS, tanto en la consideración de pareja de hecho como en su acreditación. El Tribunal Constitucional se plantea si la diferencia de trato que el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS establece entre parejas de hecho con residencia en Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, que hubieran aprobado legislación específica en materia de uniones de hecho, y parejas de hecho con residencia en Comunidades Autónomas que no ostentan competencias en materia de Derecho civil, responde a una finalidad objetivamente justificada, razonable y proporcionada.

La respuesta del Tribunal a esta pregunta es que la diferencia de trato que el párrafo 5º del artículo 174.3 LGSS establece entre los sobrevivientes de parejas de hecho, en razón exclusivamente de que residan o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho, carece de

justificación. Admite la sentencia que, en materia de prestaciones de la Seguridad Social, "la situación de necesidad, y las perspectivas en orden a su remedio o agravación pueden verse afectadas por el contexto territorial en que se produzcan" (STC 90/1989, de 11 de mayo, FJ 4). Y cita el ejemplo concreto del subsidio de desempleo para trabajadores eventuales de Andalucía y Extremadura. En aplicación de esa doctrina, "si las parejas de hecho de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio estuvieran en una situación de necesidad particular que obligara a establecer excepciones a la regla general, podríamos apreciar la existencia de una justificación objetiva", pero "en el caso de la pensión de viudedad, las diferencias en función del criterio de residencia en una u otra Comunidad Autónoma no gozan de esa justificación objetiva, por cuanto no se aprecian razones para deducir que la situación de necesidad en relación a esta prestación es mayor o más grave en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio".

Por otro lado, la diferencia de trato tampoco se justifica, continúa diciendo la sentencia, en atención a la finalidad de la prestación, que en el caso de la pensión de viudedad es cubrir la situación de necesidad que produce en la pareja de hecho superviviente la pérdida de los ingresos del causante como consecuencia de su fallecimiento.

Es a partir de este punto que la sentencia despliega su argumentación más sólida y contundente para concluir la inconstitucionalidad de la remisión a la legislación autonómica contenida en el párrafo quinto del artículo 174.3 LGSS. Recuerda el Tribunal que "(e)l régimen público de la Seguridad Social se configura como una función de Estado destinada a garantizar la asistencia y prestaciones suficientes en situaciones de necesidad y al hacerlo debe asegurar la uniformidad de las pensiones en todo el territorio nacional". En su consecuencia, la determinación de los sujetos beneficiarios de una prestación de la Seguridad Social, en este caso la pensión de viudedad, constituye una norma básica que corresponde establecer al Estado *ex* art. 149.1.17 CE y debe hacerlo de forma unitaria para todos los sujetos comprendidos dentro de su ámbito de cobertura, salvo razones excepcionales debidamente justificadas y vinculadas a la situación de necesidad que se trata de proteger", que en el caso de la pensión de viudedad, como se ha expuesto, no concurren.

El Abogado del Estado, el Fiscal General del Estado y la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en una defensa auténticamente numantina de la redacción del precepto cuestionado [que, cabe recordar, fue fruto de una transacción política durante la tramitación de la Ley 40/2007 y tiene origen en dos enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán y por Ezquerra Republicana de Catalunya], entendieron que el párrafo 5º del artículo 174.3 LGSS se justificaba por el respeto a la competencia autonómica prevista en el artículo 149.1.8 CE, relativa a la "conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan".

La STC 40/2014 rechaza esta interpretación, afirmando que "el precepto cuestionado no tiene por objeto la regulación de las parejas de hecho, ni guarda tampoco relación con las competencias autonómicas en materia de Derecho civil, porque no se trata de modificar, conservar o desarrollar el Derecho civil foral". Apoyándose en el Auto del Tribunal Supremo promotor de la cuestión, declara que "el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS no constituye una norma de legislación civil vinculada al art. 149.1.8 CE, sino una norma de Seguridad Social que, en principio y salvo justificación suficiente que no concurre en este caso, debería

establecer los requisitos que las parejas de hecho tienen que cumplir para poder lucrar en su momento una pensión de viudedad con el más exquisito respeto al principio de igualdad"; respeto al principio de igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social que resultaría ignorado si se aceptase "siquiera por vía de remisión, un factor de diversidad determinante de la desigualdad de trato en el régimen jurídico de la pensión de viudedad".

Una vez que la sentencia llega a la conclusión de que no es posible deducir finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la correspondiente pensión de viudedad en función de su residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho, pasa a analizar la solución que propone la Sala Cuarta del Tribunal Supremo como alternativa a la declaración de nulidad de todo el párrafo quinto: "entender que la remisión del párrafo quinto a la legislación específica de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio debe entenderse hecha a las leyes de parejas de hecho de las Comunidades Autónomas, tengan o no las mismas Derecho civil propio". El Tribunal Constitucional rechaza esta solución pues entiende que, de aceptarse, "persistiría la desigualdad dimanante de la propia diversidad de esas leyes autonómicas de parejas de hecho, porque el problema de fondo que el precepto cuestionado plantea no es la limitación de la remisión a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, sino la remisión a la legislación autonómica en sí misma cuando se trata de determinar los requisitos de acceso a una prestación de la Seguridad Social".

La sentencia declara, como se avanzó, inconstitucional y nulo todo el párrafo quinto del artículo 174.3 LGSS, "por vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 149.1.17 CE", pero, siguiendo doctrina consolidada, "no solo habrá de preservar la cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino que, igualmente, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica (art.9.3 CE), se extenderá en este caso a las posibles situaciones administrativas firmes, de suerte que esta declaración de inconstitucionalidad sólo será eficaz *pro futuro*, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme".

Es importante reseñar que la STC 40/2014 incluye un extenso voto particular, formulado por la Magistrada Roca Trías y el Magistrado Xios Ríos, que entiende que la cuestión de inconstitucionalidad no tenía que haberse admitido (pues no estaba en juego la aplicación de Derecho civil propio) y, en todo caso, debió desestimarse.

Los autores del voto discrepante sostienen que "la configuración la configuración del ordenamiento civil español como un sistema plural no ha sido considerada inconstitucional, ni contraria al principio de igualdad por parte de este Tribunal", de modo que "la remisión efectuada por el artículo cuestionado a la legislación específica de las Comunidades Autónomas de Derecho civil propio no produce una desigualdad contraria al art. 14 CE, puesto que se remite al estatuto jurídico de la pareja de hecho aplicable según su vecindad civil". Para los Magistrados que firman el voto, "(l)a falta de Derecho civil propio no impedirá a las parejas de hecho de otras Comunidades Autónomas acceder a la pensión de viudedad, mediante el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 174.3 LGSS". Sostienen que "(l)a desigualdad se produciría si estas parejas no pudieran acceder a la pensión por carecer la Comunidad Autónoma donde se hallan domiciliadas de Derecho civil

propio, pero no cuando se aplica este Derecho para determinar quiénes tienen derecho a obtener dicha pensión y se aplican las reglas de su Derecho en la constitución y la acreditación de la pareja, que conforman su estatuto jurídico".

El voto particular también advierte acerca de los efectos que la declaración de inconstitucionalidad de esta norma puede producir: "…efectivamente, las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio han regulado lo que debe considerarse como pareja de hecho con convivencia afectiva análoga a la matrimonial y han atribuido unos efectos a este tipo de unión. Si se aplican los requisitos establecidos en el art. 174.3, primer inciso, LGSS, ocurre que esta situación va a producir efectos distintos según se trate de prestaciones de la seguridad social, o de derechos sucesorios o de otro tipo, de modo que una misma convivencia sirve para obtener unos derechos en un caso y para no obtenerlos en el caso de la seguridad social". Para los magistrados disidentes, "(h)emos creado un problema absurdo, partiendo de una interpretación literal y no realista de la norma cuestionada".

Reconociendo que, en efecto, una misma realidad, la constitución de una pareja de hecho con arreglo a las previsiones de la regulación autonómica aplicable en cada territorio, puede tener efectos distintos en los ámbitos sucesorio, fiscal, prestacional, etc., lo que tampoco debería extrañar pues se trata de imponer condiciones diversas a supuestos distintos, lo que en modo alguno se presta a discusión es que el acceso a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, que se financian con las cotizaciones de todos los empresarios y trabajadores del territorio nacional, debe someterse a unos principios y condiciones comunes con independencia del lugar de residencia del solicitante, lo cual únicamente se garantiza atribuyendo, como hace el artículo 149.1.17 CE, la competencia exclusiva en materia de acción protectora al Estado[12].

4. CONSTITUCIONALIDAD E INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL REQUISITO DE QUE NINGUNO DE LOS INTEGRANTES DE LA PAREJA DE HECHO TENGA VÍNCULO MATRIMONIAL CON OTRA PERSONA

Otro aspecto de la nueva regulación sobre acceso a la pensión de viudedad por parejas de hecho que ha sido objeto de análisis y enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional es el requisito de que ninguno de los miembros de la unión posea vínculo matrimonial con otra persona. A este respecto, interesa precisar que no todas las CC.AA. han previsto esta exigencia en su legislación propia sobre constitución y registro de parejas de hecho.

Ha sido el TSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, el que ha cuestionado la exigencia de que los miembros de la pareja de hecho, a los efectos de causar la pensión de viudedad, "no tengan vínculo matrimonial con otra persona" (párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS). Según el TSJ, tal inciso podría resultar contrario al derecho constitucional a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), por impedir injustificadamente a los convivientes *more uxorio* que no hayan disuelto su anterior vínculo matrimonial ser beneficiarios de la pensión de viudedad prevista legalmente para las parejas de hecho.

[12] En este sentido, acertadamente, el comentario de Desdentado Daroca, E.: "Una muerte anunciada: la declaración de inconstitucionalidad del párrafo 5º del art. 174.3 LGSS por la STC de 11 de marzo de 2014", *Revista de Derecho Social*, núm. 65, 2014, págs. 145-158.

La STC 44/2014, de 7 de abril, rechaza esta cuestión, por entender que la Sala proponente no ofrece un término válido de comparación para efectuar el juicio de igualdad. Dice la sentencia que "no es que a unas parejas de hecho se les reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que, a los efectos de la Ley, unas no tienen la consideración de pareja de hecho y otras sí". En este sentido, y recordando lo afirmado en la STC 40/2014, sostiene que el artículo 174.3 LGSS "condiciona la existencia misma de la pareja de hecho, a los efectos de poder optar a obtener la pensión, al cumplimiento de un presupuesto previo de carácter subjetivo, consistente en que los sujetos no se hallen impedidos para contraer matrimonio y que no tengan un vínculo matrimonial subsistente con otra persona, y de una exigencia material, referida a la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante". En consecuencia, no son parejas de hecho estables que queden amparadas por la regulación sobre prestaciones de viudedad las que no reúnan estos precisos requisitos. Razona el Alto Tribunal que tales presupuestos suponen una opción libremente adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado "que no resulta prima facie arbitraria o irracional". Antes al contrario, la sentencia sostiene que el requisito discutido "obedece al objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social, evitando la concurrencia de títulos de reclamación que den lugar a un doble devengo de la pensión". Se recuerda a este respecto que el apartado 2 del mismo artículo 174 LGSS reconoce el derecho a la pensión de viudedad, en los casos de separación o divorcio, a favor de quien sea o haya sido cónyuge legítimo "siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera contraído una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente". Es decir, que las parejas de hecho a las que se refiere el Auto de planteamiento de la cuestión, por no tener la consideración de pareja de hecho en los términos establecidos en el artículo 173.4 LGSS, "quedarían amparadas en el supuesto del apartado 2, cumpliendo el resto de los requisitos generales, de manera que el régimen establecido por el legislador en el apartado 3 para las parejas de hecho tiene una justificación objetiva y razonable, en la medida en que tiende a evitar que pueda generarse doblemente el derecho a pensión de personas distintas debido a la no extinción de vínculo matrimonial".

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de fecha 4 de marzo de 2014 (rec. 1593/2013), ha flexibilizado el acceso a la pensión de viudedad para las parejas matrimoniales que hubieran reconstituido la convivencia rota después de una separación judicial, asimilándolas a una pareja de hecho, mediante un interpretación ciertamente sorprendente de la exigencia de que ninguno de los miembros de la pareja tuviera vínculo matrimonial "con otra persona".

Para entender la importancia de la doctrina del Supremo debemos recordar que hoy en día las/los viudas/os de persona de la que se hubieran separado judicialmente solamente tendrán derecho a percibir una pensión de viudedad en supuestos concretos y determinados, como lo son el estar recibiendo de modo vitalicio una pensión compensatoria derivada de ese proceso de separación judicial, lo cual acredita la existencia de una dependencia económica del viudo/a respecto de quien ha fallecido y que a la vez va a determinar el importe de la pensión de viudedad, porque ésta se reconocerá en la misma cuantía que la de la pensión compensatoria y no aplicando el 52% sobre la base reguladora del causante, que es como se calcula la pensión de viudedad de una viuda o viudo casado a fecha de la muerte de su cónyuge.

En el supuesto conocido por esta sentencia, los esposos se habían separado judicialmente, pero no divorciado. Con posterioridad a esa separación judicial, la recurrente reanudó la convivencia con su ex marido, hecho que formalizaron notarialmente en un documento público. Sin embargo, esa reanudación de la convivencia no fue comunicada al Juzgado que había dictado la sentencia de separación judicial, como exige el artículo 84 del Código Civil, ni tampoco al registro civil en el que estaban inscritos el matrimonio y la sentencia de separación. Tiempo después muere el marido y la viuda reclama la pensión de viudedad, que le es denegada por la entidad gestora, aduciendo que no reúne los requisitos para acceder a la prestación desde la situación matrimonial, pero tampoco desde la situación de pareja de hecho, al entender que no cabe la misma sin previa disolución del vínculo matrimonial.

Lo que resulta de mayor interés de esta sentencia es el motivo o fundamento por el que el Tribunal Supremo reconoce la pensión de viudedad, que no es por razón del matrimonio subsistente (la pareja no se había divorciado), aplicando la jurisprudencia consolidada consistente en que la reanudación de la convivencia, no ratificada ante juez, no puede surtir efectos ante terceros (condición que tiene la entidad gestora de la Seguridad Social), y sin que tampoco en el caso planteado pudiera acceder a la pensión de viudedad a través de la previsiones del apartado 2 del artículo 174 LGSS (separación judicial o divorcio en el momento del fallecimiento) en cuanto que la persona sobreviviente no era acreedora, en la fecha señalada, de una pensión compensatoria; sino que, partiendo de la existencia de una situación de convivencia *more uxorio* superior a cinco años, registrada en documento público con al menos dos años de antelación al fallecimiento, el Tribunal centra su análisis en determinar si concurre en el caso el requisito previsto en el artículo 174.3 LGSS de inexistencia de impedimento matrimonial para que pueda formalizarse una pareja de hecho. Y la conclusión a la que llega la sala Cuarta, haciendo una interpretación literal y bastante alambicada del inciso controvertido, es que no se daba en este caso el requisito de impedimento matrimonial, por cuanto el requisito de que "no tengan vínculo matrimonial con otra persona" viene referido a ambos componentes de la pareja al expresarse en plural ("*no tengan…")*, y la expresión *"otra persona"* se refiere a un tercero, distinto de los convivientes. De esta forma se sale de la situación que había llegado a la entidad gestora a resolver que no procedía reconocer la pensión de viudedad al amparo de ningunos de los apartados, 2 y 3, del artículo 174 LGSS, entendiendo el TS que nada impide que se pueda formar una pareja de hecho por quienes están unidos por un vínculo matrimonial con lo que, dándose el resto de requisitos exigidos por el apartado 3 del artículo 174 LGSS y los demás requisitos exigibles para el acceso a la pensión de viudedad, nada impide lucrar dicha prestación.

A la postre, lo verdaderamente sorprendente del caso es que, a través de esta interpretación humanizadora pero forzada de las normas que persigue no perjudicar a la viuda, se acaba diciendo que una *pareja matrimonial* que no ha llegado a disolverse constituye una *pareja de hecho* a efectos de poder obtener la pensión de viudedad[13].

[13] Sumamente crítico con esta solución PANIZO ROBLES, J.A.: "De nuevo el Tribunal Supremo nos sorprende: la convivencia matrimonial se asimila a una pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad (STS de 4 de marzo de 2014 –rec. Núm. 1593/2013)", *CEF Laboral Social*, Junio 2014, págs. 1-3 (www.laboral-social.com).

5. CONSTITUCIONALIDAD DE LOS REQUISITOS DE PREVIA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA PAREJA DE HECHO O SU CONSTITUCIÓN EN DOCUMENTO PÚBLICO

El último aspecto de la vigente regulación sobre acceso a la pensión de viudedad por miembros de parejas de hecho que ha recibido un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional es el requisito contenido en el párrafo cuarto del artículo 174.3 LGSS, que exige para la acreditación de la pareja de hecho su inscripción en el correspondiente registro o su formalización en documento público con al menos dos años de antelación al fallecimiento del causante. En esta ocasión han sido el TSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, y el Juzgado de lo Social núm. 3 de Talavera de la Reina, los que mediante la elevación de sendas cuestiones de inconstitucionalidad han propiciado el dictamen del Tribunal Constitucional, que, ya se anticipa, ha sido nuevamente favorable a la constitucionalidad de la regulación legal sobre formalización y acreditación de la pareja de hecho, a los efectos de acceso a la prestación de viudedad.

Entiende el TSJ que hacer depender la pensión de viudedad de la inscripción de la pareja de hecho en el registro administrativo correspondiente o su formalización mediante documento público, podría vulnerar el artículo 14 CE al tratarse de un requisito "exorbitante", tal y como se apreció en STC 199/2004, de 15 de noviembre, con referencia a un matrimonio no inscrito en el Registro Civil, doctrina que se considera trasladable al presente caso.

Por su parte, el Juzgado de lo Social de Talavera de la Reina, además de la posible vulneración del derecho a la igualdad ante la ley por la diferencia de trato que se hace a efectos de acceder a la pensión de viudedad entre parejas que se han formalizado y las que no lo han hecho, sostiene que la exigencia formal contenida en el artículo 174.3 LGSS puede dar lugar a situaciones de desprotección de la madre y el hijo no compatibles con el artículo 39 CE.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 45 y 51/2014, de 7 de abril, y 60/2014, de 5 de mayo, rechaza tales argumentos, considerando:

a) Que el precepto cuestionado no establece una diferencia de trato entre parejas de hecho inscritas o constituidas en documento público y las que no, sino que, a efectos de la LGSS, las parejas de hecho que están inscritas o constituidas mediante documento público sí tienen la consideración de parejas de hecho, pero no así las restantes. Razona la sentencia que la exigencia contenida en el párrafo 4º del artículo 174.3 LGSS no vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, pues "… el reconocimiento de esas realidades familiares no impone al legislador otorgar un idéntico tratamiento a la convivencia more uxorio acreditada y a la no acreditada, o a la que se verifique por medio de los mecanismos probatorios legalmente contemplados frente a la que carece de ellos, pues no es irrazonable definir a aquéllos como los que garantizan que la atribución de derechos asociada cumplirá las exigencias de la seguridad jurídica".

b) Que la exigencia de la constitución formal, *ad solemnitatem*, de la pareja de hecho con una antelación mínima a la fecha del fallecimiento del causante de la pensión, que en opinión del Auto de planteamiento de la cuestión pudiera resultar "exorbitante", no carece de

una finalidad constitucionalmente legítima, "…en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social"[14].

c) En relación con la presunta vulneración del artículo 39 CE, apartados primero y segundo, que invoca el auto de planteamiento del Juzgado de Talavera de la Reina, por existir un hijo común de la pareja de hecho, la misma se rechaza aduciendo, en primer lugar, que "es la libre opción de los convivientes de no formalización de su realidad familiar conforme a los criterios definidos la que determina la consecuencia denegatoria de la pensión solicitada, y no por tanto una decisión normativa contraria a las protecciones enunciadas en aquellas previsiones constitucionales"; y, en segundo lugar, que la pensión de viudedad no se dirige a paliar las necesidades de los hijos, función que incumbe a la pensión de orfandad que efectivamente lucró el hijo nacido de la unión de hecho en el caso de autos.

[14] El Voto Particular que incorpora la STC 60/2014, formulado por la Magistrada Encarnación Roca Trías y el Magistrado Xiol Ríos, considera que la decisión de limitar el acceso a la pensión de viudedad a determinadas parejas de hecho (las que cumplan las exigencias del art. 174.3 LGSS), excluyendo cualquier otro medio de prueba admitido en derecho o su acreditación de conformidad con lo establecido en la normativa de derecho civil propio (algo imposible tras la nulidad del art. 174.3, párrafo 5º, LGSS acordada por la STC 40/2014), no obedece a un objetivo legítimo ni resulta una medida idónea, necesaria y proporcionada.

E. **Jubilación**

Novación de contratos de prejubilación para acceder a condiciones de jubilación más beneficiosas
Novation of pre-retiremet agreements to access more beneficial retirement

LOURDES LÓPEZ CUMBRE
CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

Resumen

La falta de reconocimiento legal de la prejubilación ha venido trasladando al ámbito judicial las numerosas controversias e inquietudes que esta realidad sociolaboral recurrente plantea. Este estudio analiza la validez de la novación de los contratos de prejubilación como consecuencia de reformas legales operadas en materia de jubilación durante el período prejubilatorio. La repercusión en un mayor cuantía de la pensión provoca el rechazo de la Seguridad Social a estos pactos novados. Sin embargo, excluida la aplicación del fraude de ley, ninguna objeción plantea la modificación de los acuerdos iniciales, si bien en el supuesto resuelto por la STS 18 mar.14, Ar. 2254 que se comenta merezca además especial atención la indistinta aplicación normativa de dos preceptos reguladores de la jubilación anticipada.

Palabras clave

Jubilación anticipada; Novación contractual; Contratos de prejubilación; Planes de prejubilación; Hecho causante; Cuantía de la pensión de jubilación.

Abstract

The lack of legal recognition of pre-retirement has been moving to the judiciary controversies. This study examines the viability of the novation pre-retirement agreements as a result of reforms in the retirement pensions regulations. The impact on amount of pensions causes rejection of Social Security. However, excluding the fraud law application, any objection raised by the modification of the initials agreements. But in the STS 18 mar.14, Ar. 2254 deserves special attention the indiscriminate application of two rules regulators of early retirement.

Keywords

Early retirement; Novation contract; Pre-retiremet agreements; Pre-retirement schemes; Ocurrence of the event; Amount of retirement pension

1. CONTRATOS DE PREJUBILACIÓN

1.1. El reconocimiento legal fallido de los contratos de prejubilación

1. La falta de reconocimiento legal de la prejubilación ha venido trasladando al ámbito judicial las numerosas controversias e inquietudes que esta realidad sociolaboral recurrente plantea. Desde las reconversiones industriales de los ochenta, España utiliza la prejubilación como mecanismo de redimensionamiento no traumático de sus plantillas, en mayor o menor medida según el sector productivo de que se trate. De hecho, el legislador no ha podido sustraerse a su existencia y, en ocasiones, ha optado por reconocer –sin regular– la presencia de esta realidad en el ámbito laboral y su conexión con la Seguridad Social.

Una de las alusiones más expresas, aunque no la única, sería la recogida por la Ley 40/2007, 4 dic., BOE, 5 de medidas en materia de Seguridad Social. Su art. 3.3. incorporaría un nuevo art. 161 bis a la LGSS en virtud del cual los trabajadores podían acceder a la jubilación anticipada si, entre otros requisitos, acreditaban tener 61 años de edad, encontrarse inscritos en las oficinas de empleo como demandantes, un período mínimo de cotización efectiva de treinta años y que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se hubiera producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. Dos de estas exigencias (la obligación de inscripción en la oficina de empleo y que el cese no se hubiera producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador) no serían requeridas en "*aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante* ***acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación,*** *(hubiera) abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de Convenio Especial con la Seguridad Social"*. Una redacción –prolija y poco afortunada– que se mantendría en vigor hasta que la Ley 27/11, 1 ago., BOE, 2 sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social optara por un nuevo precepto. De hecho, ese nuevo art. 161 bis LGSS contemplaba dos formas de acceso a la jubilación anticipada, muy similares a las actualmente en vigor.

Con todo, esta Ley 27/11 tampoco se resistirá a la presencia de esta contingencia al ordenar la realización de un estudio actuarial, en el plazo de un año, relacionado con los coeficientes reductores de la pensión utilizados en la jubilación anticipada previstos en el art. 161 bis LGSS. En dicho estudio, deberá contemplarse "*específicamente la situación de los trabajadores que tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 y se hubieran jubilado anticipadamente a través de Convenios Colectivos de cualquier ámbito,* ***acuerdos colectivos o contratos individuales de prejubilación*** *de empresas, con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley*".

2. Hoy el art. 161 bis LGSS es fruto de la redacción de 2011 y de una modificación introducida por el RD-L 5/13, 15 mar., BOE, 16 de medidas para favorecer la continuidad en la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. En él ya no aparece una mención explícita a los supuestos de prejubilación. El acceso a la jubilación anticipada distingue en la aplicación de sus coeficientes reductores entre la extinción derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador [art. 161.bis.2.A) LGSS] y el cese derivado de la voluntad del trabajador [art. 161.bis.2.B LGSS]. Para que se admita el primer supuesto, el cese debe provenir de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral. Como causas se consideran el despido colectivo, el despido objetivo del art. 52.c) LET, la extinción por resolución judicial *ex* art. 64 Ley 22/03, 9 jul., BOE, 10, Concursal, la muerte, jubilación e incapacidad del empresario individual o la extinción del contrato por fuerza mayor del art. 51.7 LET. El segundo, por su parte, sólo requiere la voluntad del anticipar la jubilación.

La desaparición de la mención expresa a los acuerdos o contratos de prejubilación se deduce fácilmente en el caso de la norma de 2013 toda vez que su finalidad es

precisamente la contraria, esto es, mantener la vida laboral de los trabajadores de mayor edad. De hecho se consideró que la viabilidad del sistema peligraba al "*permitir un alejamiento paulatino entre la edad legal de jubilación y la edad a la que es posible acceder a una jubilación anticipada, y favorecer, en determinadas ocasiones, las decisiones de abandono temprano del mercado laboral"* (Exposición de Motivos RD-L. 5/13). Por su parte, el legislador de 2011 recurriría a la Recomendación 12 del Pacto de Toledo para precisar que la jubilación anticipada se había convertido, básicamente, "*en una fórmula de regulación de empleo, por lo que su formulación legal debe cambiar, reservando el acceso anticipado a la pensión de jubilación para los casos en que se acrediten largas carreras de cotización"* (Exposición de Motivos Ley 27/11).

Con todo, la original jubilación anticipada sigue siendo la prevista para mutualistas con cotizaciones anteriores al 1 ene.67 y para ellos, y como en el supuesto general, la regulación específica contenida en la DT 3ª LGSS también ha ido siendo modificada por las mismas reformas apuntadas (Ley 40/07, cuyo art. 3.5 modificaría los términos de la DT 3ª o art. 5.2 de la Ley 27/11, entre otras). Ninguna de ellas recogerá, sin embargo, ninguna alusión al contrato de prejubilación siendo así que buena parte de los trabajadores incluidos en procesos de prejubilación han sido mutualistas cotizantes antes del 1 ene.67.

1.2. Planes de prejubilación colectivos y contratos de prejubilación individuales

1. En su día, ya definimos las prejubilación como la "*situación, de hecho y de derecho, en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que percibe una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u ordinaria. Una situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de un trabajador con el acceso a la jubilación"*[1]. Una contingencia que describe la situación en que se encuentra un trabajador de edad avanzada cuando es apartado definitivamente de la vida laboral activa, total o parcialmente, con la correspondiente reducción en su nivel de ingresos y la imposibilidad de acceder a la pensión de jubilación por falta de edad. Un estado de necesidad muy próximo al originado por el desempleo y por la jubilación, contingencias con las que comparte rasgos comunes, constituyendo un híbrido jurídico carente de regulación propia.

También entonces planteábamos la distinción entre las prejubilaciones programadas y las no programadas, en función de la intervención o no de la empresa en la misma. En el caso de las prejubilaciones programadas la empresa participa en la previsión y planificación de la cobertura futura del trabajador durante la situación de prejubilación, esto es, entre la extinción contractual y el acceso a la jubilación. A diferencia de la prejubilación no programada que opera cuando el trabajador tiene que solicitar las correspondientes prestaciones públicas sin que la empresa esté presente ni directa ni indirectamente durante el período de prejubilación del trabajador.

2. Centrando este comentario en las primeras, convendría subrayar que precisamente el elemento caracterizador de una prejubilación programada es la presencia de un plan de prejubilación. Constituye dicho plan un sistema de previsión que diseña la

[1] LÓPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 85.

empresa para conseguir la salida no traumática de un grupo de trabajadores de la misma, próximos a la jubilación. La participación de la empresa en la financiación de la prestación de cada trabajador se convierte en el elemento central de dicho plan, sin olvidar aspectos tan esenciales como la forma de extinción del contrato y las obligaciones que contraen tanto empresa como trabajador durante este período. La práctica demuestra en este punto que la incorporación al plan se efectúa de forma voluntaria aun cuando se enmarque en una extinción a iniciativa de la empresa. La oferta del plan de prejubilación se realiza, fundamentalmente, para conseguir una extinción consensuada de la relación laboral pues, de lo contrario, la empresa no necesitaría participar en el coste que supone este tipo de medidas e impondría la extinción contractual, de acuerdo con las causas legalmente establecidas en nuestro ordenamiento para los diferentes tipos de despido. Por lo demás, la empresa promotora del plan de prejubilación actúa con plena libertad respecto al mismo, delimitando el perfil de la propuesta que ofrece y de las obligaciones que asume.

La prejubilación programada acepta, a su vez, dos formulaciones; la individual, si se programa para un solo trabajador y se diseña en función de sus circunstancias personales a través de un contrato de prejubilación, o la colectiva, si el plan engloba a un colectivo de trabajadores y, como tal, se deriva de la negociación y el acuerdo con los representantes de los mismos. En este último caso, si las condiciones del plan son distintas para los miembros de ese colectivo, nos hallamos ante prejubilaciones plurales mientras que si se ofrecen condiciones homogéneas, entonces el calificativo que resulta más idóneo es el de prejubilación colectiva. Nada impide, salvo la exigencia en algunas medidas públicas de la previa formalización de un despido colectivo para su aplicación, que se programe la prejubilación para un solo trabajador, aunque sea éste un hecho que difícilmente se constate en la práctica.

La denominación de este acuerdo como "plan de prejubilación" o "contrato de prejubilación" no altera sustancialmente su régimen jurídico y, sobre todo, no condiciona el contenido de la prestación de prejubilación. Con lo que el plan de prejubilación admite, al menos, tres posibilidades; la primera consiste en el establecimiento de un pacto pormenorizado y detallado del plan global de prejubilaciones de la empresa al que se adherirán los trabajadores sin posibilidad de modificar los términos de ese acuerdo colectivo; la segunda supone la fijación de unas indicaciones básicas y generales para llevar a cabo los acuerdos individuales de prejubilación, luego la adhesión de los trabajadores se producirá adaptando las condiciones generales a la particularidad de cada uno de ellos; y, por último, la libre determinación para que sean las partes quienes fijen los términos del acuerdo individual de prejubilación. Para distinguir los supuestos individuales de los colectivos, se propone una diferente terminología: "contrato de prejubilación" para los acuerdos individuales, "contrato de adhesión al plan de prejubilación" cuando se lleva a cabo la aceptación de las condiciones generales ofrecidas por la empresa siempre que se efectúe la aplicación –que no la negociación– de dichas condiciones, quedando reservada la calificación de "plan de prejubilación" para el pacto colectivo. En todo caso, si el plan proviene de un acuerdo colectivo habrá de cumplir las reglas generales de la negociación colectiva; si se basa en un acuerdo individual de voluntades, estará sometido a las reglas generales de la contratación, sin olvidar el origen laboral de dicho acuerdo.

Sea como fuere, la denominación del pacto de prejubilación no predetermina el contenido del mismo y tanto el plan de prejubilación –colectivo– como el contrato de

prejubilación –individual– permitirán al trabajador participar en el diseño de su correspondiente prestación de prejubilación, configurando un auténtico régimen de previsión *ad personam*. En cualquiera de estos instrumentos se fijarán las condiciones impuestas para el mantenimiento, suspensión o extinción de la cobertura, el conjunto de derechos y obligaciones que vincula a cada una de las partes, la concreción de las reglas de gestión y financiación dispuestas para llevar a cabo los objetivos, el establecimiento de oportunos mecanismos de revisión dado el período de tiempo que se presume para esta contingencia, la precisión, en su caso, de las correspondientes indemnizaciones por el incumplimiento total o parcial de lo pactado; en definitiva, la concreción del contenido del acuerdo que sirve de base para la extinción contractual, aceptada de conformidad por el trabajador y hecho determinante para el inicio de su situación como prejubilado.

3. Aspecto clave tanto del plan como del contrato de prejubilación es su financiación, exclusivamente pública, exclusivamente privada o mixta, modalidad esta última más frecuente. En parte pública, en tanto se basa en prestaciones públicas (prestación por desempleo, subsidio, ayudas previas, etc) y en parte privada, por cuanto la empresa se compromete a completar estas prestaciones con el objetivo de mantener el poder adquisitivo del trabajador igual o próximo al que tenía cuando se hallaba en activo. Como mixta suele ser la financiación de la cotización a la Seguridad Social de estos trabajadores pues la Administración abona la parte correspondiente a la obtención de sus prestaciones y los sujetos privados (empresa, trabajador o ambos) ingresan una cotización adicional a través de la suscripción de un convenio especial.

Conviene precisar que la regulación vigente establece un régimen propio para los convenios especiales que se derivan de un despido colectivo. La DA 31ª LGSS dispone reglas especiales para la suscripción del convenio especial al que se refiere el art. 51. 9 LET. En este caso, las cotizaciones abarcarán el período comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo y la fecha en la que el trabajador cumpla la edad a la que alude el art. 161.1.a) LGSS para acceder a la pensión de jubilación. Obsérvese que el período descrito –sin mencionarlo de forma explícita– es nuevamente el de la prejubilación. Pues bien, al margen de otros elementos contenidos en dicho precepto, las cotizaciones correspondientes a este convenio especial serán a cargo del empresario hasta la fecha en que el trabajador cumpla los 63 años, salvo en los casos de despidos colectivos por causas económicas, en los que dicha obligación se extenderá hasta los 61 años del trabajador. A partir del cumplimiento por parte del trabajador de la edad de 63 o, en su caso, 61 años, las aportaciones al convenio especial serán obligatorias y a su exclusivo cargo, debiendo ser ingresadas, en los términos previstos por la normativa del convenio especial, hasta el cumplimiento de la edad a la que se refiere el art. 161.1.a) LGSS o hasta la fecha que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada.

1.3. Principales problemas aplicativos de los planes y contratos de prejubilación

1. Aun cuando la casuística judicial resulte difícilmente sistematizable, sí cabe efectuar una somera recopilación de los principales problemas aplicativos que la ratificación de acuerdos o planes de prejubilación han provocado en la práctica. Dos son, con todo, los focos de atención en esta aplicación: los efectos de la prejubilación en la relación laboral y la posibilidad de acceder a determinadas prestaciones públicas.

En relación a la primera cuestión, la dificultad estriba en determinar si la prejubilación supone la extinción de la relación laboral en todo caso. Por regla general, la principal diferencia entre la prejubilación y el desempleo es precisamente que la primera implica el cese definitivo en la prestación de trabajo y la segunda tan sólo un cese temporal de la misma. Con la prejubilación se produce un cese definitivo, de manera total o parcial pero definitivo. La práctica demuestra que los prejubilados no regresan al mercado de trabajo, aunque constituya ésta una realidad reprobable y aunque en determinados casos puedan volver a trabajar, como, de hecho, ocurre con los trabajadores jubilados. Mas, en algunos casos, las empresas han planteado la prejubilación como un período suspensivo o una licencia de empleo pero con sueldo para sus trabajadores.

La consideración extintiva de la prejubilación, no aceptando la suspensión contractual hasta el momento de la jubilación, ha sido la solución adoptada en la mayor parte de los supuestos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Aun cuando resulte claro que la intención de las partes es la de pactar una suspensión contractual, tal actuación de la empresa deriva en una actuación contraria a sus propios actos y en detrimento de la buena fe. En definitiva, los contratos son lo que son y no lo que las partes quieren que sean. *"Que ésta fue la verdadera intención de las partes que suscribieron dicho pacto, lo pone de relieve la vinculación que claramente se establece entre la situación de prejubilación y la de jubilación a la que se obliga a pasar al trabajador cuando cumpla los requisitos para acceder a la misma" (*STS 1 jun.04, Ar. 5040, FJ 5). El hecho de que se trate de una contingencia no protegida expresamente por el sistema de Seguridad Social no impide reconocer que la prejubilación constituye *"una modalidad más de jubilación gradual y flexible"* que se deja en manos de las empresas para remodelar las plantillas de los trabajadores, suponiendo la prejubilación "*una modalidad de extinción contractual y no de simple suspensión de la relación laboral"* (STS 1 jun.04, Ar. 5040, FJ 7). Y si el empresario admite que la relación contractual se mantiene vigente, pero en suspenso, entonces deberá atender cualquier reclamación del trabajador como si estuviera en activo.

Mas, despedir a trabajadores por razón de edad y, en ocasiones, hacerlo de forma colectiva contradice el principio de igualdad preservado constitucionalmente. No en vano, la prejubilación supone seleccionar a estos trabajadores entre el resto de la plantilla con el objeto de extinguir sus contratos, lo que, sin duda, puede derivar en una posible discriminación del trabajador por razón de edad, vulnerando uno de sus derechos fundamentales. De ahí que la extinción haya de ser voluntaria, distinguiendo entre la voluntariedad en el origen de la extinción y la voluntariedad en la aceptación de la misma. Si bien el origen puede venir motivado, además de la edad, por factores externos a la voluntad del trabajador [como la política de empleo, la crisis de la empresa, la reestructuración de los puestos de trabajo, la mera oferta empresarial, sin que responda ésta a una causa concreta, etc], la aceptación de dicha extinción no ha de hacerse si no es atendiendo a la voluntad de aquél. Los trabajadores han de prestar su consentimiento a la extinción, pues de lo contrario el resultado más previsible será la inadecuación a derecho de la prejubilación forzosa. Esto no contradice la idea de que los trabajadores suelen considerarse "obligados" a aceptar la prejubilación como salida más ventajosa de la empresa. Voluntarios con carácter forzoso que optan por beneficiarse de una prejubilación hoy por si tal vez mañana son despedidos.

2. Por lo demás, la fórmula para canalizar el cese en el trabajo tampoco aparece definida específicamente. Si bien, como en cualquier extinción, la prejubilación requiere de la adopción de una decisión, su formalización y la efectividad de la misma.

No figura la prejubilación entre las causas de extinción del art. 49 LET por lo que, cualquiera de los supuestos, puede servir para esta finalidad. Las modalidades más frecuentes son la extinción por mutuo disenso del art. 49.1.a) LET o el despido colectivo del art. 49.1.i) LET, aun cuando en ambos casos el origen de la decisión sea colectiva. La práctica demuestra que la decisión de prejubilar y el contenido de los planes de prejubilación se negocian entre empresario y representantes de los trabajadores sin perjuicio de que la materialización de la extinción del contrato se ejecute individualmente –como baja incentivada *ex* art. 49.1.a) LET– o colectivamente –a través del procedimiento establecido para el despido colectivo del art. 49.1.i) LET–.

El mutuo acuerdo de las partes, conocido popularmente como "baja incentivada", motiva una resolución contractual por mutua voluntad con una indemnización pactada y aceptada por las partes, caracterizada porque la iniciativa de la resolución proviene del empresario quien fijará un incentivo para garantizarse la conformidad del trabajador. Dicha oferta puede ser tanto individual como colectiva y, a su vez, general o específica. La primera dualidad se percibe en función del número de trabajadores que puede acogerse a la oferta, la segunda en virtud del colectivo de trabajadores que se beneficie de la misma. La prejubilación será, por regla general, una oferta colectiva y específica. Esto es, irá dirigida a un número plural de trabajadores pero en relación a un colectivo concreto, los de edad avanzada. Con una gran diferencia respecto de otro tipo de medidas, y es que, en este caso, no tiene por qué mediar la intervención de los representantes de los trabajadores. Como acuerdo consensuado entre trabajador y empresario que es, no requiere la conformidad de los mismos. La práctica demuestra, no obstante, que el proceso secuencial está integrado por un pacto colectivo y un acuerdo individual. El empresario propone las medidas de prejubilación, las acuerda con los representantes de los trabajadores y, con posterioridad, cada trabajador interesado acepta (y, en ocasiones, adapta) individualmente las condiciones de las mismas.

Es el despido colectivo, sin embargo, el marco en el que con mayor frecuencia se desarrolla la prejubilación en nuestro ordenamiento. En unos casos, el recurso es obligado porque el propio diseño legal así lo exige (por ejemplo, las prejubilaciones del sector industrial o el requerimiento apuntado en la DA 31ª LGSS); en otros, por el contrario, ha sido la práctica empresarial la que se ha ido decantando por ésta y no por otras vías de extinción. En general, las empresas españolas utilizan los despidos colectivos para proceder a la prejubilación de sus trabajadores. Con este finalidad, se fija un número máximo de trabajadores a los que se les aplicará el despido, concretando nominativamente el contenido del mismo *a posteriori* y una vez que se conozca quiénes aceptan la oferta de prejubilación efectuada por la empresa. Durante el período de negociación, el acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores servirá para garantizar, al menos, dos cuestiones: una, mejores condiciones para los trabajadores en la extinción prematura de su relación laboral y, por otra parte, una mayor aceptación de la propuesta empresarial para acogerse al despido colectivo innominado. Una fórmula adecuada para instrumentar un acuerdo de prejubilación adoptado colectivamente (con el consenso de los representantes de los trabajadores) y aceptado individualmente (por los interesados), de masiva utilización por parte de las empresas españolas. Por lo demás, el hecho de que este tipo de extinción se encauce a través

del despido colectivo sitúa la extinción como medida adoptada a iniciativa del empresario, aun cuando medie con posterioridad conformidad del trabajador. Se descarta, de este modo, una posible dimisión del trabajador, en tanto no es su voluntad sino la iniciativa del empresario la que provoca la ruptura de la relación contractual. Razón por la que se facilita al trabajador el acceso a determinadas prestaciones del sistema de Seguridad Social que, de otra forma, y dada la aceptación voluntaria de la extinción del trabajador por prejubilación al adherirse al despido planteado por la empresa, se rechazaría. Finalmente, todo ello permite el mantenimiento de cotización al convenio especial de los prejubilados.

3. Éste ha sido, precisamente, uno de los aspectos más conflictivos. Comoquiera que la conformidad del trabajador existe, la jurisprudencia consideraría inicialmente que la extinción por prejubilación constituía un supuesto de extinción por mutuo acuerdo del art. 49.1.a) LET [SSTS 28 feb.00, Ar. 2243, 25 nov.02, Ar. 1923/03, 9 dic.02, Ar. 1948/03, 10 dic.03, Ar. 1704/03 y 22 en.03, Ar. 1991]. Pero, como ha podido comprobarse, el proceso es más complejo y, a diferencia del mutuo acuerdo tradicional, la prejubilación se produce casi siempre a iniciativa del empresario –si fuera a iniciativa del trabajador, el empresario la rechazaría–, casi siempre por razones justificadas para la empresa –con un despido colectivo de por medio– y casi siempre como la *ultima ratio* para el trabajador en la empresa –que de no aceptar las condiciones será incluido con posterioridad en otro despido colectivo, ya con carácter forzoso, o en un despido objetivo del art. 52 LET o en otro tipo de despido–. Pero para el Tribunal Supremo lo relevante eran dos datos: uno, que, aunque se trate de despido colectivo, la empresa no obliga al prejubilado a abandonar su puesto de trabajo; y, dos, que el prejubilado acepta ("libremente") la extinción de su contrato.

Uno de los efectos más inmediato de esta decisión se produjo en la aplicación de los coeficientes reductores al solicitar la jubilación anticipada. Si la extinción es a iniciativa de la empresa, el porcentaje reductor es menor; pero, si, por el contrario, se considera que ha sido por voluntad del trabajador, el porcentaje reductor será mayor y, por ende, la pensión de jubilación de cuantía muy inferior. Pero esta doctrina albergaba algún elemento contradictorio. Todos los pronunciamientos apuntados se basaban en la existencia de planes de prejubilación perfectamente diseñados y con intervención de la empresa y de los representantes de los trabajadores. En los mismos aparecían prestaciones por desempleo o subsidios por desempleo de los que no se beneficiaría el prejubilado si se aceptara que la extinción ha sido por propia voluntad. Por eso, entre otras razones, se recurre a despido colectivo, para conseguir estas prestaciones. De ahí que la misma extinción contractual no podía resultar ser un cese voluntario o un despido colectivo a la vez, y decisiones como las expuestas así parecían considerarlo.

Un posterior giro en la doctrina del Tribunal Supremo resolvió semejante contradicción al considerar que cuando la extinción forma parte de un despido colectivo y cuando la jubilación viene precedida por una situación de desempleo *"que por hipótesis excluye la voluntariedad del trabajador desempleado en la pérdida de la ocupación…No puede hablarse de que el origen de la prejubilación sea voluntario sino de la aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva acordada unilateralmente por el empresario en el marco de un expediente de regulación de empleo, decisión que impone al trabajador tras un intervalo de desempleo involuntario, una jubilación asimismo involuntaria"* (S.TS 25 oct.06, Ar. 8262, FJ 3 y, con posterioridad y entre otras muchas, SSTS 17 ene.07, Ar. 2040 y 21 jun.07, Ar. 6643).

Pues bien, la aplicación de un porcentaje reductor mayor o menor, si bien por razones distintas a las hasta aquí apuntadas, conforma el litigio de la sentencia objeto de comentario en este análisis y cuyo contenido se expone a continuación.

2. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA NOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE PREJUBILACIÓN

2.1. Fecha aplicable al hecho causante: la extinción contractual o el cese en la cotización al Convenio Especial

1. En efecto. La STS 18 mar.14, Ar. 2254 resuelve el conflicto de un trabajador que cesa su relación laboral con una entidad bancaria en virtud de un acuerdo de prejubilación en el marco de un programa de prejubilaciones de la misma. De conformidad con el acuerdo alcanzado, el trabajador deberá suscribir convenio especial con la Seguridad Social hasta cumplir los 60 años, fecha en que solicitará su jubilación. Pasado un tiempo, trabajador y empresa firman un acuerdo novatorio del pacto de prejubilación descrito con la finalidad de que resulten aplicables las condiciones de jubilación anticipada establecidas en el nuevo art. 161 bis.2 LGSS por la Ley 40/07. El pacto se basa en un acuerdo colectivo suscrito previamente con la representación sindical. A partir del nuevo pacto, el trabajador se obliga a mantener la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social hasta cumplir los 61 años de edad, fecha en que solicitará la jubilación, reembolsándole la empresa el coste de dicho convenio. Las partes determinan que este nuevo acuerdo sustituya íntegramente el anterior.

Solicitada la pensión de jubilación por parte del trabajador, el INSS reconoce la misma con 61 años pero aplicando un porcentaje del 68% a la base reguladora frente al 76% pretendido por el trabajador. Y es que el INSS decide aplicar las normas derivadas de la DT 3ª LGSS y no las establecidas en el art. 161 bis.2 LGSS vigente en el momento de solicitar la pensión. La STS 18 mar.14, Ar. 2254 resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS que aprecia contradicción entre la STSJ Aragón 10 may.13, Ar. 202136 y 21 ene.13, Ar. 116391.

La decisión recurrida, STSJ Aragón 10 may.13, AR. 202136 desestima el recurso del INSS y confirma la sentencia del Juzgado de lo Social núm.4 de Zaragoza acogiendo la pretensión del trabajador y reconociéndole el derecho a pensión del 76% de la base reguladora por considerar que la legislación aplicable es la vigente en la fecha del hecho causante, que es lícita la modificación del pacto de prejubilación, que se cumplen objetivamente todos los requisitos que el precepto exige y que el legislador no ha condicionado el derecho a desarrollo reglamentario alguno.

Por su parte, la STSJ Madrid 21 ene.13, Ar. 116391, en supuesto sustancialmente idéntico, llega a la conclusión opuesta por dos razones. En primer lugar, porque entiende que el acuerdo novatorio no vincula a la Seguridad Social puesto que el demandante extinguió su relación laboral con el Banco por lo que tampoco mantenía ninguna relación de seguros sociales que, en todo caso, son consecuencia necesaria de la relación laboral conforme a lo dispuesto en el art. 7.1 a) LGSS. Además, los contratos, *ex* art. 1257 Cc, sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, por lo que lo acordado no afecta en modo alguno a la Seguridad Social si no es parte del mismo. Pero, y en segundo término, el Tribunal considera

que el acuerdo novatorio no resulta válido pues en la suscripción del mismo concurre fraude de ley, siendo así que con él las partes pretenden, *"ciertamente sin efecto jurídico alguno"*, modificar *a posteriori* una relación de seguros sociales consolidada para poder disfrutar de los beneficios económicos regulados en una norma legal que no es la aplicable por razones cronológicas y de vigencia al verdadero pacto preexistente.

2. La cuestión que se dirime es, pues, si se ajusta a derecho novar un contrato de prejubilación inicialmente dirigido a un tipo de jubilación anticipada, la histórica prevista en la DT 3ª LGSS, precisamente para adaptarlo a una modificación legislativa que establece otra modalidad de jubilación anticipada más beneficiosa para el trabajador (la moderna del art. 161 bis LGSS, introducido por el art. 3.3 Ley 40/07). Y, así, extinguida la relación en 2002, se produce la novación del pacto prejubilatorio en 2009 y se solicita la pensión de jubilación anticipada en 2011. El INSS considera aplicable la normativa vigente en el momento de la extinción de la relación laboral (2002; y, por ende, la DT 3ª LGSS) y el recurrente la vigente al solicitar la pensión de jubilación anticipada (2011; por tanto, el art. 161.bis LGSS con la reforma introducida por la Ley 40/07).

Para resolver este conflicto, el Tribunal Supremo recurre a la doctrina y subraya que la prejubilación es una especie de tránsito entre el cese efectivo en el trabajo y el momento de la jubilación reglamentaria que trae causa en un contrato de prejubilación al que alude la Ley 40/07 entre el trabajador y el empresario y que normalmente se lleva a cabo en un contexto colectivo de bajas incentivadas. Pacto que, por expresa disposición legal, comporta la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial, *ex* art. 51.9 LET y DA 31ª LGSS.

Por esta razón, el Tribunal Supremo rechaza los argumentos esgrimidos por el INSS en este conflicto. Por una parte, en lo que se refiere a que el art. 1257 Cc (los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan) supone que el acuerdo novatorio no vincula a la Seguridad Social en tanto parte ajena del mismo. Nada más alejado de la dogmática jurídica, entiende el Tribunal, para el que el citado precepto únicamente consagra el denominado principio de relatividad cuyo significado más tradicional siempre ha sido que el contrato como fuente de derechos y obligaciones sólo puede imponerse entre quienes lo han formalizado, excluyendo de la posición de acreedor y deudor contractuales a quien no haya concurrido en la formación de voluntad (STS 6 feb.81, Ar. 382 y 17 nov.88, Ar. 8604). *"Lo que la más autorizada doctrina define como la recreación del deber de observancia de la regla contractual y la proyección del contrato sobre las relaciones o situaciones objetivamente contempladas por el propio contrato. Y, con independencia de la actual crisis de aquel principio, lo cierto es que de siempre se ha admitido la llamada oponibilidad del contrato frente a terceros a quienes se les impone el respeto a la situación que el contrato ha generado entre las partes precisamente por la interdependencia existente entre las personas físicas o jurídicas en la sociedad; oponibilidad que, en el caso debatido, ha de extenderse al INSS al que únicamente le cabe alegar para desconocer la eficacia indirecta de lo convenido la existencia de fraude de ley" (*STS 18 mar.14, Ar. 2254 , FJ 2).

Por lo demás, considera asimismo el Tribunal Supremo inadmisible el argumento de que la extinción de la relación había conllevado la inexistencia de ninguna regulación de seguros sociales pues con ello se desconoce que el convenio especial (art. 125 LGSS) comporta el inicio o la continuidad de la situación de alta o asimilada a la de alta en el

Régimen de la Seguridad Social que corresponda y que tiene como objeto la cotización al régimen de la misma en cuyo ámbito se suscriba el convenio y la cobertura de la situación derivada de contingencias comunes mediante el otorgamiento de las prestaciones (art. 1 Orden TAS/2865/2003, 13 oct., BOE, 18).

De ahí que sea necesario partir, según entiende el Tribunal Supremo, de que los requisitos exigibles y las consecuencias jurídicas atribuibles a la prestación de jubilación han de concurrir y vienen determinados respectivamente por la fecha del hecho causante que, prescindiendo de los singulares supuestos de trabajador mayor de 52 años y perceptor de subsidio por desempleo, excedencia forzosa y trabajadores trasladados fuera del territorio nacional, tratándose de trabajadores en alta ha de situarse al día siguiente del último día trabajado y cotizado conforme al art. 3 OM 18 ene.67, BOE, 26 y que, para los trabajadores en situación asimilada al alta y con convenio especial, se identifica con el momento de solicitar la pensión. Lo que, en el caso examinado, significa, dada la fecha de solicitud y del hecho causante de la pensión de jubilación, que el trabajador gozaba entonces de la posibilidad legal de acceder a la pensión de jubilación anticipada instaurada por la Ley 40/07, la del art. 161.bis LGSS.

2.2. El posible fraude de ley en la novación contractual que persigue una jubilación más beneficiosa para el trabajador

1. El único obstáculo atendible y que la recurrente utiliza en su defensa es que tal posibilidad hubiese podido ser obtenida fraudulentamente. Argumento que rechaza el Tribunal Supremo por entender que la propia noción de fraude de ley *"constituye una modalidad de fraude que no puede confundirse con el simple engaño o fraude en sentido de acción contraria a la verdad y la rectitud"* a la que se refiere el Diccionario de la Lengua Española. El fraude de ley es una noción más compleja; "*constituye la vulneración de una norma prohibitiva o imperativa que se produce de un manera oblicua, es decir, mediante un acto amparado formalmente en el texto de una norma (la denominada norma de cobertura) que persigue en realidad un resultado contrario al ordenamiento jurídico que, como tal, no queda protegido por aquella norma"* (STS 10 dic.13, Ar. 8028, FJ 3). De otra parte, resulta consolidada la doctrina que entiende que, si bien el fraude de ley no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca, sí podrá acreditarse su existencia, como la del abuso del derecho, mediante pruebas directas o indirectas admitiendo entre estas últimas las presunciones cuando entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir hay un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Este planteamiento supone que, *"al sostenerse que la intención del agente es algo consustancial al fraude, el ponente intencional debe ser objeto de la correspondiente prueba, por lo que el examen de la convicción judicial de instancia sobre tal extremo escasamente compete al tribunal de casación, salvo que medie denuncia relativa a las normas sobre las presunciones y carga de la prueba pues entonces el recurso de casación para la unificación de doctrina se convertiría, en contra del deseo del legislador, en una tercera instancia o en un recurso extraordinario subsiguiente a otro también extraordinario" (*STS 18 mar.14, Ar. 2254, FJ 3), posibilidad que viene negando reiteradamente la Sala. En todo caso, el elemento intencional no es objeto de debate en el presente litigio, puesto que se admite que el acuerdo novatorio tenía como finalidad el acceso a la nueva modalidad de jubilación anticipada, más ventajosa para el beneficiario y toda la cuestión se reduce a si

objetivamente ese propósito comporta el cuestionado fraude y la denunciada infracción del art. 161 bis LGSS.

2. Es cierto que el inicial contrato de prejubilación suscrito únicamente permitía al trabajador, dada la legislación entonces vigente, el acceso a la pensión de jubilación anticipada prevista en la DT 3 LGSS como mutualista que había sido el 1 ene.67. Pero aquel contrato fue modificado por un nuevo pacto, tras un acuerdo entre sindicatos y empresa, pretendiendo precisamente facilitar el acceso a los prejubilados a la nueva modalidad, la del art. 161 bis LGSS, que había instaurado la Ley 40/07 y que en absoluto requería desarrollo reglamentario alguno, como sin apoyo legal alguno manifiesta la entidad gestora. Así, producidos los hechos, en manera alguna cabe afirmar que existan visos de censurable fraude pues no media vulneración alguna de precepto imperativo o prohibitivo, tal como requiere el fraude, conforme a la doctrina de referencia, sino el legítimo ejercicio del derecho a mejorar las condiciones de acceso a las prestaciones. Es más, entiende el Tribunal Supremo que *"negarle dicha posibilidad a los trabajadores prejubilados antes de la entrada en vigor de la Ley 40/07 y jubilados con posterioridad a ella significaría no tanto una censurable interpretación restrictiva de los derechos cuanto demorar arbitraria e ilegalmente la vigencia de la norma" (*STS 18 mar.14, Ar. 2254, FJ 3).

Recordando la doctrina constitucional se considera que los cambios normativos no atentan contra el principio de igualdad porque de otro modo se destruiría la posibilidad de innovación o se someterían las situaciones jurídica a una mutación radical y constante en detrimento de la seguridad jurídica (STC 19/82), de modo que es constitucionalmente admisible la fijación de determinadas fechas como límite temporal que posibilite o no este tipo de nuevas y más favorables percepciones (STC 70/83). De esta forma, una modificación normativa no puede hacerse equivaler a una desigualdad de trato temporal pues no es el transcurso del tiempo el que origina la diferencia del régimen sino una sucesión de normas que responde a principios y condiciones diversas en forma tal que la igualdad ante la ley proclamada en el art. 14 CE no impide que, a través de los cambios normativos, pueda producirse un trato desigual entre diversas situaciones, derivado de la diferencia de fechas en que se originaron (STC 119/87) ni el art. 14 CE exige en todo caso la aplicación retroactiva de la ley más favorable. Mas no es menos cierto que, también conforme a criterio constitucional y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, éste recuerda cómo "*los órganos judiciales pueden vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca o no corrija el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables y además la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce lo cual supone que, si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad, su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el art. 14 CE no consiente" (*STS 18 mar.14, Ar. 2254, FJ 4).

Por tanto, si alguna duda cupiese en orden a si la nueva jubilación anticipada instaurada por el art. 161 bis LGSS se limitaba no ya a los hechos causantes posteriores sino que incluso podría excluir a las prejubilaciones producidas con anterioridad, "*extremo, en nuestra opinión, de gratuita exigencia, por contrariar los efectos generales del hecho causante y de la entrada en vigor de las normas"*; pero, si esa duda interpretativa se produjera, habría de solventarse a favor de la solución más favorable al tratamiento igual entre los beneficiarios, o lo que es igual de que *"la novedosa y más favorable pensión de*

*jubilación anticipada (con inferior índice corrector en función de la edad) por fuerza habría de alcanzar a los prejubilados antes de la entrada en vigor de la Ley 40/07 y jubilados ya bajo la cobertura de la norma" (*STS 18 mar.14, Ar. 2254, FJ 4).

En conclusión, la Sala determina que la modalidad introducida por la Ley 40/07 en el art. 161 bis LGSS alcanza a quienes estuvieran prejubilados antes de su entrada en vigor pero solicitaran su jubilación después de la referida vigencia. No constituye, por tanto, fraude de ley la novación del contrato de prejubilación en ejecución de acuerdos colectivos para facilitar el acceso a los prejubilados a dicha nueva modalidad.

3. EFECTOS DE LAS REFORMAS DE LA JUBILACIÓN SOBRE LOS CONTRATOS DE PREJUBILACIÓN

3.1. Los vaivenes normativos sobre las jubilaciones

1. La extensión temporal de la prejubilación origina problemas aplicativos como los resueltos por la sentencia expuesta. La sucesión de reformas que afectan a este período obliga a analizar los efectos que las mismas pueden tener en los acuerdos previamente adoptados.

En el supuesto resuelto por la sentencia analizada, el trabajador reclamante cesa en su relación en 2002 y firma un pacto de prejubilación teniendo en cuenta el posible acceso a la jubilación anticipada vigente en ese momento. Se entiende que resulta aplicable entonces la DT 3ª LGSS al tratarse de trabajadores mutualistas con cotizaciones anteriores al 1 ene.67. En principio, lo dispuesto en el art. 161.3 LGSS en dicha fecha no procede por cuanto el precepto (con una nueva dicción procedente de la reforma introducida por el art. 3 RD-L 16/01, 27 dic.) extiende la jubilación anticipada a partir de los 61 años de edad a "*trabajadores que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 ene.67"* (con esta fórmula se rotula el art. 3 RD-L. 16/01, por lo que no resulta aplicable al trabajador recurrente que sí había sido mutualista).

Con posterioridad se producirán dos reformas normativas en relación a la jubilación anticipada. Una, la introducción de otro nuevo art. 161.3 LGSS por el art. 3 Ley 35/02, 12 jul., BOE, 13 en el que ya figura la regulación de la jubilación anticipada sin incluir expresamente que se trate de la extensión a trabajadores que no tengan la condición de mutualistas el 1 ene.67. Y, otra, la introducida por el art. 3 Ley 40/07, ya descrita. Existen dos diferencias importantes, a efectos del análisis que se efectúa, entre estas dos normas. La primera, que la reforma de 2002 se refiere a las obligaciones adquiridas por el empresario "mediante acuerdo colectivo" para proceder a la exclusión de dos de los requisitos exigidos a fin de acceder a la jubilación anticipada a los 61 años (a saber, inscripción como demandante de empleo y cese no imputable a la voluntad del trabajador). La segunda, y como se advirtiera, extiende tal expresión no sólo a las obligaciones empresariales adquiridas mediante acuerdo colectivo sino también a las que se deriven del "contrato individual de prejubilación". Por lo demás, en 2002, con treinta años de cotización acreditados se aplicaba un 8% de coeficiente reductor mientras que, con la reforma de 2007, se aplicará un 7.5%, equiparándose para el resto de supuestos el coeficiente aplicable.

Pues bien, los pactos colectivos e individuales suscritos entre empresa, representantes de los trabajadores y trabajadores generan, en el caso que se analiza, la extinción contractual en 2002. Como consecuencia del mismo, el trabajador permanecerá cotizando al convenio especial hasta los 60 años de edad, fecha en la que solicitará la pensión de jubilación anticipada por aplicación de la DT 3ª LGSS (coeficiente reductor del 8% por cada año que se anticipe respecto de la edad ordinaria). Pero en 2009 las partes citadas deciden novar los acuerdos colectivos e individuales para que los trabajadores puedan acogerse a los beneficios de la normativa establecida a partir de 2007 en materia de jubilación anticipada redactando una nueva cláusula por la que los trabajadores permanecerán cotizando al convenio especial hasta los 61 años de edad, fecha en la que accederán a la jubilación anticipada con coeficientes reductores inferiores a los inicialmente previstos (antes, 8% por cada año de reducción, ahora 7.5%, 7%, 6.5% ó 6%, en función de los años de cotización acreditados; en el caso del trabajador que origina el conflicto analizado, cuarenta y seis años de cotización).

Es en ese momento, cuando el trabajador solicita su pensión de jubilación anticipada, cuando se materializa el conflicto. Por una parte, el INSS aplica lo previsto en la DT 3ª LGSS al tratarse de mutualistas anteriores al 1 ene.67 que cesan en su actividad laboral en 2002 mientras que los interesados solicitan la aplicación de la normativa vigente en el momento de la solicitud de su pensión, año 2011 (art. 161 bis.2 LGSS, *ex* art. 3 Ley 40/07), más beneficiosa para ellos por contener coeficientes reductores inferiores al rígido 8% previsto para los mutualistas en la DT 3ª LGSS.

2. Y éste es uno de los principales elementos conflictivos, la concurrencia de dos normas susceptibles de aplicación. Conviene recordar que, junto a la regulación general de la jubilación anticipada, sigue manteniéndose una específica para aquellos trabajadores que tuvieran la condición de mutualistas el 1 ene.67, ya en extinción. Para todos ellos la vigente DT 3ª LGSS reconoce el derecho a la pensión a partir de los 60 años y con un 8% de coeficiente reductor por cada año que le falte al trabajador hasta cumplir los 65 años de edad. Con todo, aquellos que tuvieran treinta años de cotización acreditados podrán acceder asimismo a partir de los 60 años de edad con coeficientes más reducidos y que oscilan entre el 7.5% y el 6% según los años de cotización que se acrediten.

La principal diferencia con la jubilación anticipada regulada en el art. 161 bis LGSS es la edad y el período de cotización exigido, ya que el acceso para los mutualistas se prevé a partir de los 60 años en todo caso y la de aquellos que no lo fueron a partir de los 61 años ó 61 años y dos meses, *ex* art. 161 bis y DT 20ª LGSS, y para los mutualistas se exigen treinta años de cotización si se pretende la aplicación de coeficientes reductores menores mientras que en el régimen general la exigencia es de treinta y tres años de cotización. Así, si un mutualista decide acceder a partir de los 61 años a la pensión de jubilación con menos de treinta años de cotización se le aplicará un 32% de reducción a su pensión, esto es, cobrará el 68% de la misma. Mientras que si sobrepasa los treinta años de cotización, en el régimen jurídico previsto para los mismos en la DT 3ª LGSS se le aplicará un 7.5% de reducción si tiene entre treinta y treinta y cuatro años de cotización, un 7% entre treinta y cinco y treinta y siete años cotizados, un 6.5% entre treinta y ocho y treinta y nueve años y un 6% con cuarenta o más años cotizados. En el régimen general, sin embargo, se le aplicará un 1.875% por trimestre si acredita un período inferior a treinta y ocho años y seis meses (7.5% anual); un 1.750% por trimestre si acredita una cotización superior a treinta y ocho años y seis meses

e inferior a cuarenta y un años y seis meses (7% anual); un 1.625% por trimestre si acredita entre cuarenta y un años y seis meses y cuarenta y cuatro años y seis meses (6.5% anual) y un coeficiente del 1.500% por trimestre si acredita más de cuarenta y cuatro años y seis meses de cotización (6% anual). Por lo tanto, a idéntico período de cotización, por ejemplo, cuarenta años, en el primer caso se le aplicará un 6% de reducción (obteniendo el 76% de la pensión, aproximadamente) y un 7% en el segundo supuesto (con un 72% de la pensión, aproximadamente), resultando más favorable, por tanto, la primera regulación, específica para tales casos y contemplada en la DT 3ª LGSS.

Pero, si se tienen en cuenta las reformas expuestas en el supuesto que origina la sentencia analizada, también la DT 3ª LGSS sufre alguna alteración. Ya desde la Ley 24/97, 15 jul., BOE, 16 (art. 7 de la misma), aquellos mutualistas con cuarenta años o más de cotización que solicitaran la jubilación anticipada como consecuencia de una extinción por causa no imputable a su libre voluntad, podían obtener una pensión con un coeficiente reductor inferior (7% frente al 8% previsto con carácter general para estos supuestos). Posteriormente, y como se apuntara, el art. 3 RD-L 16/01 extendería la jubilación anticipada a trabajadores que no tuvieran la condición de mutualista laboral el 1 ene.67. Precepto que modificaría asimismo la citada DT 3ª LGSS para alterar tanto el número de años de cotización solicitados para aplicar coeficientes reductores inferiores (que ya no será de cuarenta años sino de treinta) y la cuantía de los mismos (que oscilarán, según el número de años cotizados, entre 7.5% y 6%). Tras añadir un nuevo art. 161.bis LGSS, la Ley 35/02 también destinará su art. 4 a la modificación de la DT 3ª LGSS si bien únicamente para confirmar la redacción introducida por el RD-L 16/01. Por su parte, la Ley 52/03, 10 dic., BOE, 11 dedicará su DA 2ª a modificar tanto el art. 161 LGSS como la DT 3ª LGSS y, en ambos casos, a fin de especificar que deberá entenderse por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impide, decide poner fin a la misma. Pero, además, *"se presumirá que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1. de esta ley (en referencia a la LGSS*)". Finalmente, la tantas veces considerada en este análisis Ley 40/07, no optará sólo por modificar el art. 161 bis LGSS en los términos expuestos sino que el art. 3.5 de la misma también introduce una reforma en la DT 3ª LGSS. Dicha reforma afecta, principalmente, a dos aspectos. El primero a la aclaración de que, para el cómputo de los años de cotización, deberán tenerse en cuenta años completos, sin que deba equipararse a un año la fracción del mismo. Además, el Gobierno queda facultado para el desarrollo reglamentario de los supuestos previstos pudiendo, en razón del carácter voluntario o forzoso del acceso a la jubilación, adecuar las condiciones señaladas para los mismos. Pero, a su vez, el segundo aspecto de interés para el estudio planteado, es que en la redacción anterior de la norma el 7.5% de coeficiente reductor se aplicaba "entre treinta y uno y treinta y cuatro años acreditados de cotización" y ahora ese mismo porcentaje procede cuando se acreditan "entre treinta y treinta y cuatro años de cotización", quizá porque antes se exigían "más de treinta años de cotización" y con esta reforma se requieren "treinta o más años de cotización".

Tras las apuntadas seguirán las reformas operadas en la materia por la Ley 27/11 (art. 5) o por el RD-L 5/13, 15 mar., BOE, 16 (art. 6), no aplicables al supuesto analizado.

3. El vínculo entre estos dos preceptos, la DT 3ª LGSS y el art. 161 bis LGSS, merece una particular atención en este análisis. Por qué existiendo dos regímenes

diferenciados (el previsto para mutualistas, antes más restrictivo y ahora más amplio al comprender todo un abanico de posibilidades de aplicación de coeficientes reductores inferiores, y el general), cuando nos encontramos en uno de los casos –mutualistas– aplicamos el otro –general–. La sentencia recurre a un argumento infalible, la consideración de la norma más beneficiosa para el trabajador, pero habría que plantear previamente si existe un conflicto normativo de aplicación que nos obligue a seleccionar a la más beneficiosa o, por el contrario, el ámbito subjetivo normativo determina la legislación aplicable.

La clave para este conflicto puede hallarse en una interpretación histórica de la norma. Cuando se aprueba el texto refundido de la LGSS/94, no existe referencia alguna a la jubilación anticipada en el art. 161 del mismo. Esta modalidad queda reservada exclusivamente para los mutualistas que acrediten cotizaciones anteriores al 1 ene.67, *ex* DT 3ª de dicho texto. Con la Ley 24/97, la DT 3ª LGSS incorpora al texto legal no sólo la cuantificación del coeficiente reductor a aplicar por cada año en que se anticipe la jubilación respecto de la jubilación ordinaria (un 8%) sino que, además, introduce, por primera vez, la posibilidad de que, para aquellos que reúnan largas carreras de cotización (cuarenta o más años) y extingan su contrato por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, el coeficiente reductor sea menor (un 7%).

Como se señalara, será el RD-L 16/01 el que determine en su art. 3 la *"extensión de la jubilación anticipada a trabajadores que no tuvieran la condición de mutualista laboral el 1 de enero de 1967"*. Desde entonces, la fisonomía del art. 161 LGSS se modifica para incluir a aquellos trabajadores que reúnan una serie de requisitos y que, como señala el encabezamiento de la norma, no tengan la condición de mutualistas. Así, añadiendo un apartado 3 al 161 LGSS vigente en 2001, se incluye la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada a los 61 años de edad si el trabajador se encuentra inscrito como demandante de empleo, acredita un período de treinta años de cotización y cesa por causa no imputable a su libre voluntad. En tal caso, se le aplicarán un serie de coeficientes reductores (8%, 7.5%, 7%, 6.5% y 6%) en función del período de cotización acreditado.

A partir de entonces, las modificaciones posteriores ya no explicitan que se trata de una extensión a los trabajadores que no tuvieran la condición de mutualista laboral el 1 ene.67 sino que se limitan a reformar los arts. 161 LGSS (incluso introduciendo un específico art. 161 bis LGSS para regular la jubilación anticipada) o la DT 3ª LGSS, en su caso y en los términos ya expuestos.

Y, quizá, en este punto resida la clave del conflicto; a saber, la consideración de que ambas regulaciones son igualmente aplicables a los trabajadores mutualistas. Lógicamente no cabe plantearlo a la inversa, esto es, que la extensión de derechos implica que quienes no fueron mutualistas pueden acceder al régimen previsto para éstos en la DT 3ª LGSS. Pero sí lo contrario, como ocurre en el supuesto que nos ocupa. Es decir, entender que ambos preceptos (art. 161 LGSS y DT 3ª LGSS) son igualmente aplicables a los mutualistas en función de aquella norma que resulte más beneficiosa para el trabajador.

Si la comparación se realizara de acuerdo con la legislación actualmente en vigor, globalmente la situación de los mutualistas parece más beneficiosa recurriendo a la DT 3 ª LGSS que al art. 161 bis LGSS por las ventajas que contempla la misma. La primera, que

pueden acceder a la jubilación anticipada con 60 años de edad, algo que no ocurre con carácter general al resto de los trabajadores que accederán cuatro años antes del cumplimiento de la edad ordinaria (61 años o 61 años y dos meses). La segunda, que basta con acreditar treinta o más años de cotización y extinguir el contrato por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador para lograr la aplicación de coeficientes reductores inferiores al 8% (7.5%, 7%, 6.5% ó 6%). Con carácter general, este período de treinta años pasa a treinta y tres o treinta y cinco años, respectivamente, en el art. 161 bis LGSS. Por lo demás, en el régimen que comprende a todos los trabajadores las formas de extinción contractual se hallan tasadas (despido colectivo, objetivo, extinción del contrato en concurso de acreedores, muerte, jubilación o incapacidad del empresario o fuerza mayor), no precisando la DT 3ª LGSS la causa de la extinción contractual a estos efectos. Es más, en alguno de estos supuestos (despidos colectivo y objetivo) se precisa que el trabajador acredite la percepción de la indemnización derivada de la extinción correspondiente. Finalmente, y entre otras diferencias, los coeficientes reductores son más beneficiosos. Y así, el 7.5% se aplica a los mutualistas que acrediten entre treinta y treinta y cuatro años de cotización y al resto a partir de los treinta y tres años y hasta los treinta y ocho años y seis meses; el 7% entre treinta y cinco y treinta y siete años en el primer caso y entre treinta y ocho años y seis meses y cuarenta y uno años y seis meses en el segundo; el 6.5% entre treinta y ocho y treinta y nueve años en el primer caso y entre cuarenta y un años y seis meses y cuarenta y cuatro años y seis meses en el segundo; y, por último, el 6% se aplica a los mutualistas a partir de los cuarenta años de cotización mientras que el resto de los trabajadores deberán acreditar más de cuarenta y cuatros años y seis meses para su aplicación.

Pero si la comparación se efectuara aplicando la norma de 2007 (Ley 40/07), momento en el que se residencia el conflicto analizado, la conclusión sería bastante similar por cuanto los trabajadores mutualistas alcanzarían la aplicación de coeficientes reductores inferiores en condiciones más beneficiosas que el resto de los trabajadores. Es cierto que es en este momento en el que el legislador introduce un párrafo en el nuevo art. 161 bis LGSS para excluir los requisitos de inscripción como demandante en la oficina de empleo y que la extinción se haya producido por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador cuando haya mediado acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación. Por eso el conflicto se basa entre aplicar la legislación anterior (RD-L 16/01 y Ley 35/02) o la que corresponde al momento del hecho causante (Ley 40/07). Mas este planteamiento no deja de ser falaz pues no sólo se trata de optar por una u otra legislación (la vigente en el momento de extinguirse el contrato o la vigente en el momento en que se solicita la pensión, tal y como se plantea en las decisiones judiciales analizadas) sino que, además, se trata de modificar la legislación aplicable y pasar de aplicar las reglas propias de la DT 3ª a las derivadas del art. 161 bis LGSS. Pues, si se decidiera que resulta aplicable la legislación de 2001/2002, no se dudaría en recurrir a la DT 3ª LGSS ya que, en parecidos términos, esta norma permite acceder a los 60 años y, además, no requiere la inscripción como demandante de empleo. La duda no es sólo, por tanto, si se aplica un régimen anterior (el vigente en el momento de extinguir el contrato de trabajo) o uno posterior (el vigente en el momento de solicitar la pensión) sino cuál de las dos normas resulta de aplicación.

Y, llegados a este punto, la solución debiera ser la aplicación de la DT 3ª LGSS para quienes tuvieran la condición de mutualista laboral el 1 ene.67. En general, porque sus condiciones siempre han sido más beneficiosas (acceden con 60 años a la jubilación

anticipada en todo caso). Además, porque el legislador, históricamente, ha pretendido crear un régimen distinto (y más restrictivo) para el resto de los trabajadores (*"extensión de la jubilación anticipada a trabajadores que no tuvieran la condición de mutualista laboral el 1 ene.67", ex* art. 3 RD-L. 16/01). Y, finalmente, y dada su naturaleza transitoria, porque, a diferencia de los supuestos generales, las sucesivas reformas no han alterado el número de años requeridos para aplicar coeficientes reductores inferiores al 8% (treinta años de cotización como mínimo, a diferencia del resto de los trabajadores para quienes este requisito se ha ido incrementando paulatinamente).

El hecho de que en una ocasión (Ley 40/2007) el legislador cometiera un error de sistematización al incluir una aclaración en el art. 161 bis LGSS y no reproducirla en la DT 3ª ante supuestos de hecho similares no justifica la alteración del ámbito subjetivo de ambas normas, prevista una para mutualistas (DT 3ª LGSS) y la otra para el resto de trabajadores (art. 161 bis LGSS). Y, aun cuando la solución alcanzada por la jurisprudencia hubiera de ser la misma, la fórmula empleada es bien distinta y con consecuencias diferentes. Pues no se trata tanto de incluir a los mutualistas en el campo de aplicación del art. 161 bis LGSS sino de interpretar sistemáticamente la norma aplicable. De ahí que, resuelta la opción entre la legislación aplicable (2001/02 ó 2007), la solución pasaría por atender (si se elige –como hace el Tribunal Supremo en el caso en cuestión con buen criterio–, la legislación de 2007 por ser la vigente en el momento de solicitar la pensión) a una interpretación sistemática de la norma al considerar los términos establecidos para el art. 161 bis LGSS y los utilizados en la DT 3ª LGSS en aquel momento. Así, el primero exige *"d) Que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma. Se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1....Los requisitos exigidos en los apartados b) y d) no serán exigibles en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social"*. El segundo, por su parte, señala que *"A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma. Se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1"*.

Teniendo en cuenta los términos descritos, la DT 3ª no excluye los apartados b) y d) porque su redacción no contiene los mismos. Por lo que se refiere al supuesto "b)" porque no existe ya que no se requiere que el trabajador se halle inscrito como demandante de empleo. Pero en el supuesto "d)" la solución ha de ser distinta pues en ambos casos (art. 161 bis LGSS y DT 3ª LGSS) el legislador exige lo mismo: extinción del contrato en virtud de causa

no imputable a la libre voluntad del trabajador considerando como tal la que explicita la norma. Pues bien, si el sentido es el mismo, la interpretación ha de ser idéntica ya que la *"obligación adquirida por el empresario mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación"* no puede ser considerada en un caso como excluyente de una causa no imputable al trabajador y en otro no. Es más, la mayor parte de los trabajadores incluidos en dichos acuerdos colectivos o contratos individuales de prejubilación suelen ser mutualistas por lo que carecería de sentido admitir dicha exclusión para el resto de los trabajadores y no para estos últimos cuando constituyen el elemento nuclear de dichos acuerdos o pactos.

3.2. La modificación de los acuerdos prejubilatorios tras la extinción de la relación laboral y antes de la jubilación del trabajador

1. Expuesto lo anterior, sólo resta analizar el otro elemento cuestionable, esto es, la validez o no de la novación del contrato de prejubilación. Como ha quedado manifestado, los pactos de prejubilación, sean éstos individuales o colectivos, adquieren una doble dimensión: laboral, en tanto suponen la extinción contractual y la contribución de la empresa hasta la jubilación del trabajador (e incluso con posterioridad a la misma) y la de Seguridad Social, por cuanto todo el entramado del pacto se destina, básicamente, a garantizar el acceso a dicha pensión. Negar esta relación entre lo laboral y la Seguridad Social en materia de prejubilación es desconocer el significado de la misma. Pero que exista una relación entre estas dos dimensiones no condiciona su vinculatoriedad, esto es, el régimen jurídico que regula actualmente ambas se considera independiente ante la inexistencia de una normativa específica en materia de prejubilación que las relacione.

Admitiendo lo anterior, conviene partir de la base de que, con la firma del contrato de prejubilación, surge una nueva relación entre la empresa y el trabajador. Extinguida la relación laboral, en los términos antes expuestos, el extrabajador de la empresa mantiene una relación contractual derivada de su antigua relación laboral cuya principal regulación no es otra que la establecida en el Código Civil para los contratos. Es más, posiblemente la extinción laboral se halle condicionada al cumplimiento del contenido del contrato de prejubilación pues cualquier vicisitud surgida en el desarrollo de la etapa prejubilatoria podría influir en la reversión de la extinción contractual, pudiendo llegar a derivar incluso en la readmisión del trabajador (denegación de las prestaciones públicas por la entidad gestora correspondiente, incumplimiento empresarial en el pago de los complementos de dichas prestaciones o de la cotización al convenio especial, falta de cumplimiento del trabajador de su compromiso de permanecer inactivo y fuera del mercado de trabajo, etc). Dependerá de los términos en que se redacte el contrato de prejubilación y el alcance de las obligaciones asumidas por ambas partes.

Nada impide, pues, novar el pacto previamente suscrito en los términos previstos por el Código Civil en su Libro Cuarto cuando regula las obligaciones y contratos. De hecho, la relación que une a ambas partes ya no es la relación laboral sino la que surge de la extinción de la misma. En nada se modifica esta última situación con la novación del pacto, salvo que así lo determinen las partes. Si, una vez firmado el contrato de prejubilación y transcurrido un tiempo de desarrollo del mismo, las partes deciden modificar el mismo e incluso retomar la relación laboral extinguida, no existe objeción legal a la formalización de dicha relación en los términos que ambas partes consideren y con las consecuencias que determinen. No en vano, el art. 1203 Cc prevé la novación contractual cuando se modifiquen,

entre otros, el objeto o sus condiciones principales. Por tanto, que se suscriba un contrato de prejubilación como consecuencia de la extinción del contrato del trabajador y que se modifiquen los términos del mismo durante el período prejubilatorio no plantea, *a priori*, objeción legal alguna.

2. El problema surge entre la vinculación de esta decisión y la repercusión de la misma en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social. En el supuesto que nos ocupa y siguiendo los términos expresados en la sentencia que se comenta, las partes –empleador, representantes de los trabajadores y trabajador– pactan unas nuevas condiciones –permanecer hasta los 61 años abonando el convenio especial y no hasta los 60 como inicialmente había sido pactado– que influyen en el acceso a la jubilación anticipada puesto que, como consecuencia del nuevo pacto, al trabajador le corresponde una pensión de mayor cuantía por aplicación de un menor coeficiente reductor.

La falta de una regulación específica en esta situación impide a la Administración intervenir salvo cuando el trabajador solicita las prestaciones y/o pensiones derivadas de su prejubilación. Así, el Servicio Público de Empleo podrá determinar si cumple o no los requisitos previstos para acceder a la prestación por desempleo o, en su caso, al subsidio de prejubilación y el INSS será el encargado de revisar si se cumplen o no los requisitos para acceder a la jubilación, ordinaria o anticipada, del trabajador. En algunas ocasiones, ambas situaciones han estado vinculadas toda vez que el acceso al subsidio de prejubilación obligaba a solicitar una jubilación concreta, la anticipada. Dependencia inexistente en la actualidad pues el subsidio exige reunir todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a *"cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación"* (art. 215.3 LGSS).

Siendo esto así, sólo cabe revisar el cumplimiento de los requisitos por parte del trabajador para acceder a la jubilación anticipada en aplicación de la normativa vigente al solicitar la jubilación. Tanto en el momento en que se origina la jubilación anticipada del supuesto resuelto por el Tribunal Supremo como en la actualidad los condicionantes son los mismos aun cuando hayan sido modificados los requisitos. El trabajador deberá tener cumplida una edad, un período mínimo de cotización y justificar que se ha producido el cese en la relación laboral. Y, como en el resto de prestaciones y/o pensiones de la Seguridad Social, el momento que determina el acceso y las condiciones de acceso a la correspondiente pensión de jubilación es la producción del hecho causante.

En la pensión de jubilación el hecho causante requiere no sólo haber cesado en la relación laboral sino el cumplimiento de una edad determinada y de un período mínimo de cotización. Si hay cese y cotización pero no hay edad, no hay pensión. Si hay cese y edad pero no cotización, no hay pensión. Si hay cotización y edad pero no hay cese, podría haber pensión en casos excepcionales en virtud de las nuevas reglas de compatibilidad entre pensión y actividad laboral. Más si hubiera que priorizar estos tres elementos, el fundamental sería el de la edad. El cese, de hecho, ha podido producirse antes del cumplimiento de la edad, lo que no predetermina el acceso a la pensión. El período mínimo ha podido alcanzarse antes de solicitar la pensión, lo que no condiciona su concesión. Pero si no se ha cumplido la edad correspondiente, el acceso no procede.

Aplicando esta tesis a los supuestos de prejubilación, lo cierto es que cúando y cómo se produzca el cese del trabajador no puede condicionar, en términos generales y salvo

determinación legal en contrario, la decisión del INSS. Si empleador y trabajador deciden mantener su pacto de prejubilación hasta los 60 años y condicionan el mismo a la solicitud de la pensión de jubilación del trabajador a esa edad, ése será el momento en que el INSS pueda intervenir para valorar si se cumplen los requisitos para acceder la jubilación anticipada y los términos de concesión de la misma pero si empleador y trabajador deciden retrasar su acuerdo hasta el cumplimiento de los 61 años, la intervención del INSS se relegará a ese momento si bien con la misma finalidad de fijación de los términos de concesión de la pensión de jubilación correspondiente. Claro que acceder antes o después condiciona la cuantía de la pensión de jubilación pero en esa decisión el INSS no puede intervenir salvo que exista alguna causa legal que obligue al trabajador a acceder a la pensión de jubilación a una edad y no a otra.

Tanto en el supuesto que provoca esta reflexión como en la actualidad, la clave para justificar la decisión del INSS de aplicar un coeficiente reductor mayor por entender que el contrato de prejubilación inicial es el que alcanza validez siendo el contrato novado fraudulento, debería basarse en la posibilidad de que trabajadores mutualistas que cotizaron antes del 1 ene.67 accedan con un régimen propio, distinto al general. Pero, incluso siendo así en los términos ya expuestos, la solicitud del trabajador procederá a la edad que el mismo determine y en eso el INSS no puede incidir. Únicamente cabría plantear la intervención de las cláusulas de jubilación forzosa pactadas en la negociación colectiva, hoy prohibidas *ex* DA 10ª LET desde 2012 (DF 4ª Ley 3/12, 6 jul. BOE, 7), pero, en todo caso, su incumplimiento por parte del trabajador tendría consecuencias en sede laboral y no de Seguridad Social.

Para invalidar la eficacia del acuerdo novatorio, el INSS deberá probar la existencia de vicios en el consentimiento *ex* art. 1265 Cc, una actuación contraria a una norma imperativa (art. 6.3 Cc) o la existencia de fraude de ley (art 6.4 Cc, respectivamente). Una cosa es que exista una discrepancia interpretativa (extender a los mutualistas los posibles beneficios derivados de una norma prevista para otro supuesto, esto es, la polémica aplicación del art. 161 bis LGSS en situaciones reguladas por la DT 3ª LGSS expuesta) o una discordancia aplicativa (decidir sobre la aplicación de la legislación vigente en el momento de la extinción del contrato o en el de la solicitud de la pensión) y otra bien distinta es considerar la existencia de un fraude de ley. Para apreciar este último se exige realizar un acto que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento o contrario al mismo al amparo del texto de una norma, *ex* art. 6.4. Cc. Y de lo expuesto no cabe deducir tal intención en ningún caso, como bien subraya el Tribunal Supremo en la sentencia de referencia.

Procede, por tanto, admitir una vez más que, ante la ausencia de una regulación expresa de esta contingencia, los planes de prejubilación en el ámbito colectivo y el contrato de prejubilación en su dimensión individual establecen el régimen jurídico aplicable para este período transitorio entre la extinción del contrato del trabajador y su acceso a la jubilación denominado prejubilación.

F. **Jubilación. Emigrantes retornados**

Integración de lagunas de Trabajadora Inmigrante. A Propósito de la STSJ-Madrid de 3 de febrero de 2014
Gap integration of Social Security contributions of immigrant worker. Concerning the decision of the High Court of Madrid 3 february 2014

BORJA SUÁREZ CORUJO

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Resumen

El presente comentario analiza una sentencia reciente de Tribunal Superior de Justicia en torno al cálculo de la base reguladora de una pensión de jubilación y, en concreto, a la aplicación de un mecanismo como la integración de lagunas. Realiza algunas consideraciones generales sobre la importancia de este tipo de instrumentos.

Abstract

This analysis deals with a recent High Court's decision related to the formula used to determine the regulating base in retirement pensions, and specifically the gap integration mechanism. Some general remarks are made in order to underline the relevance of this sort of instruments.

Palabras clave

Integración de lagunas; Nivel contributivo; Trabajador migrante; Pensión de jubilación; Base reguladora

Keywords

Gap integration; Contributaryscheme; Migrantworket; Elements of Redistributions; Retirementmension; Regulating Base

1. APUNTES INTRODUCTORIOS: SOBRE LOS MECANISMOS REDISTRIBUTIVOS DENTRO DEL NIVEL CONTRIBUTIVO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

El sistema español de Seguridad Social responde a una lógica esencialmente contributiva. Es cierto que desde el año 1990 se articula formalmente a través de dos niveles que se identifican por la afirmación o negación de tal rasgo (contributivo y no contributivo). Pero la relevancia del primero es total, casi absoluta, por cuanto representa más del 96% del total de la acción protectora del sistema en su conjunto[1], de manera que la protección se hace depender no sólo de la previa formalización de una relación jurídica del beneficiario con la Seguridad Social, sino significativamente del esfuerzo contributivo –de las aportaciones de empresarios y trabajadores– realizado para el sostenimiento financiero del sistema. Ello significa que el ámbito "natural" de redistribución –de solidaridad pura, en sentido estricto–

[1] MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Presentación del Proyecto de Presupuestos Generales del Estado 2014* (Libro amarillo), Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, 2014, pp. 268 ss.

es muy limitado; de ahí la importancia de los mecanismos redistributivos propios del nivel contributivo en el equilibrio de la Seguridad Social caracterizada como función del Estado dirigida a la atención de las situaciones de necesidad superando el esquema asegurativo propio del ámbito privado[2].

Todas las grandes reformas del sistema de Seguridad Social que han tenido lugar en la etapa democrática–con la significativa excepción de la 'ruptura' que supone la Ley 23/2013[3]– se han dirigido siempre al reforzamiento del principio de contributividad de la acción protectora, esto es, a la consecución de una mayor proporcionalidad entre las cotizaciones realizadas y las prestaciones percibidas. Esta más estrecha vinculación a la trayectoria profesional refuerza la posición, los derechos, de aquellos trabajadores con carreras laborales (profesionales, por incluir también a los autónomos) más estables; pero hace más vulnerables a aquellos (más frecuentemente en femenino, aquellas) con trayectorias irregulares. Una proporcionalidad estricta entre las aportaciones previamente realizadas al sistema y las prestaciones generadas, en su caso, reduciría sensiblemente la cobertura recibida poniendo en riesgo la observancia del rasgo de suficiencia característico de nuestro sistema de prestaciones sociales por consagración constitucional (artículos 41 y 50 CE). Son, así pues, los mecanismos solidarios que dulcifican esa relación entre cotizaciones y prestaciones los que permiten preservar –de una forma discreta, casi silenciosa– la esencia del sistema público de Seguridad Social. La integración de lagunas es uno de estos instrumentos; su importancia en el acceso a una pensión de jubilación que toma como referencia crecientes periodos de referencia para el cálculo de su cuantía es capital.

2. LOS HECHOS ENJUICIADOS EN LA SENTENCIA

El comentario de la sentencia que aquí es objeto de análisis [sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 de febrero de 2014 (AS 680)] debe partir del relato de los antecedentes de hecho, pese a que en general resulta parco y algo impreciso. Haciendo un esfuerzo de reconstrucción, cabe señalar que se trata de una trabajadora española que acredita, cronológicamente, los siguientes periodos de cotización: 3.350 días cotizados (entre el 1 de marzo de 1965 y el 30 de junio de 1975) en Suiza; y el resto del tiempo cotizado en España, 1.332 días cotizados (entre el 4 de noviembre de 2001 y el 28 de junio de 2005) en el –entonces– Régimen Especial de Empleados de Hogar, 365 días cotizados en el Régimen General (entre el 6 de julio de 2005 y el 5 de julio de 2006) y 198 días cotizados (entre el 6 de julio de 2006 y el 19 de enero de 2007) en virtud de un convenio especial con la Seguridad Social. En enero de 2007 solicitó una pensión de jubilación anticipada que le fue reconocida "… en cuantía de 50% por años de cotización, un 60% por edad de la base reguladora de 178,72 euros, con efectos económicos de 20-1-07 y una 'prorrata temporis' a cargo de la Seguridad Social Española del 36,12%".

Cuatro años después, en febrero de 2011, la trabajadora manifestó su disconformidad con la cuantía de la pensión reconocida por entender, como motivo principal, que la

[2] Véanse, por todas, las SsTC 65/1987, 37/1994 o 239/2002.

[3] *De 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social*. Sobre el importantísimo impacto de esta reforma, consúltese la *Actualización del Programa de Estabilidad 2014-2017*, remitido por el Gobierno español a la Comisión Europea en mayo de este año.

determinación de la base reguladora debía producirse, conforme al artículo 162.1.2 LGSS, con la integración de lagunas en el periodo no cotizado entre el 1 de enero de 1992 y el 31 de octubre de 2001 –periodo no cotizado comprendido dentro de los quince años anteriores al mes previo al del hecho causante, en el caso concreto–. Y, así, tras la desestimación de la solicitud de revisión y de la correspondiente reclamación previa, presentó una demanda contra el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) que fue estimada parcialmente por el Juzgado de lo social número 3 de Ourense. Tal pronunciamiento fue recurrido en suplicación por las entidades demandadas dando lugar a la citada STSJ-Galicia de 23 de febrero de 2014 (AS 680) que a continuación se analiza.

3. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA PLANTEADA

I. Como consideración preliminar, cabe llamar la atención sobre la dimensión temporal de la controversia suscitada, en un triple sentido.

Por una parte, la reclamación inicial vinculada al reconocimiento de una pensión de jubilación tiene lugar en un momento anterior a la integración del Régimen Especial de Empleados (empleadas, mejor, dado el sesgo abrumadoramente femenino del colectivo) de Hogar como sistema especial dentro del Régimen General de la Seguridad Social, que no fue efectiva hasta 2012[4]. La diferente 'generosidad' de las acciones protectoras respectivas –del correspondiente al régimen especial de empleadas de hogar frente a la del régimen general– motiva la reclamación de la pensionista. Por eso, no está de más subrayar la enorme importancia, en términos de dignificación de las condiciones de trabajo, que ha supuesto para el colectivo doméstico su integración en el Régimen General.

Por otra, en un plano más técnico debe apuntarse lo siguiente. El Tribunal repara en que el hecho causante de la pensión de jubilación reconocida a la actora, y cuya cuantía se discute, tiene lugar en 2007 por mucho que sólo posteriormente –en febrero de 2011– se produzca la reclamación de revisión de la cuantía que origina el litigio. La identificación de la primera fecha como referencia efectiva supone que no va a resultar aplicable la previsión contenida en el artículo 53.1 del posterior *Reglamento (CE) 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social*[5], sino el artículo 45.1 del *Reglamento (CEE) 1408/71, del Consejo de 14 de Junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus*

[4] Recuérdese que la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General fue establecida, con efectos de 1 de enero de 2012, por las Disposiciones Adicionales39ª y 40ª de la *Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*.

[5] En virtud de este precepto, "…si la legislación nacional incluye normas para determinar la institución responsable o el régimen aplicable, o para la designación de los períodos de seguro a un régimen específico, estas normas se aplicarán teniendo en cuenta únicamente los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de ese Estado miembro". Evidentemente, ello supondría en este caso no tener en cuenta a estos efectos el periodo de cotización acumulado en Suiza.

familias que se desplazan dentro de la Comunidad[6] que era el vigente en el año 2007, momento en el que la trabajadora solicita el reconocimiento de la pensión de jubilación. Volveré más adelante sobre esta cuestión.

Aún habría una tercera cuestión temporal mencionable. La aplicación del mecanismo de integración de lagunas previsto en el artículo 162.1.2 LGSS es la correspondiente a la versión de este precepto vigente antes de su modificación por parte de la Ley 27/2011 y, posteriormente, de la Ley 3/2012[7]. Pero vayamos por partes.

Como se apuntaba el litigio versa sobre la interpretación y aplicación del mecanismo de integración de lagunas, planteándose dos aspectos dudosos.

II. El primero de ellos es resuelto, y estimado, por el Juzgado de lo Social de Ourense, primero, y esa solución es ratificada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia después. Tiene que ver con la determinación del régimen de referencia para el cálculo de la pensión inicial, en este caso para la aplicación del mecanismo de integración de lagunas. En relación con este específico asunto, el artículo 162.1.2 LGSS –en su versión anterior a 2011– preveía que tal integración debía producirse con la base mínima correspondiente[8] tratándose del Régimen General. Lo relevante en este punto es que tal previsión no era igualmente aplicable a los regímenes especiales conforme a la regulación común contenida en la Disposición Adicional 8ª LGSS que determina –lo hacía también entonces en idénticos términos a estos efectos– los preceptos del Título II, entre otros, que resultan aplicables a todos los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social. Ello nos remite, así pues, a lo previsto específicamente en la regulación propia de cada uno de ellos; con la particularidad de que la solución prevista en un régimen especial como el –ya extinto–de empleadas de hogar era

[6] "Cuando, en virtud de un régimen que no sea un régimen especial de acuerdo con los apartados 2 ó 3, la legislación de un Estado miembro subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de que hayan sido cumplidos determinados períodos de seguro o de residencia, la institución competente de dicho Estado miembro tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro o de residencia cumplidos de acuerdo con la legislación de cualquier otro Estado miembro, ya sea en un régimen general o especial aplicable a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia. Para ello, tendrá en cuenta dichos períodos como si se tratara de períodos cumplidos de acuerdo con la legislación que aplique". Téngase en cuenta, además, que el artículo 45.2 del mismo Reglamento 1408/71 establecía que "(e)l trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que haya estado sujeto sucesiva o alternativamente a las legislaciones de dos o más Estados miembros, y haya cumplido períodos de seguro únicamente en virtud de legislaciones según las cuales la cuantía de las prestaciones de invalidez sea independiente de la duración de los períodos de seguro, disfrutará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39.

[7] *De 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*. No está de más recordar que la regulación de 2011 vino a endurecer la configuración previa del mecanismo de integración de lagunas, si bien no llegó a entrar en vigor al ser desplazada por la, aún más dura, regulación contenida en la norma de 2012.

[8] La versión del artículo 162.1.2 LGSS vigente en 2007 señalaba lo siguiente: "Si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años". Y añadía que "(e)n los supuestos en que en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista sólo durante una parte del mismo, procederá la integración señalada en el párrafo anterior, por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada. En tal supuesto, la integración alcanzará hasta esta última cuantía".

claramente menos favorable que la del Régimen General[9], pues no se contempla la integración de lagunas.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que en el caso enjuiciado la trabajadora había cotizado tanto en el Régimen General como en el Régimen Especial de Empleadas de Hogar, debe resolverse cuál de las dos regulaciones resulta aplicable. Y para ello el criterio venía establecido por el artículo 26.2, c) del Decreto 2.346/1969, según el cual,"(c)uando el empleado de hogar o trabajador no hubiese reunido en ninguno de los regímenes, computadas separadamente las cotizaciones a ellos efectuadas, los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión, podrán sumarse a tal efecto las cotizaciones efectuadas a todos", añadiendo –esto es lo más relevante aquí– que "(e)n tal caso, la pensión se otorgará por el Régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones".

Si atendiéramos exclusivamente a las cotizaciones realizadas por la trabajadora en el sistema de Seguridad Social español, es evidente que el régimen de referencia para el cálculo de la pensión sería el especial de empleadas de hogar. Pero se da la circunstancia de que también trabajo y cotizó en Suiza, lo cual exige resolver qué tratamiento se ha de dar a esos años de cotización a efectos de aplicar la regla prevista en el mencionado artículo 26.2, c) del Decreto 2.346/1969. Para ello se hace necesario diferenciar dos planos.

Uno de ellos tiene que ver con la dimensión temporal de la controversia planteada en torno al valor que ha de darse a las cotizaciones acreditadas en otro país comunitario (Suiza, a estos efectos, lo es). Como ya se ha mencionado, actualmente el criterio para su resolución viene claramente establecido por el artículo 53.1 del Reglamento 987/2009, en virtud del cual, si la legislación nacional contiene normas para determinar cuál es el régimen aplicable "… estas normas se aplicarán teniendo en cuenta únicamente los periodos de seguro cumplidos bajo la legislación de ese Estado miembro".

Cabe entender del fragmentado relato de hechos que tal es el planteamiento defendido por el INSS y la TGSS, amparándose en que en el momento de la reclamación ya había entrado en vigor el citado Reglamento comunitario. Pero tanto la sentencia de instancia como la ahora comentada del Tribunal Superior de Justicia coinciden en apreciar que la norma aplicable no es ésa, sino el artículo 45.1 del antecedente de ese reglamento (Reglamento 1408/71), sin duda porque tal era la norma comunitaria vigente cuando se calcula inicialmente la pensión de la trabajadora.

Resuelta la cuestión temporal en el sentido de descartar la aplicación del Reglamento 987/2009, sólo queda determinar el criterio jurisprudencial aplicable en el marco normativo anterior. Así, pese a las dudas que podía suscitar la interpretación del artículo 45 del Reglamento 1408/71, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia trae a colación la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Supremo [señaladamente, la STS 25 de febrero de 2000 (rec. 1474/1999)[10]]. Dado que las cotizaciones realizadas por la trabajadora en Suiza lo fueron en condición de asalariada –al margen, por tanto, de cualquier otro régimen

[9] Véanse, en este sentido, los artículos 25, 32 y 34 del *Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico*.

[10] Véanse igualmente las SsTS 6 de octubre de 2004 (rec. 3504/2003) y 17 de febrero de 2010 (rec. 2127/2009).

especial[11]–, es pertinente invocar esa jurisprudencia, y en virtud de ella las cotizaciones efectuadas en la Seguridad Social de otro país comunitario (o asimilado, a estos efectos, como el caso suizo) se equipararan a las hechas en el Régimen General español. Acierta, por tanto, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en esta apreciación.

Interesa en este punto detenerse brevemente en la argumentación que sostiene la aplicación de este criterio jurisprudencial ya expresado por la STS 17 de febrero de 2010 (rec. 2127/2009) y que la sentencia comentada reproduce. Como es lógico, se invoca el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social[12] que deriva del reconocimiento de la libertad de circulación de los trabajadores[13]. En síntesis, este principio se traduce en que "… ningún trabajador se vea discriminado por el hecho de haber ejercido la libertad básica de circulación intracomunitaria…", de forma que tal discriminación "… se produciría si aquellas cotizaciones se valoraran de otra forma que no fuera como en el Régimen General y común español, cuando fueron hechas en el Régimen común francés, si se tiene en cuenta que el único que aparece como especial en el Reglamento (CEE) 1408/71".

Dicho lo cual, y más allá del asunto enjuiciado, no debe pasarse por alto el cambio que supone la nueva regulación introducida por el Reglamento 987/2009 que implica la superación del criterio jurisprudencial comentado y que, en la medida en que resulta más estricta, debilita en este punto ese principio de libre circulación de los trabajadores y la no discriminación en materia de Seguridad Social.

III. La segunda de las cuestiones dudosas abordadas –aunque de un modo seguramente superficial– por la sentencia comentada se refiere a un aspecto complementario de los criterios para el cálculo de la pensión. Se trata, en concreto, de la pertinencia o no de la aplicación de la denominada "doctrina del paréntesis". Y en este caso el motivo es desestimado por el Tribunal, acertando de nuevo.

Como cuestión previa, cabe lamentar la oscuridad de la sentencia en el planteamiento de la cuestión. En el texto queda finalmente claro cuál es el criterio por el que se desestima la pretensión de la actora, pero resulta menos evidente cuáles son los términos y los argumentos esgrimidos en la defensa de la pretensión.

[11] Tal parece como un aspecto clave a juzgar por las circunstancias enjuiciadas en los otros pronunciamientos, la STS 25 de febrero de 2000 (rec. 1474/1999) de forma destacada. Así es destacado por la STSJ de Galicia aunque con una alusión (¿equivocada?) al sistema alemán de Seguridad Social y a sus regímenes especiales.

[12] En torno a este principio, el propio TSJ de Galicia cita las conocidas SsTJCE 24 de septiembre de 1998, Comisión v. Francia (C-35/97), 22 de octubre de 1998, ONP v. Conti (C-143/97) y 25 de febrero de 1999, Ferreiro Alvite (C-320/95). Véase en idéntico sentido del mismo Tribunal: STSJ-Galicia 23 de marzo de 2013.

[13] Pese a que la sentencia cita el artículo 42 TCE (tras el Tratado de Ámsterdam), hoy el precepto vigente es el artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea "El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.

Pese a contar sólo con esa información parcial, puede deducirse que lo que la trabajadora plantea –sin éxito– es una aplicación de la citada doctrina del paréntesis para permitir ampliar el marco de referencia temporal hacia el pasado de forma que se incluyera un periodo de actividad profesional con la consiguiente cotización de la que derivarías unas mejores condiciones de acceso a la pensión de jubilación. En concreto, parece que se trata de excluir a efectos del cómputo de quince años en el cálculo de la base reguladora el periodo comprendido entre enero de 1992 y octubre de 2001, durante el cual no acredita ningún tipo de cotización. Excluido todo el tiempo sin obligación de cotizar, el periodo de referencia de quince años llegaría a abarcar parcialmente los años trabajados, y cotizados, en Suiza, lo que resultaría más beneficioso que computar ese tiempo a estos efectos por la base mínima correspondiente.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia rechaza la aplicación de la doctrina del paréntesis en un caso como el presente, validando el criterio utilizado por las entidades de la Seguridad Social para el cálculo de la pensión[14]. Sin grandes esfuerzos argumentativos, la sentencia no considera aplicable esa construcción jurisprudencial que ha sido configurada por el Tribunal Supremo de un modo menos laxo que el pretendido por la actora: en concreto, niega que nos encontremos en los supuestos en los que es posible "… hacer paréntesis en el cálculo de la base reguladora…" y que se circunscriben a situaciones de acceso a una pensión de "… incapacidad permanente precedida de invalidez provisional o prórroga de IT". Merece la pena detenerse en esta cuestión.

Aunque la sentencia comentada no contiene ninguna referencia jurisprudencial, resulta oportuno traer a colación, a modo de ilustración, la STS 16 de mayo de 2012 (rec.1904/2011) en la que se resumen los principales criterios delimitadores de la aplicación de esta doctrina.

Para empezar es importante diferenciar la aplicación de esta "doctrina del paréntesis" a efectos del cumplimiento del periodo de carencia de su uso en el ámbito que aquí más interesa, el del cálculo de la base reguladora. Es bien sabido que este criterio atemperador de la exigencia propia de la acción protectora contributiva es mucho más restrictiva en el segundo caso –lo que está en juego es la generosidad de la pensión– que en el primero –donde lo amenazado es la propia protección o, si se prefiere, donde existe un riesgo cierto de desprotección total–.

Pero, además, hay que hacer notar que la aplicación de la doctrina del paréntesis (a efectos del cálculo de la base reguladora) también varía sensiblemente en función de la modalidad de pensión de que se trate[15].

Así, con algunas idas y venidas[16], el único ámbito en el que la doctrina comentada ha tenido algún recorrido es el de la pensión de incapacidad permanente. Y siempre de un modo

[14] En este caso, el periodo de quince años de referencia para el cálculo de la pensión se extiende desde enero de 1992 a diciembre de 2006, con la particularidad de que los primeros nueve años y diez meses no hubo cotización por lo que hubo que integrar ese periodo con las correspondientes bases mínimas, tal como hemos visto.

[15] Véase el análisis de los dos ámbitos en la magnífica monografía de ARAGÓN GÓMEZ, C. (*La prestación contributiva de Seguridad Social*, Thomson Reuters-Lex Nova, Valladolid, 2013, pp. 253 ss. y 484 ss.).

restrictivo, pues, como recuerda la propia STSJ-Galicia 3 de febrero de 2014, sólo resulta aplicable a las situaciones de incapacidad temporal prolongadas previas al acceso a la pensión: lo que en diversos momentos se ha identificado como situaciones de invalidez provisional y prórroga extraordinaria de la incapacidad temporal[17]. La desvinculación de los supuestos de paro (in)voluntario es, pues, evidente.

El criterio es igualmente restrictivo cuando se trata de las pensiones de muerte y supervivencia, en particular la de viudedad, con la particularidad de que en este caso la (anacrónica) regulación normativa es fundamentalmente el Decreto 1646/1972[18] y que aquí no se aplica el mecanismo de integración de lagunas.

Por fin, la regla general respecto de la pensión de jubilación es que, en la misma línea restrictiva, no cabe la aplicación de la doctrina del paréntesis a efectos del cálculo de la base reguladora. Como se apuntaba, tal es la respuesta acertadamente ofrecida por el Tribunal Superior de Justicia en el caso aquí enjuiciado. Y la razón de este criterio jurisprudencial –que la citada STS 16 de mayo de 2012 hace explícito[19]– es que la regulación normativa ya contempla expresamente un mecanismo dirigido a atemperar la dureza de las exigencias propias del nivel contributivo que es, justamente, la integración de lagunas.

Por eso cabe deducir que si el Tribunal Supremo admite excepcionalmente la aplicación de esta doctrina en supuestos en los que también se produce la integración de lagunas es por la gravedad –y necesidad– de las situaciones protegidas: no es lo mismo la necesidad de protección de un jubilado que de una persona con una incapacidad permanente. Seguramente por ello el único caso[20] en el que, como excepción, se ha reconocido la aplicación de la doctrina del paréntesis en el cálculo de la base reguladora de una pensión de jubilación afecta a situaciones en las que el acceso viene precedido de una invalidez provisional.

---

[16] Véase: LÓPEZ GANDÍA, J. "La aplicación de la teoría del paréntesis y la integración de lagunas tras la ley de medidas específicas de Seguridad Social (Ley 52/2003, de 10 de diciembre)", *Actualidad Laboral*, nº 11, 2004, pp. 1309 ss.

[17] Como señala la STS 16 de mayo de 2012 (rec. 1904/2011), reiterando el criterio establecido, entre otras muchas, por la STS 7 de febrero de 2000 y 16 de septiembre de 2004, "… el paréntesis en cuanto eliminación de un periodo de cómputo, que se sustituye por otro anterior, queda referido exclusivamente a la situación de invalidez provisional y, en su caso, a las prórrogas del art. 131 bis 2 de la Ley General de la Seguridad Social , en el marco de un problema técnico de ordenación de la protección y de interpretación en el contexto legal de un término en sí mismo equívoco -el de hecho causante-, que ha tenido también que ser precisado a otros efectos' pero 'esta doctrina no puede extenderse a otros supuestos diferentes, que ya no reflejan un problema general de la articulación de la protección, ni se relacionan con la interpretación de una expresión legal equívoca, sino que ponen de relieve incidencias diversas en la situación de empleo del beneficiario".

[18] *De 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social*.

[19] Véase también la STS 10 de febrero de 2009 (rec. 446/2006).

[20] En verdad, y como recuerda con buen criterio ARAGÓN GÓMEZ, hay una segunda excepción que tiene que ver con el tránsito de la jubilación parcial a la jubilación plena en aquellos supuestos en los que no se haya simultaneado la percepción de la pensión con la suscripción de un contrato de relevo (*La prestación…, op. cit.*, p. 487).

4. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Junto a las consideraciones específicas realizadas a lo largo del comentario, esta sentencia sirve para llamar la atención sobre dos aspectos que a menudo pasan desapercibidos y que son importantes para comprender los desafíos y reformas que nuestro sistema de Seguridad Social habrá de afrontar en los próximos años ante el envejecimiento de la población.

En primer lugar, se observa que en gran medida las principales modificaciones de calado introducidas por las sucesivas reformas en la regulación del sistema de Seguridad Social afectan directamente al modo de cálculo de las pensiones y, en concreto, a sus distintas variables: sea la determinación de la base reguladora (cada vez más vinculada a la trayectoria profesional), el tipo o porcentaje aplicable (condicionado por la edad –al alza– y por el número de año de cotización previa –un incremento importante–) o el (futuro) nuevo factor de sostenibilidad, llamado a actuar como coeficiente reductor de la cuantía de la pensión.

Sin perjuicio de la necesidad de introducir en el debate acerca de las reformas futuras otro tipo de cuestiones –señaladamente, fuentes alternativas de financiación a través de impuestos generales–, hay que insistir, en segundo lugar, en la relevancia del papel desempeñado por los mecanismos redistributivos propios del nivel contributivo de la Seguridad Social (integración de lagunas, complementos de mínimos, indexación de las bases de cotización en el cálculo de la base reguladora,…). Podría decirse que la legitimidad de los cambios dirigidos a reforzar la proporcionalidad entre cotizaciones y prestaciones depende en gran medida de la entidad de este tipo de instrumentos correctores. Por eso se ha de resaltar su trascendencia como herramienta de impulso de una mejor adecuación del sistema frente a los embates de una mal entendida sostenibilidad.

G. **Desempleo**

El pago único de la prestación por desempleo en el contexto de las políticas de activación
The whole amount payment of the unemployment benefit in the framework of activation policies

JAIME CABEZA PEREIRO
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE VIGO

Resumen

Los programas de activación de la prestación por desempleo no han tenido demasiado éxito en nuestro sistema de Seguridad Social. De entre ellos, el de pago único ha sido el más desarrollado. De hecho, algunas reformas recientes han ampliado sus objetivos y el colectivo de potenciales beneficiarios del mismo. Sin embargo, algunas normas que lo regulan han sido interpretadas con excesivo rigor por parte del Servicio Público de Empleo Estatal. Indudablemente, su eficacia depende de que se apliquen con suficiente flexibilidad y atendiendo a los objetivos que persiguen. Por desgracia, algunas sentencias, como la que se comenta en estas páginas, aplican con excesiva amplitud la doctrina del fraude de ley, en unos términos que no invitan a los desempleados a asumir riesgos. Aunque hay pronunciamientos judiciales que elaboran doctrinas más adecuadas y mejor orientadas.

Abstract

The unemployment benefit activation programs haven't had too much success in our Social Security system. Among them, the whole amount payment has been the most developed one. In fact, some recent reforms have widened its targets and its potential addressees collective. However, some of its regulations have been understood with excessive strictness by the Public State Unemployment Service. Without any margin of doubt, its effectiveness depends on the flexibility in the application of those regulations and on the attendance of the purposes pursued. Unfortunately some resolutions like the one commented in the following pages apply too broadly the *fraus legum* doctrine, in terms which doesn't encourage unemployed people to assume risks. Nevertheless there are some resolutions that build more accurate and better guided doctrines.

Palabras clave

Desempleo; Activación; Empleabilidad; Prestación; Flexibilidad

Keywords

Unemployment; Activation; Employability; Benefit; Flexibility

1. INTRODUCCIÓN

El programa regulado en el RD 1044/1985, de 19 junio ha sido, a lo largo de sus vicisitudes, el más importante de los que, actualmente, se regulan en el art. 228 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social. No se trata en estas páginas de relatar todos los avatares normativos por los que ha transitado, sino de poner de manifiesto, a la luz del comentario de una sentencia concreta, que las exigencias formales y los límites materiales de que ha sido rodeado, en particular a partir de la importante reforma introducida por Ley 45/2002, de 12 diciembre, han resultado bastante contraproducentes, en términos de su eficiencia. Como lo han sido ciertas actuaciones administrativas muy sensible a posibles ánimos defraudatorios de los desempleados. En respuesta a no pocos excesos aplicativos por

parte del Servicio Público de Empleo Estatal, algunas sentencias se han pronunciado en términos más finalistas y razonables. Pero otras, como sucede con la que se pasa a comentar[1], referida a unos hechos sucedidos unos días antes de la entrada en vigor del RD-ley 3/2012, aplican con sumo rigor la figura del fraude de ley, en unos términos que desde luego afectan la eficacia del programa de pago único. Las fechas no tienen sino un valor referencial, pero ponen de relieve los constantes cambios de un programa en permanente adaptación.

Los hechos aludían a una trabajadora desempleada que solicitó percibir la parte de la prestación pendiente de percibir en la modalidad de pago único para realizar la correspondiente inversión en una sociedad cooperativa. Habiéndosele concedido dicha modalidad de cobro, se le requirió para que aportase justificante del pago de la factura por el monto total de la misma, lo que efectuó, pero por una cantidad inferior, a través de un recibo expedido por una entidad mercantil de la que era administradora única una sobrina de la demandante. Lo cual produce que se abra trámite de devolución de los importes y se abran las actuaciones judiciales ulteriores.

La sentencia produce cierta confusión en torno a los hechos concretos, parte de ellos relatados en la fundamentación jurídica. En apariencia, la demandante y después recurrida en suplicación ostentaba un 48 por 100 de participación en la entidad de nueva creación, en tanto que el otro 52 por 100 era titularidad de otro socio, el cual había asimismo solicitado el pago único de la prestación. Habían ambos realizado una compra de diversa maquinaria a una empresa, que había expedido una factura por un valor de algo más de 47 mil euros. Pero sin que ninguno de los socios hubiese acreditado suficientemente el abono efectivo de dicha cantidad más allá de una justificación parcial en la que no figuraba ni el nombre ni el sello identificativo de la empresa proveedora. Por lo demás, en el local que constituía domicilio social de la entidad de economía social conformada a partir de sendas situaciones legales de desempleo también se ubicaba otra empresa de la que era administradora única la propia sobrina de la trabajadora demandante y recurrida.

Es interesante tener en cuenta que, frente a la resolución del Servicio Público de Empleo Estatal –SPEE– desestimatoria del oportuno recurso de alzada, la trabajadora obtuvo sentencia estimatoria en la instancia. Es decir, el órgano *a quo* entendió que no se había producido fraude de ley en la utilización de la cantidad capitalizada como aportación a la sociedad cooperativa. Es en el recurso de suplicación cuando el organismo autónomo consigue sentencia que confirma sus resoluciones administrativas. Dicho en otros términos, el juez que tuvo acceso a la prueba con mayor inmediación no estimó que hubiese concurrido una situación de fraude de ley, sino que ésta fue apreciada con el solo soporte de la prueba documental, por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia competente.

Por lo demás, y con cita y reproducción literal de precedentes judiciales del propio Tribunal, la sentencia realiza un excurso totalmente superfluo a los efectos del caso por su doctrina acerca de este programa de activación de la prestación por desempleo. Doctrina que es algo más adecuada y acertada que un pronunciamiento sobre el que más adelante va a formularse la oportuna crítica.

[1] Se trata de una STSJ DE Castilla y León/Burgos de 13 febrero 2014 (sentencia nº 70/2014).

2. UN APUNTE DE DINÁMICA NORMATIVA, CON COMENTARIO VALORATIVO

En los últimos años el programa de pago único se ha modificado en repetidas ocasiones a golpe de ensayo y error. No es éste el lugar para abordar una tarea exhaustiva de cambios normativos, que sería algo ociosa. Baste decir que ha habido una doble tendencia, la primera de ellas de mayor exigencia reglamentista y mayores formalismos, que merecería ser objeto de una severa crítica[2] y otra, de ampliación del programa, ya orientándola con más flexibilidad a colectivos específicos –fundamentalmente, desempleados con discapacidades o jóvenes–, ya destinándola a objetos más amplios, en el ámbito del trabajo autónomo o incluso de las sociedades de capital. La Ley 45/2012, de 12 diciembre, introdujo una disposición transitoria cuarta, a la que se daba materialmente rango reglamentario al prever, sin ningún límite material ni temporal, que el Gobierno pudiese modificarla. Así se sucedieron reformas de la misma, que se introdujeron, sin ningún criterio aparente, mediante Real Decreto o mediante norma legal.

Sin retrotraerse más en el tiempo, debe destacarse que la reforma de 2012 modificó en su disposición final decimotercera la regla 3ª del apartado 1, con dos objetivos: de una parte, incrementar el porcentaje del importe de la prestación pendiente de recibir que puede percibirse destinándola a la inversión necesaria para el desarrollo de la actividad –del 40 al 60 por 100–. De otra, admitir que se destine a la referida inversión la totalidad de dicho importe en el caso de trabajadores de menos de treinta años de edad o trabajadoras de menos de treinta y cinco años. Es decir, se trataba de flexibilizar ciertos límites para el supuesto de emprendimiento de una actividad autónoma, en coherencia con todo un haz de normativa de fomento del autoempleo, pero ya con una clara orientación hacia los desempleados jóvenes, como franja de edad especialmente castigada por el problema del desempleo.

Posteriormente, la Ley 11/2013, de 26 julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo –precedida del homónimo RD-ley 4/2013, de 22 febrero– introdujo en su art. 4 una modificación más de importancia en la disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, con otro doble objeto: en primer lugar, permitir que las personas desempleadas perceptoras de la prestación menores de treinta años dediquen hasta el 100 por 100 de su prestación a realizar una aportación social a una sociedad mercantil –ya no necesariamente de economía social– de nueva constitución o constituida en un plazo no mayor a doce meses antes de la aportación, con la condición de que desarrollen en ella una actividad profesional por cuenta propia o por cuenta ajena –ésta de carácter indefinido, y con la condición de que se mantenga durante al menos 18 meses– en la misma, con independencia del régimen de Seguridad Social en el que se integren. En segundo, prever que ese mismo colectivo de desempleados jóvenes pueda dedicar la capitalización a los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de una entidad –cualquiera que ésta sea–, así como pago de tasas y precios de servicios de asesoramiento, formación e información relativos a la actividad que se vaya a emprender. Debe destacarse

[2] Una descripción bastante completa y adecuada en su momento en Álvarez Cortés, J.C. y Plaza Angulo, J.J., "Subrogación empresarial de un trabajador autónomo y prestación por desempleo en pago único", *Temas Laborales*, nº 104, 2010, pp. 287 ss.

que en este segundo caso no se exige que el desempleado desarrolle una actividad profesional en el seno de la entidad de nueva creación.

En esta reforma de 2013 se han removido ciertas barreras que hasta entonces habían constituido líneas infranqueables desde la aparición del programa en 2013: primero, se ha permitido que el pago único se afecte a la constitución de sociedades de capital, sin que se necesariamente haya de destinarse a entidades de economía social o al desarrollo de una actividad profesional autónoma. Y segundo, se ha admitido incluso que el beneficiario de la prestación no se dedique profesionalmente a la entidad de nueva creación, cualquiera que ésta sea. Desde otro punto de vista, se ha abundado en la orientación de destinar este programa a los desempleados menores de treinta años.

Este pequeño conjunto de cambios merece una valoración matizada. En primer lugar, no cabe duda de que implican cierto grado de enmienda al planteamiento que se había hecho en el año 2002, en el que se habían establecido rigurosos límites porcentuales y finalísticos al programa. Asimismo, debe reconocerse que se ha flexibilizado en gran medida un perfil del programa tradicionalmente puesto en entredicho, como es el desarrollo de una actividad autónoma. En la misma línea, se ha abierto el campo de aplicación del pago único a objetivos inéditos, como el desarrollo de una actividad profesional en una sociedad de capital o la constitución de una entidad empresarial. Pero se ha establecido una limitación de edad que resulta cuestionable. Lo es, sin duda alguna, que se diferencie a unos efectos sí y a otros no la edad de la persona desempleada en función de su sexo, cuando claramente el diferencial de desempleo y de tasa de ocupación masculina y femenina repunta con el tímido comienzo de la recuperación de las tasas de empleo. Es decir, procedería insistir siempre en medidas de acción positiva en favor del sexo menos representado en el mercado de trabajo. Más discutible aún resulta la introducción de medidas específicas destinadas a la franja de edad de desempleados jóvenes, desde luego condicionada por la situación calamitosa de empleo de los mismos y por la puesta en marcha del programa de garantía juvenil. Con todo, es criticable que tales argumentos produzcan, en la práctica, una discriminación negativa de los desempleados mayores, que no pueden acceder a ciertos contenidos del programa por razones no del todo justificadas. En definitiva, el programa tiene que ser eficaz, sin que se adivine por qué ciertos aspectos del mismo van a ser ineficaces cuando se trate de personas que hayan alcanzado los treinta o los treinta y cinco años. No parece la fórmula más razonable de promover el empleo juvenil la de poner trabas a los desempleados que no deban considerarse jóvenes.

Pero, más allá de estas consideraciones, claramente el programa de pago único, como los demás esbozados en el art. 228 de la Ley General de Seguridad Social y alguno más no incluido en el mismo, se enmarcan en el contexto de las técnicas de activación de la protección por desempleo, con engarce directo en la Estrategia Europea para el Empleo y, más en particular en los paradigmas que preconiza la OCDE[3]. Lo cual conduce a la cuestión de la eficacia que están prestando al retorno al mercado de trabajo de las personas que se quedan sin empleo y a las disfunciones que existen para que no cumplan esta finalidad, o no

[3] Sobre ellos, CABEZA PEREIRO, J., "La adecuación de la prestación por desempleo", *Revista española de Desarrollo y Cooperación*, nº 34, 2014, págs. 61 ss.

la cumplan en la medida en la que sería deseable[4]. Ésa es la pregunta clave, que, en términos de política normativa, debía traducirse en buscar una protección por desempleo más *employment friendly* sin que esta orientación deba significar un deterioro de la calidad de la protección, ni de su esencia básica de prestación del sistema de Seguridad Social.

En este contexto, es claro que el Título III de la LGSS necesitaría una profunda revisión, para intentar identificar las trampas que contiene y que producen que al beneficiario de la protección le resulte contraproducente aceptar un empleo o buscarlo activamente, o decantarse por el autoempleo. Y, con el mismo objetivo de activación, habría que mejorar los programas para hacerlos más eficaces. No es sostenible actualmente que la protección por desempleo genere paro, como defendían los economistas liberales clásicos y han vuelto a defender a partir de las elaboraciones teóricas de M. FRIEDMAN[5]. Más bien habría que preguntarse por la estructura de la prestación y sobre sus equilibrios en relación con las políticas activas de empleo, con la consideración adicional de que, en el análisis de su eficiencia, hay que tener sobre todo en cuenta su calidad protectora y su equidad en términos de justicia social. Pero ello no es óbice para reconocer no pocos desajustes y contradicciones en nuestro sistema de protección por paro, que requeriría una transformación intensa, no un continuo parcheo por entregas, que es la realidad a la que nos somete el legislador, casi siempre por la vía de urgencia.

Este es el prisma adecuado que habría que tener en cuenta, también en el análisis del programa del pago único y, por supuesto, en el enjuiciamiento de los casos en los que se plantea la posible concurrencia del fraude de ley. Una perspectiva que debería tener muy en cuenta el Servicio Público de Empleo Estatal y también los órganos de la jurisdicción social. No se trata, desde luego, de mostrar condescendencia con las prácticas fraudulentas, pero sí de adoptar un punto de vista analítico que no produzca mayores miedos y reparos entre los potenciales usuarios del programa ni los disuada de acogerse a fin de no asumir riesgos excesivos.

Y, en relación con la antedicha tendencia de flexibilizar el pago único para el desarrollo de una actividad profesional, sería necesario un análisis sosegado sobre la conveniencia de promocionar el autoempleo. No cabe duda de que ha sido una de las líneas políticas más claramente identificadas del Gobierno a la sazón ejerciente. Pero habría que expresar grandes dudas sobre su oportunidad, en el contexto de su eficacia y de su eficiencia reales. La expectativa de una sociedad de profesionales por cuenta propia no parece la más razonable en términos de futuro a medio plazo, en un mercado de trabajo con ciertas patologías fáciles de identificar, la primera de las cuales es, evidentemente, la falta de empresas de cierta dimensión. Es verdad que la propia esencia de la capitalización se orienta, más bien, hacia entidades de muy reducida dimensión, pero de entre ellas parece más oportuno decantarse por las que revistan la forma societaria, ya sea dentro o fuera del contexto de la economía social. Máxime, cuando se trata de perceptores de prestaciones por

[4] Una reflexión más amplia al respecto en CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, Mª.A., *La Estrategia Europea para el Empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, Madrid, MTIN, 2010, págs. 141 ss.

[5] CABEZA PEREIRO, J., "La adecuación…", *passim*.

desempleo, esto es, personas con dificultades evidentes para construir robustas carreras profesionales y con una posición débil ante el mercado de trabajo.

3. EL OBITER DICTA DE LA SENTENCIA: SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA DEL PAGO ÚNICO

Probablemente como contrapeso al fallo desfavorable que va a emitir, la Sala recurre a un pronunciamiento anterior, que reproduce en su literalidad con una extensión injustificada a los efectos del fallo, pero que contiene unos criterios interpretativos razonables sobre los cuales nada hay que comentar, más que parafrasearlos y mostrar la total conformidad con ellos.

El primero de ellos hace referencia a la literalidad del RD 1044/1985, de la cual podría deducirse que la constitución de la empresa de economía social, así como el alta de los trabajadores en la Seguridad Social debieran ser ambas posteriores a la solicitud del pago único. Ahora bien, una interpretación razonable de la norma en la clave de las finalidades que persigue necesariamente conduce a una hermenéutica distinta. Como ya se ha expresado, pretende ser un estímulo para que los trabajadores desempleados, en lugar de permanecer inactivos a la espera de una oferta de colocación adecuada, con la pérdida consiguiente de sus capacidades profesionales, opten por crear cooperativas de producción o sociedades laborales, o incluso por potenciar las ya existentes.

A fin de cuentas, la opción por integrar estas entidades constituye una decisión que implica un importante grado de riesgo personal, máxime si se tiene en cuenta que las personas desempleadas no suelen tener una formación específica relativa a la constitución y gestión de empresas. El eventual fracaso de la actividad les arrostraría un fuerte coste personal e incluso patrimonial, en términos de un intenso desamparo económico. Es decir, unas cautelas excesivamente reglamentistas y condicionantes de la propia viabilidad de la actividad emprendida con el pago único supondría a la postre una cortapisa exagerada y un argumento muy fuerte para que las personas en situación de desempleo optasen por no asumir costes y riesgos innecesarios y por unas posturas mucho más conservadoras de sus derechos pasivos.

Por otra parte, hay un argumento decisivo que no debe ocultarse. Se trata de que las exigencias se proyectan sobre desempleados que tienen derecho a la prestación y que solicitan, adicionalmente, la capitalización de la misma. Es decir, no se cuestiona si corresponde o no el derecho, sino simplemente su modalidad de abono. Ésta podría no corresponder en la modalidad pretendida por el solicitante, pero no deja de ser una cuestión accesoria a la propia entidad del derecho a la cobertura económica del paro forzoso en sí misma considerada. Se trata de un argumento muy interesante, que bien podía haber tenido en cuenta la sentencia a la hora de valorar la concurrencia del fraude de ley. Cosa, que sorpresivamente no hace, o no al menos en grado suficiente.

Todas estas consideraciones imponen una aplicación de las normas sobre el pago único que trasciendan su puro tenor literal, pues tal tenor constituiría un en exceso estrecho punto de vista. A fin de cuentas, la prestación no es indebida por haber sido obtenida en fraude de ley o mediante abuso de derecho, ni se han dejado de reunir los requisitos para obtenerla.

A este respecto habría que interpolar la paráfrasis y formular un doble comentario crítico, por más que no rompa el hilo argumentativo: de una parte, cabe insistir, esta misma sensibilidad habría de proyectarse en torno a la apreciación del fraude de ley en la propia tramitación del pago único. Parece poco plausible extremar el rigor cuando se trata de valorar ésta si se admite que no ha habido fraude en el acceso a la prestación. Es cierto que ambas cuestiones son hasta cierto punto autónomas, pero no en grado suficiente. El fraude, en realidad, afecta a la modalidad de cobro y a ciertos aspectos de compatibilidad a los que se pasa a hacer referencia. En efecto –y ésta es la segunda parte del comentario–, una vez que entren en juego las reglas sobre compatibilidad e incompatibilidad de la prestación, es verdad que ésta no puede simultanearse con el desarrollo de una actividad por cuenta propia o ajena. Dicho en otras palabras, una vez iniciada la referida actividad, dejan de reunirse los requisitos de mantenimiento del derecho a la cobertura del desempleo, tal y como están configurados en el Tít. III de la LGSS y normativa de desarrollo. Por consiguiente, es cierto que el comportamiento fraudulento del solicitante de la capitalización tiene una entidad relevante en cuanto a la percepción de cantidades de Seguridad Social. Tal es, en realidad, la esencia del problema.

Con todo, precisamente ahí radica el reto de la activación de las personas desempleadas. Si la actividad de comprobación y gestión de este programa se vuelve excesivamente puntillosa, es obvio que el programa decae en su efectividad, las posibilidades de activación de las personas desempleadas se aminoran y, en definitiva, la prestación se vuelve menos *employment-friendly*.

El segundo criterio al que apela el Tribunal tiene que ver con una interpretación sistemática del RD 1044/1985. Expone que no considera causa de devolución de la prestación la circunstancia de que el alta en la Seguridad Social sea anterior a la solicitud de la prestación, como tampoco la ordena en el caso de que el inicio de la actividad se demore más allá del plazo que establece el art. 4.1. La única causa que establece expresamente para que proceda dicha devolución consiste en que se haya acreditado la utilización desviada de la cantidad percibida en pago único o, más en general, "*la no afectación de la cantidad percibida a la realización de la actividad para la que se haya concedido*", como expresa el art. 7.1 de la norma. Lo cual es lógico, porque o bien se prueba que las cantidades han sido mal empleadas, para otras finalidades distintas, lo que es prueba evidente del fraude de ley, o simplemente no se han destinado a la actividad profesional que se ha iniciado o a la entidad que cobija esta actividad. En todo caso, se habrían percibido unas cantidades que coincidirían teóricamente en su devengo con un período de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, lo cual no es posible en la estructura normativa de la prestación por desempleo, a salvo de unos casos excepcionales y expresamente previstos.

Así estructurado el Real Decreto, la doctrina repasada en esta sentencia extrae dos conclusiones: la primera, que la norma se ha cuidado de no establecer sanciones demasiado gravosas para las irregularidades distintas de la no afectación de las cantidades a la actividad para la que se hubieran solicitado. Incluso en el caso del retraso en la inversión se ha cuidado de no imponer la devolución de cantidades, de tal modo que el no haberse realizado en el plazo previsto no puede actuar sino como presunción *iuris tantum* en contra del trabajador, pero nunca como situación determinante de que procede aquélla. La segunda que el art. 7 del Real Decreto, como norma sancionadora que es, debe ser objeto de una interpretación restrictiva, que no puede extenderse a supuestos distintos de los contenidos en ella. Por lo

tanto, circunstancias tales como que la entidad de economía social estuviese constituida antes de la situación legal de desempleo no tienen relevancia a los efectos de considerarse indebida la percepción de la prestación. Sí lo sería, evidentemente y en virtud de las reglas de incompatibilidad de ésta con el trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, que la actividad profesional o el alta en la Seguridad Social derivadas de la misma se hubiesen producido con carácter previo a dicha situación legal de desempleo. Es decir, cualquier actividad iniciada posteriormente a que se devengara la prestación desempleo quedaría albergada por el programa del pago único.

Otra vez hay que apelar a la inconsistencia de la sentencia, al reproducir este criterio y luego interpretar en términos estrictos y agigantados el fraude de ley en un caso en el que se había acreditado de forma totalmente verosímil no solo que la empresa cooperativa se había constituido, sino que la cantidad capitalizada para la inversión en la misma había sido efectivamente desembolsada, por más que la documentación de este desembolso hubiera sido defectuosa y se hubiese producido con la mediación de una persona relacionada familiarmente con la actora. Es decir, a través del recurso al fraude de ley el Tribunal amplifica excesivamente el ámbito de aplicación de una norma sancionadora prevista para otros fines.

El tercer criterio constituye, en realidad, un desarrollo de los dos anteriores. Contempla y admite la posibilidad de que ciertas actividades preparatorias se produzcan incluso con anterioridad a que se perfeccione la situación legal de desempleo. Actividades tales como la constitución y registro de la cooperativa o de la sociedad laboral pueden coincidir con el despido o con la tramitación de un expediente de despido colectivo. Es razonable e incluso recomendable en no pocas ocasiones que suceda esta secuencia temporal, vista la situación por la que atraviesan las perspectivas de empleo en una empresa. No debe exigirse a unos trabajadores diligentes que, ante el curso de los acontecimientos, permanezcan pasivos a la espera de que suceda un acontecimiento muy previsible o seguro e inminente en la práctica, como puede ser un despido, para con posterioridad al mismo iniciar los trámites constitutivos de la entidad. En particular, en situaciones en las que la crisis de la empresa que da empleo a los trabajadores afectados se resuelve mediante la constitución de una entidad de economía social que mantiene en todo o en parte el empleo existente, esta sucesión de empresa requiere una serie de actos preparatorios cuyo comienzo no parece razonable retrasar hasta después de producidos los despidos con el argumento de que, en otro caso, no sería posible percibir el desempleo en pago único. Retrasar tales gestiones puede producir no pocas consecuencias negativas, entre las cuales una no menor sería la de dificultar la adhesión al proyecto de trabajadores que han sido despedidos antes de que se concrete la constitución de la nueva empresa que ha de procurarles ocupación.

En síntesis, la interpretación que esta línea de doctrina realiza de las exigencias y límites del art. 228 LGSS, de la disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002 y del RD 1044/1985 es la más favorable para facilitar la viabilidad del pago único y para remover las dificultades que puedan disuadir a las personas desempleadas de acogerse a este programa. Se trata de evitar una aplicación especialmente rigurosa que induzca a no asumir riesgos y permanecer percibiendo periódicamente la prestación por desempleo.

4. EL FRAUDE DE LEY

La misma doctrina enuncia una serie de circunstancias que pueden constituir indicios de fraude de ley, centrados básicamente en que la inversión proyectada o realizada resulten manifiestamente insuficientes o en que el anterior empresario sea, a la postre, el beneficiario del pago único a través de procedimientos directos o indirectos. Ahora bien, en un contexto en el que se reafirma la doctrina general de que el fraude no se presume, sino que debe probarse, a cuyo fin la prueba de indicios constituye el mecanismo probatorio preeminente.

Argumentando en torno a esta cuestión, la sentencia da repaso a una frondosa doctrina judicial que insiste en dos aspectos fundamentales: de una parte, que la carga de la prueba le incumbe al organismo gestor de la prestación por desempleo, de tal manera que al beneficiario del pago único no le corresponde probar que ha actuado correctamente. De otra, que son los órganos de instancia o suplicación los que con más criterio pueden valorar los hechos para concluir que se ha producido un comportamiento fraudulento, sin que le pueda caber un papel relevante al órgano de casación. Habría que matizar que, a este respecto, el principio de inmediación en la valoración de la prueba resulta crucial, de tal forma que serán más bien los Juzgados de lo Social y no tanto las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia los que con mejor criterio valorarán la existencia de conductas fraudulentas.

Ahora bien, a partir de estos criterios generales, en línea de principio restrictivos de que pueda apreciarse una conducta fraudulenta, la sentencia da un giro argumentativo y recuerda que la prueba puede realizarse a través de mecanismos directos o indirectos. Y sobre estos últimos, la de presunciones desempeña un papel protagonista. Nuevamente con cita de profusa jurisprudencia, recuerda la distinción entre una teoría subjetiva –centrada en la intención defraudatoria del agente– y una teoría objetiva –basada en la consecución de un objetivo prohibido o contrario al ordenamiento jurídico– y admite que ha habido oscilaciones y corrientes judiciales confrontadas a este respecto. Ahora bien, constata que se ha impuesto mayoritariamente una aproximación de corte más subjetivo en la que el elemento fundamental consiste en la intención maliciosa de quien pretende violar una norma, a cuyo efecto genera una apariencia de realidad con la intención torticera de conseguir un resultado o un beneficio que no correspondería si se impusiese la realidad material de las cosas. Hay, pues, un ánimo elusivo del ordenamiento jurídico considerado como un sistema. Se trata, por lo tanto, de algo más que la mera infracción o incumplimiento de una norma.

A partir de estos mimbres, la sentencia aborda, ahora de forma muy sucinta, la situación concreta planteada en la resultancia fáctica y resuelve que ha existido fraude de ley. Es muy paradójico que esta concreción de la doctrina largamente expuesta se resuelva en apenas tres párrafos, que además contienen unos datos que no parecen los más concluyentes. Que exista una relación familiar entre la solicitante y la administradora única de la empresa suministradora o que dicha persona sea administradora a la vez de una sociedad que comparte domicilio social con la nueva empresa cooperativa no parecen argumentos tan decisivos. Que un desempleado se apoye en sus personas más próximas para sus proyectos empresariales, o incluso que prefiera realizar sus inversiones con empresas proveedoras en las que algún familiar preste servicios u ostente una posición relevante con la intención de beneficiarlo no es, en sí misma, una actitud defraudatoria. Es difícil entender en el supuesto de hecho planteado cómo se construye el fraude de ley: cuál es la norma defraudada y cuál es

el amparo normativo que se ha buscado. No parece que la demandante haya pretendido utilizar la cantidad percibida en pago único para una finalidad distinta de la de realizar una inversión necesaria para el funcionamiento de la empresa cooperativa. No se aprecia un negocio simulado, tan solo una deficiente justificación de la inversión que había efectuado.

En realidad, la práctica totalidad de la doctrina citada por la sentencia referida a desempleo no hacía alusión a supuestos en los que se discutiera acerca del fraude de ley en relación con el pago único. También a este respecto se observa cierta incoherencia argumentativa, puesto que, después de expresar que, a fin de cuentas, en este tipo de asuntos no se discute la procedencia o no de la prestación en sí misma considerada, sino solo la pertinencia de una modalidad de pago, la Sala apela a sentencias que valoraban el fraude de ley en el acceso o en el mantenimiento de la prestación por desempleo. Es decir, a asuntos en los que el fraude de ley era un asunto que debía aquilatarse con mayor cuidado y rigor. Por eso, acudir a esta casuística puede considerarse desproporcionado y no del todo adecuado en este supuesto.

De nuevo asoma en esta sentencia una tendencia bien conocida a considerar a una persona desempleada, por el hecho de serlo y de percibir prestaciones, un presunto defraudador, o al menos una persona sospechosa. Ni siquiera el hecho de que, en este caso, se tratase de la correcta utilización de las cantidades percibidas mediante el programa de pago único produce un cambio de perspectiva. La Sala de suplicación construye con muy pocos mimbres una presunción de fraude de ley que no parece suficientemente sólida, máxime en unas circunstancias en las que el órgano *a quo* había considerado que no procedía la devolución de cantidad alguna.

5. PARA CONCLUIR

Habría que considerar críticamente la normativa sobre desempleo y su aplicación por los órganos competentes desde muchas perspectivas, pero la activación es sin duda una de las más importantes. No se trata de negar que la prestación de desempleo haya sido, junto con la incapacidad temporal, la más vulnerable a las tentativas de fraude. Por consiguiente, el control de su percepción constituye una actividad necesaria del Servicio Público de Empleo Estatal y también de los órganos de la Jurisdicción Social. Asimismo necesaria cuando se trata de los programas de empleo, en cuyo ámbito se pueden producir malversaciones de las cantidades recibidas o incluso percepciones indebidas constituyéndose artificialmente situaciones legales de desempleo.

Pero, sin duda, y como ha apuntado una doctrina judicial que ha sido comentada en estas páginas, una interpretación excesivamente rigurosa de las normas legales y reglamentarias que los desarrollan puede menoscabar su finalidad y hacerlas totalmente ineficientes. En nuestra experiencia, solo el del pago único ha tenido cierto recorrido, sin que pueda afirmarse que haya alcanzado unos niveles de utilización altos. Los demás programas regulados en el art. 228 han pasado prácticamente desapercibidos y alguno que ha sido regulado más recientemente –vg., el de mantenimiento de la prestación por desempleo de los trabajadores contratados por la modalidad de apoyo a emprendedores– está por valorarse en su eficacia real.

Sin duda, el escaso impacto de los programas de empleo redunda negativamente en la situación del mercado de trabajo. Se trata de una pieza más de un entramado de problemas, pero que no debe ser descuidada. Está pendiente, como ha quedado expresado, un análisis en profundidad sobre las ineficiencias de las normas de protección por desempleo desde el punto de vista de que, sin perder su carácter protector, no disuadan al perceptor de prestaciones de aceptar empleos adecuados que no redunden en perjuicio de su profesionalidad o de emprender una actividad profesional por cuenta propia. Y, por supuesto, una reforma en consecuencia, que haga mayor hincapié en los elementos de empleabilidad y activación. Lo cual no implica una cobertura de peor calidad, de menor duración o cuantitativamente más reducida, pero sí una perspectiva distinta en la que el SPEE, además de una prestación económica, otorgue en realidad y materialmente una protección en especie que permita una adecuada transición entre empleo y empleo, sin menoscabo en la carrera profesional de las personas afectadas.

Algunos de los párrafos de la sentencia que se ha comentado –aquellos que reproducen pronunciamientos anteriores– expresan una adecuada sensibilidad hacia estos problemas. Pero otros, en particular los que argumentan acerca del fraude de ley, adoptan una postura que debe considerarse inadecuada, porque magnifican una serie de circunstancias que, probablemente, no deberían tener consecuencias tan graves como la que supone la devolución de cantidades. Quizá en los documentos a los que accedió la Sala hubiese algún elemento que invitase a presumir más claramente el fraude, pero, si así fuera, no trascendieron en la sentencia. Produciéndose una fuerte apariencia de pronunciamiento injusto y regresivo, que son los calificativos con los que cabe poner punto y final a este comentario.

Laborum

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

Panorama sinóptico de la Seguridad Social en Uruguay
Synoptic Overview of the Social Security System in Uruguay

MARIO GARMENDIA ARIGÓN Y ÁLVARO RODRÍGUEZ AZCÚE

CATEDRÁTICO Y PROFESOR, RESPECTIVAMENTE, DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE URUGUAY

Resumen

El artículo presenta en forma condensada las principales características del sistema uruguayo de Seguridad Social, repasando sus orígenes, la evolución histórica y la situación actual. El panorama incluye la exposición de la organización institucional del sistema y las prestaciones que son servidas, haciendo hincapié en las características generales del régimen previsional mixto, introducido a mediados de la década de los noventa, el que recientemente ha sufrido modificaciones como resultado del "diálogo social sobre el sistema de seguridad social", entre las que se destaca la posibilidad de desafiliación y otras opciones similares, así como la incorporación de alternativas que permiten compatibilizar el retiro con la actividad. Por último, se esbozan las tendencias y perspectivas del sistema.

Palabras clave

Sistema uruguayo de seguridad social; Evolución; Organización; Prestaciones; Régimen mixto; Diálogo social; Sobre seguridad social; Desafiliación; Revocación; Compatibilidad jubilación y trabajo

Abstract

The article presents in condensed form the main features of the Uruguayan social security system, reviewing their origins, historical development and current status. The panorama includes exposure of the institutional organization of the system and the benefits that are served by emphasizing the general characteristics of the mixed pension system, introduced in the mid-nineties, which has recently been modified as a result of social dialogue on the social security system, including the possibility of disaffiliation and similar options as well as the incorporation of alternatives that can help make the retreat with the activity is highlighted. Finally, trends and prospects of the system are outlined.

Keywords

Uruguayan social security system; Evolution; Organization; Benefits; Mixed system; Social dialogue on social security; Disaffiliation; Revocation; Compatibility retirement and work

1. RASGOS CONSTITUTIVOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL URUGUAYO

1.1. Orígenes históricos

En América Latina, Uruguay –junto con Argentina, Chile, Cuba y Brasil–, integra el grupo de *países pioneros* en la implementación de programas de cobertura social[1]; y aún hoy es uno de los países que cuenta con mayor nivel de cobertura[2].

[1] MESA LAGO, CARMELO – BERTRANOU, FABIO, *Manual de Economía de la Seguridad Social*, CLAEH, Mont., 1998, p. 30.

Las primeras leyes de protección a la vejez, viudez y orfandad se remontan a los años 1829 y 1835 y refieren a la cobertura destinada a quienes lucharon en la gesta independentista y a funcionarios públicos de cargos relevantes.

A fines del siglo XIX, con la creación, en 1896, de la Caja de Jubilaciones y Pensiones Escolar (entidad de raigambre *bismarckiana*, diferenciada del Estado, con financiación y gestión tripartita), se inicia un período de *florecimiento de Cajas* que discurrirá hasta el año 1967. Dentro de dicho período fueron creadas: la Caja Civil (1904), la Caja de Industria y Comercio (1919), la Caja Bancaria (1925), la Caja Rural y de Servicio Doméstico, la Caja de Pensiones a la Vejez (1943), la Caja Notarial (1943) y la Caja de Profesionales Universitarios (1954)[3].

A mediados de la década del cuarenta del siglo pasado, la puesta en marcha de un sistema de fijación de salarios mínimos de carácter tripartito, a través de los denominados *Consejos de Salarios* (ley Nº 10.449 de 12 de noviembre de 1943), impulsó un proceso de ampliación de los colectivos amparados en el régimen jubilatorio –que culmina con la universalización de todas las actividades lícitas remuneradas que constituyan el medio de vida del trabajador (ley Nº 12.138 de 13 de octubre de 1954 y ley Nº 12.380 de 12 de febrero de 1957)– y de los riesgos protegidos por la seguridad social, como la enfermedad común, la maternidad, las asignaciones familiares y el desempleo estacional[4].

En la reforma constitucional del año 1967 se creó el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, al que se le atribuyeron competencia en esas materias (Literal "E" de las Disposiciones Transitorias y Especiales) y el Banco de Previsión Social, este último, con carácter de Ente Autónomo, en el que centralizarán las antiguas Cajas de Jubilaciones y Pensiones Civil y Escolar, Industria y Comercio y de Rurales, Domésticos y Pensiones a la Vejez, con el cometido de coordinar los servicios estatales de previsión social y organizar la seguridad social.

La autonomía que la Constitución de 1967 le había otorgado al Banco de Previsión Social, fue suprimida de facto durante el periodo de la dictadura militar (1973-1985) y la misma se reinstauró una vez que el país recuperó su institucionalidad democrática, en 1985, a través de la llamada *Ley de Reinstitucionalización del Banco de Previsión Social* (ley Nº 15.800 de 17 de enero de 1986).

1.2. Estructura institucional

La estructura administrativa de la seguridad social se organiza a partir del Poder Ejecutivo (responsable de definir las políticas en la materia, a través de la cartera

[2] PEREIRA, CLARA, "El porcentaje de cobertura para mayores de 65 años de edad se estima el 98,04%. Análisis de cobertura del régimen previsional uruguayo 1996-2010", (http://www.onsc.gub.uy/onsc1/images/stories/Publicaciones/RevistaONSC/r47/47-9.pdf), p. 95. CEPAL, La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad, 2006, p. 117.

[3] RODRÍGUEZ AZCÚE, A., *Evolución histórica de sistema jubilatorio*, en AAVV, Temas jubilatorios, Mont., 2006, p. 33 y ss.

[4] LANZARO, J., Sindicatos y sistema político. Relaciones corporativas en el Uruguay (1940-1985), FCU, 1986, p. 49. INFORME RELASUR, Formas de tripartismo en el Uruguay, FCU-RELASUR-MTSS España, Montevideo, 1995, p. 17. PAPADÓPULOS, JORGE, Seguridad social y política en el Uruguay, CIESU, Mont., 1992, p. 55 y ss.

especializada, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) y del Poder Legislativo, que es el encargado de legislar.

El Banco de Previsión Social, es la institución gestora de seguridad social más importante del país. Ampara aproximadamente al 90% de la población. El 10% restante se encuentra protegido, por un lado, por las llamadas Cajas paraestatales (Caja Bancaria de Jubilaciones, Caja Notarial y Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios) y, asimismo, por las Cajas de Policías y Militares (que forman parte de la estructura estatal).

Es de hacer notar que el Banco de Previsión Social está gobernado por un Directorio integrado por siete miembros, de los cuales, cuatro son designados por el Poder Ejecutivo (con venia del Senado de la República), y tres son *representantes sociales*, elegidos respectivamente por trabajadores activos, jubilados y pensionistas y empleadores, mediante voto directo.

Por su parte, la protección contra los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desde comienzos del siglo XX, se organiza bajo la técnica de un *seguro mercantil* que es administrado por el Banco de Seguros del Estado en régimen de monopolio. Actualmente, el seguro es obligatorio y automático y se financia exclusivamente por el empleador. El trabajador cuenta con cobertura de asistencia médica altamente especializada en riesgos laborales e indemnizaciones temporarias o permanentes según corresponda (ley Nº 16.074).

1.3. Presentación general de las prestaciones

El sistema de seguridad social uruguayo cubre la totalidad de las contingencias previstas en el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102)[5], tanto en prestaciones de actividad (asistencia médica, subsidio por enfermedad, subsidio por desempleo, asignaciones familiares, subsidio por maternidad, etc.), como en prestaciones sobre los riesgos de invalidez, vejez y sobrevivencia (jubilaciones y pensiones).

A efectos de ilustrar sobre las prestaciones que actualmente sirve el sistema de seguridad social uruguayo, en el cuadro que sigue se detallan las contingencias cubiertas, la prestación y el marco jurídico vigente.

Cuadro sinóptico de prestaciones de seguridad social

Contingencia	Prestación	Marco jurídico[6]
Asistencia médica	Cobertura médica	ley Nº 18.211 ley Nº 18.731
Prestaciones monetarias en caso de enfermedad	Subsidio por enfermedad	decreto-ley Nº 14.407 ley Nº 18.725
Desempleo	Subsidio por desempleo	decreto-ley Nº 15.180 ley Nº 18.399

[5] Ratificado por la ley Nº 18.609 de 2 de octubre de 2009.

[6] Las leyes citadas pueden consultarse en el sitio web del Poder Legislativo: www.parlamento.gub.uy.

Vejez	Jubilación común Jubilación por edad avanzada Pensión especial reparatoria Pensión a la vejez (no contributiva) Asistencia a la vejez (no contributiva) Pensión graciable (no contributiva)	ley Nº 16.713 ley Nº 18.033 y decreto 106/007 acto Nº 9 ley Nº 18.241 ley Nº 16.301
Prestaciones familiares	Asignaciones familiares	decreto-ley Nº 15.084 ley Nº 18.227
Prestaciones de maternidad	Subsidio de maternidad, paternidad y cuidados Subsidio sustitutivo del cambio temporario de tareas	ley Nº 19.161 ley Nº 17.215
Invalidez	Subsidio transitorio por incapacidad parcial Jubilación por incapacidad total Pensión de invalidez (no contributiva)	ley Nº 16.713 Acto Nº 9 Ley Nº 17.106 Ley Nº 17.266 Ley Nº 17.847
Prestaciones de supervivencia	Pensión de sobrevivencia Pensión para hijos de fallecidos en hechos de violencia doméstica Pensión para víctimas de delitos violentos	ley Nº 16.713 ley Nº 18.246 ley Nº 18.850 ley Nº 19.039
Vivienda	Programa de Soluciones Habitacionales para jubilados y pensionistas	ley Nº 17.217 art. 43 y siguientes ley Nº 17.292 ley Nº 18.340 decreto Nº 360/004
Lentes y prótesis	Subsidio	Resol. BPS 2.817/987 Resol. BPS 4.054/987 Resol. BPS 3195/985

1.4. Prestaciones del régimen previsional mixto

El modelo de seguros sociales que predominó durante cien años (1896-1996) comenzó a ser objeto de importantes cambios a partir de la última década del siglo pasado[7], cuando se dio inicio a un proceso de reforma inspirado en el modelo chileno de seguridad social privada[8].

[7] BARBAGELATA, HÉCTOR-HUGO, *"El advenimiento del neoliberalismo y los posibles cambios estructurales del Derecho del Trabajo"*, en El particularismo del Derecho del Trabajo, FCU, 1995, p. 105-117.

[8] GRZETICH, ANTONIO, *"El nuevo sistema previsional chileno: un balance "en rojo",* en revista Derecho Laboral Nº 169, p. 126-145.

Pero la reforma previsional uruguaya no llegaría a ser tan radical como la chilena, por cuanto la privatización no fue total o integral, sino que se optó por crea un sistema *mixto*, cuyas principales características son desarrolladas a continuación[9].

1.4.1. Presentación general del régimen jubilatorio mixto

La reforma previsional del año 1995 (ley Nº 16.713, del 3 de setiembre de 1995) instituye, para aquellos afiliados que al 1º de abril de 1996 tenían menos de 40 años, un *régimen mixto*, que se compone de dos *pilares*: uno de ellos, integrado por el régimen *de solidaridad intergeneracional* y el otro, *de capitalización individual*. Por su parte, para aquellos afiliados que a la misma fecha tenían 40 años o más de edad, se estableció un *régimen de transición* (Título VI de la Ley)[10].

Dicha reforma puede caracterizarse como simultáneamente *paramétrica* y *estructural*.

La primera característica (*reforma paramétrica*) surge de la circunstancia de haberse modificado el régimen tradicional de seguro social, haciendo más severos los requisitos de acceso a las prestaciones (aumento de los años de servicios y de la edad de retiro para la mujer), tanto en el régimen mixto propiamente dicho, como en el de transición. La segunda característica (*reforma estructural*) se verifica por haberse introducido un pilar de capitalización individual de prestaciones indefinidas, que es administrado por entidades privadas de naturaleza comercial.

El régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional, administrado por el Banco de Previsión Social, brinda prestaciones definidas financiadas en base a un régimen de reparto asistido.

Los recursos del régimen son: a) el aporte personal del 15% (montepío) de las asignaciones computables comprendidas en el primer tramo o pilar que va hasta los $ 5.000 a valores de mayo de 1995 ($ 35.516 a valor enero de 2014); b) el aporte patronal del 7,5% (ley Nº 18.083) de las asignaciones computables comprendidas en el primer y segundo tramo de ingresos que alcanza hasta los $ 15.000 a valores de mayo de 1995 ($ 106.549 a valor febrero de 2014).

Además, cuenta con los recursos fiscales derivados de más de una tercera parte de la recaudación del Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.), el cien por ciento de la recaudación del Impuesto de Asistencia a la Seguridad Social (I.A.S.S.[11]) que grava a las pasividades (jubilaciones y pensiones) superiores a $ 22.552 (enero 2014) y, si resultare necesaria, la asistencia financiera del Estado (art. 67 de la Constitución de la República).

---

[9] Señalan MESA-LAGO y BERTRANOU que, las reformas de los sistema de pensiones en América Latina, durante la década del noventa del siglo pasado, se pueden clasificar en: *sustitutivas* (privatización total del sistema), como es el caso de la reforma de Chile, Bolivia y El Salvador; *paralelas* (aparente competencia entre el sistema público y privado), modelo adoptado por Perú y Colombia; y *mixtas* (complementación del sistema público con el privado), como es el caso de Argentina y Uruguay (MESA-LAGO, CARMELO, BERTRANOU, FABIO, *Manual de Economía de la Seguridad Social*, Claeh, 1998, p. 239-273).

[10] SALDAIN, RODOLFO, Reforma jubilatoria. El nuevo modelo previsional, FCU, Montevideo, 1995. GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL, AAVV, Temas jubilatorios, F de D – UdelaR.

[11] Ley Nº 18.314 de 4 de julio de 2008.

El régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio brinda prestaciones indefinidas y se organiza en base a la técnica de la capitalización individual. Se financia con el montepío personal (trabajador) correspondiente al tramo de ingresos que superan los $ 5.000 ($ 35.516 a valor enero de 2014) y hasta los $ 15.000 ($ 106.549 a valor febrero de 2014).

Existe a su vez, un tercer pilar, de carácter voluntario y complementario del segundo, para aquellos ingresos que exceden de los $ 15.000 ($ 106.549 a valor febrero de 2014).

El artículo 8 de la Ley permite a los afiliados comprendidos enteramente en el primer tramo de ingresos, la posibilidad de optar por quedar comprendido en el régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio, por sus aportaciones personales correspondientes al 50% de sus asignaciones computables. Asimismo, la misma norma dispone que los afiliados con ingresos ubicados en el sub tramo de entre $ 5.000 y $ 7.500 ($ 35.516 y $ 53.275 a valores de enero de 2014), podrán ejercer la opción de aportar al régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio por el 50% de sus asignaciones computables comprendidas en el tramo de hasta $5.000, mientras que el aporte correspondiente a la diferencia, se asigna al régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional.

El total de los aportes volcados al régimen de capitalización individual, deducidas las comisiones de la Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional, e incrementado por la rentabilidad de las inversiones realizadas por la Administradora, es el capital que se transfiere a la compañía de seguros que elige el afiliado[12], a fin de que ésta le sirva una prestación vitalicia, sea cuando cesa para ampararse a la jubilación o cuando cumple 65 años de edad, aunque no se haya amparado a la jubilación. Para el cálculo del monto de la prestación se emplean tablas de expectativa de vida por sexo y edad fijadas por el Banco Central del Uruguay[13].

La recaudación de los recursos correspondientes a ambos pilares recae exclusivamente en el Banco de Previsión Social. Posteriormente, dicho Ente se encarga de desglosar los recursos correspondientes a cada uno de los regímenes que conforman el sistema mixto, de acuerdo a los parámetros antes explicados.

1.4.1.a. Régimen de causales jubilatorias

La severidad de los requisitos previstos en la ley Nº 16.713 (1995) para generar los beneficios jubilatorios, obligó a que, más recientemente se efectuara una revisión de la normativa, con la finalidad de evitar que se produjera una caída pronunciada de la cobertura y para facilitar el acceso a la jubilación. Ese cambio fue instrumentado a través de la ley Nº 18.395, del 24 de octubre de 2008[14], que fue uno de los resultados más importantes del

[12] Desde el año 2006, como consecuencia del retiro de las compañías privadas por razones de conveniencia comercial, la única compañía de seguros que toma el riesgo previsional es el Banco de Seguros del Estado.

[13] La tabla vigente es la aprobada por el Banco Central del Uruguay, en la Circular Nº 2111 de 27 de junio de 2012.

[14] NICOLIELLO, ARIEL, *La reforma del régimen previsional* (ley Nº 18.395), en AAVV, *La nueva legislación laboral uruguaya*, FCU, Montevideo, 2010, p. 425.

diálogo social sobre seguridad social que fuera convocado por el Poder Ejecutivo en el año 2007[15].

En la actualidad las causales jubilatorias o, dicho de otra forma, los requisitos legales exigibles para acceder a la jubilación, tanto de los afiliados amparados por el régimen mixto como de transición, son los siguientes:

- *Causal común*: para aquellos afiliados que cuentan con 60 años de edad y 30 años de servicios. Estas condiciones están vigentes desde el 1º de julio de 2009.
- *Causal edad avanzada*: que se configura con 70 años edad y 15 años de servicios. A partir del 1º de febrero de 2009, se accede también con 69 años de edad y 17 años de servicios, o 68 años de edad y 19 años de servicios; y, a partir de 1º de enero de 2010, se agregan las siguientes modalidades de causal edad avanzada *flexibilizada*: 67 años de edad y 21 años de servicios, o 66 años de edad y 23 años de servicios y, finalmente, 65 años de edad y 25 años de servicios.
- *Causal por incapacidad total*: cuando el grado de incapacidad determinado por el Banco de Previsión Social, conforme al BAREMO vigente[16], alcanza o supera el 66% y:
    - cualquier tiempo de servicios, cuando sobreviene a causa o en ocasión del trabajo;
    - dos años de servicios, cuando sobreviene en actividad o en período de inactividad compensada, salvo que el afiliado tenga hasta 25 años de edad, en cuyo caso se exigirán 6 meses de servicios;
    - diez años de servicios, cuando sobreviene después del cese de la actividad o del vencimiento del período de inactividad compensada, siempre que el afiliado haya mantenido residencia en el país y no perciba otra jubilación.

Para el caso que la incapacidad absoluta y permanente para el empleo o profesión habitual sobrevenga en actividad o en período de inactividad compensada, con un grado de incapacidad según BAREMO del 50% y hasta el 65%, el afiliado tendrá derecho a percibir un *subsidio por incapacidad parcial* por el término de tres años.

1.4.1.b. Cuantía de la prestación

El monto de la prestación jubilatoria se obtiene mediante la aplicación de la tasa de reemplazo o asignación jubilatoria, prevista en el art. 29 de la ley Nº 16.713 en la redacción dada por la ley Nº 18.395, al sueldo básico jubilatorio o base reguladora, obtenido en la forma establecida por el art. 27 de la ley Nº 16.713.

La base reguladora o, en la nomenclatura uruguaya, el *sueldo básico jubilatorio* (SBJ) es el promedio mensual de las asignaciones computables actualizadas de los 10 últimos años

[15] RODRÍGUEZ AZCÚE, ÁLVARO, *"Caracterización y resultados del Diálogo Nacional de Seguridad Social",* en revista Derecho Laboral Nº 230, p. 303-312.

[16] El BAREMO vigente fue aprobado por el decreto Nº 306/013 de 20 de setiembre de 2013.

de servicios registrados en la historia laboral, limitado al promedio mensual de los veinte años de mejores asignaciones computables actualizadas, incrementado en un 5%.

Si fuera más favorable para el trabajador el SBJ será el promedio de los 20 años de mejores asignaciones computables actualizadas, por servicios registrados en la historia laboral.

Tratándose de jubilación por incapacidad total y de jubilación por edad avanzada, si el tiempo de servicios computados no alcanza al período o períodos de cálculo indicados en los incisos anteriores de este artículo, se tomará el promedio actualizado correspondiente al período o períodos efectivamente registrados.

Para el cálculo del SBJ, en todos los casos, sólo se tomarán en cuenta asignaciones computables mensuales actualizadas hasta el monto de $ 5.000 ($ 35.516 a valor enero de 2014).

La actualización se realiza hasta el mes inmediato anterior al inicio del servicio de la pasividad, de acuerdo al Índice Medio de Salarios, elaborado conforme al artículo 39 de la ley Nº 13.728, de 17 de diciembre de 1968.

Los afiliados que contando con ingresos comprendidos en el primer pilar (régimen de solidaridad intergeneracional), hubieren optado por el régimen mixto en la forma más arriba indicada, tienen reconocido un incentivo en la forma del cálculo del SBJ, consistente en un suplemento del 50% de las asignaciones computables mensuales por las que se efectuaron aportes personales al régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional.

El porcentaje de la base reguladora se obtiene tomando en consideración la edad del afiliado al momento del cese y los años de servicios computados en la jubilación.

En el caso de la causal de *jubilación común* corresponde el 45% del SBJ cuando se computan 30 años de servicios, más un 1% por cada año adicional hasta los 35 años de servicios.

A su vez, se suplementa un 0,5% del SBJ, por cada año de servicios que exceda de 35 al momento de configurar la causal, con un máximo de 2,5%.

A partir de los 60 años de edad, por cada año que se postergue el retiro, después de haber computado 35 años de servicios, se suma un 3% del SBJ por año con un máximo de 30%; en caso de no computar el número de años indicados, se adiciona un 2% hasta los 70 años de edad o hasta completar 35 años de servicios, si esto ocurriere antes.

En el caso de la causal de *jubilación por edad avanzada* corresponde el 50% del SBJ cuando se configure causal, más un 1% por cada año adicional, con un máximo del 14%.

En el caso de la causal de *jubilación por incapacidad total* corresponde el 65% del SBJ, e igual porcentaje corresponde en el caso del subsidio transitorio por incapacidad parcial.

1.4.2. Régimen de pensiones de sobrevivencia

El régimen pensionario uruguayo administrado por el Banco de Previsión Social se encuentra regulado, fundamentalmente, por la ley Nº 16.713 (1995) y por decretos reglamentarios.

Las *causales de pensión de sobrevivencia* son: la muerte del trabajador, cualquiera fuera el tiempo de servicios reconocidos, o del jubilado; la declaratoria judicial de ausencia del trabajador o del jubilado; la desaparición del trabajador o jubilado; la muerte del trabajador amparado en el subsidio por desempleo, o dentro de los doce meses inmediatos al cese de la prestación, o al cese de la actividad, cuando no fuere beneficiaria del mismo.

Los beneficiarios de pensión son: las personas viudas; los hijos mayores de 18 años de edad absolutamente incapacitados para todo trabajo y los hijos solteros menores de 21 años de edad excepto cuando se trate de mayores de 18 años de edad que dispongan de medios de vida propios y suficientes para su congrua y decente sustentación; los padres absolutamente incapacitados para todo trabajo; las personas divorciadas; y más recientemente[17], las concubinas y los concubinos, entendiéndose por tales las personas que, hasta el momento de configuración de la causal, hubieran mantenido con el causante una convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión concubinaria de carácter exclusivo, singular, estable y permanente, cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual[18].

Las *condiciones del derecho a la pensión* son: en el caso del viudo, concubino, los padres absolutamente incapacitados para todo trabajo y las personas divorciadas, deben acreditar conforme a la reglamentación que se dicte, la dependencia económica del causante o la carencia de ingresos suficientes; las viudas y las concubinas, tendrán derecho al beneficio siempre que sus ingresos mensuales no superen la suma de $ 15.000 ($ 106.549 a valor febrero de 2014).

Las personas divorciadas deben justificar que gozaban de pensión alimenticia servida por su ex cónyuge, decretada u homologada judicialmente. En estos casos, el monto de la pensión o la cuota parte, si concurriere con otros beneficiarios, no podrá exceder el de la pensión alimenticia.

Los hijos adoptivos y los padres adoptantes, en todo caso deben probar que han integrado, de hecho, un hogar común con el causante, conviviendo en su morada y constituyendo con el mismo una unidad moral y económica similar a la de la familia, siempre que esta situación fuese notoria y preexistente en cinco años por lo menos, a la fecha de configurar la causal pensionaria, aun cuando el cumplimiento de las formalidades legales de adopción fuese más reciente.

[17] Ley Nº 18.246 de 27 de diciembre de 2007.

[18] Se excluye a aquellos que no tienen edad mínima (14 años en el varón y 12 años en la mujer); cuando falta el consentimiento en los miembros de la pareja; el parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o natural y, en la línea transversal, el parentesco entre hermanos legítimos o naturales.

Cuando la causal pensionaria se opere antes que el adoptado haya cumplido los diez años de edad, se exige que el beneficiario haya convivido con el causante la mitad de su edad a dicha fecha.

La prestación se sirve durante los períodos de tiempo que se indican a continuación. Tratándose de personas viudas, concubinas, divorciadas con 40 o más años de edad a la fecha de fallecimiento del causante, o que cumplan esa edad gozando del beneficio de la pensión, percibirán la prestación durante toda su vida.

Las personas viudas, divorciadas o concubinas que tengan entre 30 y 39 años de edad a la fecha del fallecimiento del causante, la pensión se servirá por el término de 5 años y por el término de 2 años cuando los mencionados beneficiarios sean menores de 30 años de edad a dicha fecha.

El monto de la pensión, al igual que ocurre con la jubilación, se obtiene aplicando un porcentaje de asignación de pensión, en el caso establecido en el art. 32 de la Ley, sobre el sueldo básico de pensión (SBP). Esta base reguladora es equivalente a la jubilación que le hubiere correspondido al causante a la fecha de su fallecimiento, con un mínimo equivalente a la asignación de jubilación por incapacidad total. Si el afiliado ya se encontraba en goce de la jubilación, el SBP será la última asignación recibida.

La *asignación de pensión* es la siguiente:

a) Si se trata de personas viudas o divorciadas o concubinas o concubinos, cuando exista núcleo familiar, o concurrencia con hijos no integrantes del mismo o padres del causante, el 75% del SBP.

b) Si se trata exclusivamente de persona viuda o concubina, o hijos del causante, el 66% del SBP.

c) Si se trata de hijos en concurrencia con los padres del causante, el 66% del SBP.

d) Si se trata exclusivamente de persona divorciada, o padres del causante, el 50% del SBP.

e) Si se trata de persona viuda en concurrencia con persona divorciada y/o concubina, o de la persona divorciada en concurrencia con la concubina o concubino, sin núcleo familiar, el 66% del SBP. Si alguna o algunas de esas categorías tuviere o tuvieren núcleo familiar, el 9% de diferencia se asignará o distribuirá, en su caso, entre esas partes.

2. CAMBIOS RECIENTES EN EL RÉGIMEN JUBILATORIO

En el presente período de gobierno (1º de marzo 2010 - 1º de marzo 2015), se convocó y desarrolló la segunda etapa del *diálogo social sobre el sistema de seguridad*, al que fueron convocados los actores sociales, los partidos políticos y la academia. De dicha instancia surgieron algunos consensos que posteriormente inspiraron la aprobación de leyes.

2.1. Compatibilidad entre la jubilación y el trabajo

Uno de los resultados más concretos del *diálogo* fue la ley Nº 19.006 de 16 de noviembre de 2012[19]; que consagró un marco jurídico que admite, en determinadas condiciones, la compatibilidad entre la jubilación y el trabajo.

En lo sustancial la referida norma declara compatible la percepción de la jubilación de Industria y Comercio –una de los tres ámbitos de afiliación que administra el Banco de Previsión Social[20]– con el desarrollo de actividad remunerada de la misma naturaleza o inclusión, en determinadas condiciones.

Para que opere dicha compatibilidad se requiere la autorización del Poder Ejecutivo[21], la que deberá fundamentarse en la existencia de escasez de oferta de mano de obra calificada en determinados oficios, profesiones o categorías laborales, así como en la circunstancia de no haberse producido una caída del Producto Bruto Interno desestacionalizado en dos trimestres consecutivos. Dicha autorización es siempre precaria y revocable.

A su vez, el Poder Ejecutivo debe consultar a la organización más representativa de jubilados y pensionistas, y contar con la conformidad de las organizaciones más representativas de los empleadores y trabajadores del respectivo sector de actividad, mediante convenio colectivo o pronunciamiento del Consejo de Salarios.

Por su parte, la empresa que contrata al jubilado no podrá despedir ni suspender a otros trabajadores de la ocupación, oficio o categoría laboral correspondiente a su calificación profesional, durante el plazo de duración del contrato del jubilado y en los últimos 60 días anteriores, salvo que sea por razones disciplinarias. Las empresas que contraten jubilados deberán estar al día con el pago de los aportes a la seguridad social.

El jubilado a contratar deberá desempeñarse en tareas de personal superior (superior a jefe de sección) y contribuir a la formación profesional de trabajadores. Su salario será el que corresponda a la categoría que desempeñe. Si se reinserta en la misma empresa (o en otra que pertenezca al mismo grupo económico), no podrá percibir un salario inferior al que cobraba al egreso, prorrateado a la jornada que cumpla.

La remuneración que perciba el jubilado será materia gravada para el régimen jubilatorio, exclusivamente para el régimen de solidaridad intergeneracional, y para el

[19] Ley reglamentada por el decreto Nº 163/013 de 28 de mayo de 2013. NICOLIELLO, ARIEL, *"Compatibilidad entre jubilación y actividad en la ley nº 19.006 de 16 de noviembre de 2012",* en revista Derecho Laboral Nº 249, p. 71-82.

[20] La afiliación 'industria y comercio' es el ámbito de amparo jubilatorio que comprende a dichas actividades, a los servicios y a toda otra no amparada específicamente por otra entidad previsional; las otras dos son las que corresponden a los funcionarios públicos y docentes del sistema público ('civil y escolar') y a los trabajadores rurales y del servicio doméstico ('rural y servicio doméstico').

[21] Hasta el momento de cierre del presente trabajo el Poder Ejecutivo ha autorizado, el amparo al régimen previsto por la ley, a encargados de mantenimiento en la industria frigorífica (resolución del Poder Ejecutivo Nº 613/013 de 4 de octubre de 2013), y a los sectores de actividades producción de neumáticos, para los siguientes oficios: vulcanización, inspección y terminados de neumáticos (decreto Nº 91/014 de 8 de abril de 2014).

Seguro Nacional de Salud (FONASA). La jornada máxima del jubilado no podrá superar las seis horas diarias.

Para ampararse al régimen previsto en la Ley el jubilado deberá haber cesado con una anticipación no menor a 6 meses y el período de contratación del jubilado no podrá ser mayor a dos años.

Si el vínculo supera el año o se revoca la autorización por parte del Poder Ejecutivo, el jubilado tendrá derecho a cobrar del Instituto de Previsión Social una prestación equivalente al promedio de los doce meses anteriores. El cobro de ese beneficio bloquea las posibilidades del jubilado de volver a ampararse nuevamente en el régimen especial de la Ley.

Las empresas no podrán contratar un número de jubilados que supere el 10% del total de sus dependientes. Las empresas con hasta 9 empleados podrán contratar un solo jubilado.

La contratación podrá extinguirse de pleno derecho y sin generar responsabilidad entre las partes, si el Poder Ejecutivo revoca la autorización.

Se excluye la posibilidad de contratar jubilados que hayan configurado causal por incapacidad total o absoluta y permanente para todo trabajo, y de aquellos que cuenten con servicios bonificados (salvo la actividad docente). A su vez, el jubilado no podrá superar los 70 años de edad.

La empresa que desee contratar personal en goce de jubilación de industria y comercio, deberá contratar un trabajador de entre 18 y 29 años, capacitado o en proceso de capacitación, por un plazo mínimo de 180 días, dentro de los 12 meses siguientes al inicio de la relación laboral con el jubilado. El Servicio Público de Empleo remitirá a la empresa una nómina de trabajadores postulantes y el empleador lo seleccionará. La remuneración del joven no podrá ser inferior al salario mínimo que corresponda a la categoría laboral de las tareas que realice. La obligación de contratar un joven por cada jubilado contratado no rige para las empresas con menos de 10 empleados.

Está previsto que el incumplimiento provoca la inhabilitación del empleador para realizar nuevas contrataciones al amparo de la ley. Además, la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social conserva la facultad de aplicar multas en caso de verificar incumplimientos a la normativa laboral.

Los servicios prestados al amparo del régimen previsto en la Ley solo podrán dar lugar a la reliquidación o reforma de la jubilación una vez transcurridos dos años de actividad; y en ningún caso podrá significar la disminución de la jubilación.

El jubilado que adquiera amparo al Seguro Nacional de Salud, precisamente por volver a la actividad remunerada, mantendrá esa condición al finalizar la relación laboral al amparo del régimen que se crea, realizando las aportaciones correspondientes.

2.2. Jubilación parcial

Otra de las leyes recientes, también negociada en el segundo proceso de diálogo de seguridad social, es la que instituye la jubilación parcial[22] (Ley Nº 19.160, de 1º de noviembre de 2013), vigente desde el 1º de febrero de 2014[23].

Se trata de aquella jubilación a la que se accede, en el caso de haber configurado causal común o por edad avanzada y encontrarse en actividad, a través de la disminución de la jornada habitual de labor como trabajador dependiente, para un único empleador, en actividades con afiliación "Industria y Comercio" o afiliación "Rural o Doméstico". O, en caso de hallarse en goce de una jubilación común o por edad avanzada, en que se hubieren computado servicios como última actividad, mediante el retorno al desempeño de una actividad como trabajador dependiente a tiempo parcial, cesando parcialmente en el goce de la jubilación por servicios de la misma afiliación.

La jubilación parcial se circunscribe al régimen de solidaridad intergeneracional a cargo del Banco de Previsión Social. A su vez, se establece que el acceso a la misma determinará el cese de la aportación al régimen de ahorro individual obligatorio, en su caso, y el derecho a percibir o a continuar percibiendo las prestaciones correspondientes a dicho régimen.

Los interesados dispondrán de un plazo de tres años contados a partir de la configuración de las causales jubilatorias o del cese en la actividad, según lo que ocurriere en último término.

El afiliado activo que se ampara en la jubilación parcial deberá tener una disminución de la jornada habitual de labor a la mitad; mientras que el jubilado que retorna a la actividad en forma parcial como dependiente, no podrá desarrollar una jornada superior a la mitad de la jornada habitual que tenía al momento de producirse el cese. En cualquier caso la jornada no podrá superar las cuatro horas diarias.

Los aportes jubilatorios por esta actividad se realizarán íntegramente, al régimen de solidaridad intergeneracional administrado por el Banco de Previsión Social.

El monto de la asignación de jubilación parcial será, en el caso de afiliado que se encuentra en actividad, el 50% del que le hubiera correspondido de haber cesado totalmente su actividad. En cambio, en el caso del jubilado que retorna a la actividad parcialmente, equivaldrá al 50% de la asignación jubilatoria que estaba percibiendo.

Quedan excluidos de la jubilación parcial los afiliados con causal de jubilación por incapacidad total o absoluta y permanente para todo trabajo, así como aquellos donde la

[22] NICOLIELLO, ARIEL, *"La jubilación parcial",* en revista Derecho Laboral Nº 253, p. 81-97.

[23] En el proceso de diálogo se tuvo especialmente presente la experiencia española sobre jubilación parcial. De alguna manera se procura retrasar el acceso a la jubilación, al tiempo que el retiro del afiliado se torne más gradual (Ver: VIDA SORIA, JOSÉ, MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL, *Manual de Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2008, p. 327; GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO Y BARCELÓN COBEDO, SUSANA, *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, 6ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 290).

actividad a ejercerse fuere de la misma naturaleza de las que hubieren sido computadas en la jubilación y hubieran sido bonificadas.

En el caso de afiliados con causal jubilatoria mediante el procedimiento de acumulación de servicios (Ley Nº 17.819 de 6 de agosto de 2004[24]), el desempeño de la actividad a tiempo parcial amparada por el Banco de Previsión Social, no obstará el pago íntegro de las asignaciones de pasividad a cargo de los restantes organismos involucrados en la acumulación.

En definitiva, se trata de una novedad para nuestro régimen jubilatorio, que se inscribe en una tendencia general que se aprecia en los sistemas más avanzados, donde se prevé un retiro gradual del afiliado.

2.3. Desafiliación del régimen mixto y otras modificaciones

Finalmente, otro de los cambios recientes al sistema de seguridad social es el que introdujo la ley Nº 19.162, de 1º de noviembre de 2013[25], producto también del *diálogo social sobre seguridad social*.

Dicha Ley refiere, por una parte, a la desafiliación del régimen mixto y revocación de la opción por el art. 8 de la ley Nº 16.713, los procedimientos a seguir y sus consecuencias jurídicas; y por otra a cuestiones que hacen al funcionamiento del régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio, como el tratamiento de la expectativa de vida en el caso de afiliados con servicios bonificados, mecanismo de asignación de Administradora cuando el afiliado no elige una dentro del plazo previsto, el reingreso a la actividad y la creación de sub-fondos del Fondo de Ahorro Previsional, con el consiguiente impacto en varias disposiciones de la ley Nº 16.713, como por ejemplo, en la regulación de las inversiones permitidas.

2.3.1. Desafiliación del régimen mixto y revocación de la opción del art. 8

El artículo 1º de la Ley permite la *desafiliación* del régimen previsional mixto a aquellos afiliados que, sin estar regidos preceptivamente por dicho estatuto jubilatorio, optaron por el mismo en forma voluntaria. Nos referimos a aquellos que configuraron causal jubilatoria, antes del 1º de enero de 1997, al amparo del llamado Acto Institucional Nº 9, o que tenían 40 años o más de edad, al 1º de abril de 1996, y por tanto estaban originariamente incluidos en el régimen de transición (Título VI de la ley Nº 16.713). En todos los casos se exige que el afiliado no se encuentre en goce de una jubilación al amparo del régimen previsional mixto.

El artículo 2º de la Ley permite, a todo afiliado que se encuentre dentro del régimen previsional mixto y que en determinado momento haya realizado la opción por el artículo 8

[24] Dicha ley permite la acumulación o totalización de períodos de trabajo realizados en actividades amparadas por diferentes entidades previsionales, con pago proporcional al tiempo laborado, al estilo de las reglas de coordinación de la seguridad social internacional (Ver: VIDA SORIA, JOSÉ – MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL, QUESADA SEGURA, ROSA, *Manual*, ob. cit., p. 53.

[25] La Ley fue reglamentada mediante el decreto Nº 24/014 de 31 de enero de 2014.

de la ley Nº 16.713 de 3 de setiembre de 1995, dejar sin efecto o *revocar* la referida opción, con carácter retroactivo a la fecha que la hubiera realizado. También en este caso se exige que el afiliado no se encuentre en goce de alguna jubilación al amparo del régimen previsional mixto. Reiteramos que sobre esta cuestión no existían antecedentes en nuestro país, cuyo impacto real en el sistema, más allá de algunas estimaciones que se han realizado, todavía no se conoce.

Es oportuno tener presente que el artículo 8 de la ley Nº 16.713 consta de tres párrafos y la posibilidad de revocar la opción la tienen exclusivamente los comprendidos en los dos primeros, es decir aquellos con remuneraciones comprendidas en el primer tramo (hasta $ 5.000, hoy $ 35.516) y quienes, habiendo realizado dicha opción lleguen a tener asignaciones computables de más de $ 5.000 y hasta $ 7.500 (hoy entre $ 35.516 y $ 53.275). El tercer párrafo del artículo refiere a los afiliados que, al inicio de su incorporación al régimen mixto, percibían asignaciones computables de entre $ 5.000 y $ 7.500, en cuyo caso se les aplica preceptivamente el criterio de distribución de aportes previsto en dicha disposición; donde se establece que aportarán al régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio únicamente por el 50% de sus asignaciones computables comprendidas en el tramo de hasta $ 5.000 y por las demás asignaciones computables aportarán al régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional.

Tales disposiciones, según lo preceptuado por el art. 30 de la Ley, comenzaron a regir a partir del 1º de febrero de 2014 y establecen, para el caso de los afiliados que se encuentran comprendidos en el artículo 1º, un plazo de 2 años para solicitar el asesoramiento al Banco de Previsión Social. Por ende dicho colectivo contará con tiempo para promover la desafiliación hasta el día 31 de enero de 2016; mientras que los afiliados que realizaron la opción del art. 8 de la ley 16.713, podrán hacerlo desde que el interesado tenga 40 años de edad y hasta que cumpla los 50 años, salvo en el caso de aquellos que, al 1º de febrero de 2014, superen los 48 años de edad, que contarán con un plazo de dos años a contar del momento de vigencia de la Ley, es decir que tendrán plazo hasta el 31 de enero de 2016.

En ambos casos las revocaciones se realizan ante el Banco de Previsión Social y son irreversibles; la Ley dispone que dichas revocaciones podrán realizarse por una sola vez.

La Ley, acertadamente, establece que tanto para desafiliarse del régimen previsional mixto, como para revocar la opción del artículo 8 de la ley Nº 16.713, el afiliado deberá contar con asesoramiento obligatorio del Banco de Previsión Social. A dichos efectos la AFAP queda obligada a remitir al Ente la información del fondo acumulado por el afiliado de que se trate.

El asesoramiento del Banco de Previsión Social al afiliado deberá contener, un análisis de la trayectoria laboral del afiliado y una proyección estimativa de las eventuales prestaciones a que éste podría acceder según la decisión que adoptare. El Banco de Previsión Social tendrá un año para brindar ese asesoramiento al afiliado.

El afiliado que haga efectiva la desafiliación del régimen previsional mixto o la revocación de la opción por el art. 8 de la ley Nº 16.713 debe suscribir el consentimiento informado donde conste haber recibido el asesoramiento necesario para tomar la decisión.

Es importante destacar que una vez que el afiliado recibe el asesoramiento referido, debe ejercer el derecho dentro de los 90 días siguientes. En caso omiso el trámite quedará sin efecto, autorizando al Poder Ejecutivo, por la vía reglamentaria, a habilitar la presentación, por única vez, de una nueva solicitud.

En caso que el afiliado haga efectivo el derecho a desafiliarse del régimen previsional mixto, la principal consecuencia es el retorno al estatuto jubilatorio de origen. Además, los aportes personales transferidos a la Administradora de Fondos de Ahorro Previsional se compensarán automáticamente con la deuda por los aportes personales que habrá contraído con el Banco de Previsión Social.

En el caso de aquellos afiliados que hayan tenido asignaciones computables superiores a los $ 15.000 (hoy $106.549), deberán abonar al Banco de Previsión Social, sin multas ni recargos, los aportes personales no realizados correspondientes a las asignaciones computables del tercer nivel, de conformidad con la normativa aplicable. Los adeudos se convertirán a Unidades Reajustables de acuerdo a la cotización de cada mes en que debió efectuarse el aporte del mes de cargo correspondiente y podrán ser abonados hasta en 72 cuotas mensuales calculadas en Unidades Reajustables.

Es importante destacar que, los afiliados originariamente amparados por el régimen de transición, o en su caso por el régimen general de pasividades vigente a la fecha de sanción de la ley Nº 16.713 (Acto Nº 9 y modificativas), que revoquen la opción por régimen de capitalización individual, calcularán el sueldo básico jubilatorio por la totalidad de las asignaciones computables; mientras que los que revoque la opción del artículo 8, lo harán por las asignaciones computables hasta el tope de $ 5.000 (hoy $ $35.516) y, naturalmente, no tendrán la bonificación del 50% a efectos del cálculo del sueldo básico jubilatorio prevista en el art. 28 de la ley Nº 16.713.

2.3.2. Modificaciones al régimen de ahorro individual

También se introducen una serie de modificaciones al régimen de ahorro individual, sobre aspectos que también fueron considerados en la segunda parte del diálogo social, aunque no hayan sido necesariamente objeto de un acuerdo formal.

El primer cambio refiere a la situación de los afiliados que permanecen dentro del régimen mixto y que cuenten con servicios bonificados. Hasta la vigencia de la Ley, el cálculo de la prestación correspondiente al régimen de capitalización individual se hacía en base a la edad real del afiliado, mientras que, a partir del 1º de febrero de 2014, con toda lógica, deberá tomarse en consideración la edad real más la correspondiente a la bonificación[26].

[26] Por tanto, la compañía de seguros deberá aplicar el artículo 92 del compilado de Normas de Seguros y Reaseguros – Libro IV Título II, con la redacción dada por la Circular del Banco Central del Uruguay Nº 2.109 – resolución de 31 de mayo de 2012 (D.O. 2012/00647), tomando en consideración la edad real más el adicional de la bonificación.

El segundo cambio tiene que ver con el procedimiento de asignación de AFAPs de los afiliados que no realizan la elección de la Administradora[27], premiando a aquellas que tienen la comisión más baja, de acuerdo al siguiente esquema:

1) en caso de que más de una Administradora registre la comisión de administración más baja del régimen, los afiliados serán distribuidos por partes iguales entre ellas;

2) si sólo una Administradora cumple esa condición, los afiliados serán distribuidos, por partes iguales, entre ésa y la que registe la segunda comisión por administración más baja del régimen;

3) si dos o más Administradoras registran la segunda comisión por administración más baja del régimen, el 50 % de los afiliados que les corresponderían conforme al numeral anterior se distribuirá por partes iguales entre ellas;

4) si la diferencia entre las dos comisiones de administración más bajas del régimen superare el 20 % del valor de la menor de las mismas, los afiliados serán asignados en su totalidad a la Administradora que registrare la menor comisión de administración. Dicho margen de diferencia será de 70 % durante el primer año de vigencia de la presente ley, de 50 % durante el segundo, y a partir del tercero se reducirá a razón de diez puntos porcentuales por año, hasta alcanzar el 20 % referido.

El tercer cambio supone una modificación al procedimiento de traspaso de Administradora. A partir del 1º de febrero de 2014, el trámite del traspaso lo podrá hacer el afiliado personalmente ante la Administradora a la cual desea incorporarse (en la actualidad debe hacerlo ante la Administradora elegida o asignada de oficio al afiliado). Efectuado el trámite, el cambio tendrá efecto a partir del segundo mes siguiente al de la solicitud y estará sujeto a lo que dispongan las normas reglamentarias.

El cuarto cambio guarda relación con la situación de los afiliados que se han acogido a la jubilación común o por edad avanzada por el régimen de ahorro individual obligatorio, y reingresen a trabajar en actividades amparadas por el Banco de Previsión Social, donde se disponer que quedaran eximidos de efectuar aportes personales a aquel régimen. Por tanto, los aportes jubilatorios por la nueva actividad se realizarán, exclusivamente, al régimen de solidaridad intergeneracional administrado por el Banco de Previsión Social. A su vez, el desempeño de dicha actividad de reingreso será compatible con las prestaciones jubilatorias generadas por el régimen de ahorro individual.

El quinto cambio disciplina de manera diferente el reingreso a la actividad del afiliado incapacitado en forma absoluta y permanente para todo trabajo, sin derecho a la causal jubilatoria prevista en el art. 19 de la ley Nº 16.713[28], que ejerció la opción prevista en el art.

[27] El decreto reglamentario 24/014 establece nueva redacción al art. 41 del decreto Nº 399/995 de 3 de noviembre de 1995.

[28] En la redacción dada por el art. 4 de la ley Nº 18.395.

52 de ley Nº 16.713 (reintegro de los fondos acumulados en la cuenta individual o transferencia a una empresa aseguradora como capital para obtención de una renta), circunstancia que determinará la reapertura de la cuenta de ahorro individual en la respectiva AFAP, cuando corresponda, en los plazos, forma y condiciones que determine la reglamentación.

En estos casos, el afiliado podrá acreditar en su cuenta de ahorro individual, en calidad de depósito voluntario, la suma oportunamente recibida o transferida a una empresa aseguradora.

El sexto cambio relevante del régimen de capitalización individual, que desde su origen cuenta con un único fondo de ahorro previsional, refiere a la creación de dos subfondos: uno llamado de *Acumulación* y el otro de *Retiro*. El primero caracterizado por una mayor rentabilidad, al tiempo que con mayor riesgo, previsto para las primeras etapas de la vida laboral; y el segundo con menor rentabilidad y más seguro, concebido para la última etapa de la trayectoria laboral.

El sub-fondo de *Acumulación* será en el que se invertirán los ahorros *previsionales* de los afiliados hasta que cumplan 55 años de edad; a partir de ese momento se prevé un proceso gradual de migración de esos fondos hacia el Subfondo de *Retiro*, conforme a la siguiente cadencia: al cumplir los 55 años - 1/5 del saldo de la cuenta; a los 56 años - 1/4 del saldo de la cuenta; a los 57 años - 1/3 del saldo de la cuenta; a los 58 años - 1/2 del saldo de la cuenta y a los 59 años - 100% del saldo de la cuenta.

La instrumentación de los Sub-fondos del Fondo de Ahorro Previsional entrará en vigencia el primer día del mes siguiente del cumplimiento de los doscientos setenta días de su promulgación, es decir el 1º de agosto de 2014.

3. TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

El triunfo electoral de la izquierda ocurrido en octubre del año 2004, reeditado en las elecciones de octubre de 2009, no trajo consigo una reforma estructural del régimen de jubilaciones y pensiones mixto, en cambio ha concretado una serie de cambios graduales en la política de seguridad social con foco en la mejora de los niveles de cobertura y de fortalecimiento de los componentes públicos del sistema.

Las políticas llevadas adelante en el plano laboral, tributario, de salud y de la asistencia social, han facilitado una mayor inclusión social.

La *reforma laboral*, por ejemplo, expresada en la convocatoria de los Consejos de Salarios, la protección de la libertad sindical e impulso de la negociación colectiva, la protección del trabajo doméstico y rural, entre otras, ha provocado por vía de consecuencia una mejora de las pasividades por aplicación del mecanismo de indexación previsto en el artículo 67 de la Constitución de la República, que liga la evolución de los salarios a la de las

pasividades, así como una importante formalización del empleo, como se evidencia con el aumento de los puestos cotizantes en el Banco de Previsión Social[29].

La *reforma tributaria* (ley Nº 18.083 de 27 de diciembre de 2006) también ha tenido un impacto importante en materia de seguridad social, por cuanto: redujo la tasa general del aporte jubilatorio en un 5%, favoreciendo la formalización de la actividad; derogó varias exoneraciones de aportes patronales; estableció de manera gradual un desincentivo en el pago de partidas exentas a la seguridad social (art. 167 de la ley 16.713); reguló nuevamente la figura del monotributo que permitió incluir en el sistema de seguridad social a miles de trabajadores autónomos de bajos ingresos; más recientemente se crea el llamado monotributo social[30], modalidad de registro que cuenta con un subsidio relevante que facilita la inclusión social de los trabajadores con muy bajos ingresos. Por último, aspecto particularmente relevante en la conformación de un Estado de bienestar moderno, la reforma crea el impuesto a la renta de la persona física.

La *reforma del sistema de salud* (ley Nº 18.211 de 5 de diciembre de 2007), al igual que la reforma tributaria, se ha implementado a través del Banco de Previsión Social, y ha permitido expandir la cobertura de salud, multiplicando por cuatro el número de beneficiarios[31]. Dicha reforma implicó la inclusión de los hijos, cónyuges y concubinos de los trabajadores en el sistema, circunstancia que ha contribuido positivamente en la formalización del trabajo.

La *reforma de la asistencia social* ha sido una de las áreas que más cambios ha experimentado, comenzando por la creación del Ministerio de Desarrollo Social (ley Nº 17.866 de 21 de marzo de 2005), que se ocupó de implementar y gestionar el Plan de Emergencia (ley Nº 17.869 de 20 de mayo de 2005) y, a su finalización, el llamado Plan de Equidad (ley Nº 18.172 de 31 de agosto de 2007, ley Nº 18.227 de 22 de diciembre de 2007 y ley Nº 18.241 de 27 de diciembre de 2007).

En suma, podemos afirmar que si bien no se han realizado cambios estructurales en la conformación general del sistema de seguridad social, se aprecia un fortalecimiento del sistema contributivo (mejora de la formalidad; aumento del índice medio de salarios), facilitando la inclusión de sectores sociales históricamente excluidos.

Al mismo tiempo, se han destinado importantes recursos económicos, para llegar con cobertura social a aquellos sectores más carenciados, a través de prestaciones no contributivas, como el Ingreso Ciudadano, las Asignaciones Familiares y la Asistencia a la Vejez, entre otros programas.

Ambas tendencias combinadas implican una reconfiguración del diseño general de protección social, en el que se ensancha el piso de cobertura social que podríamos llamar

29 En diciembre de 2004 los puestos cotizantes eran 940.526 y en diciembre de 2012 alcanzó a 1.485.601, lo que representa un incremento de casi el 58% (Boletín Estadístico, BPS, 2013, Año XXXIV, Nº 68, p. 25).

30 Ley Nº 18.874 de 23 de diciembre de 2011.

31 En diciembre de 2004 el número de asegurados era de 560.000, mientras que en diciembre de 2012, el número de asegurados alcanza a 2.108.278 (Boletín Estadístico, …, p. 352).

pilar cero –anteriormente de muy delgada conformación–, inspirado en una concepción universalista de la seguridad social.

Finalmente, a efectos de completar el panorama de la seguridad social en Uruguay, se consigna que en el presente año nuestro país ha iniciado, con las elecciones internas de los partidos políticos, un proceso electoral que finaliza en octubre o, eventualmente, en noviembre, con la elección de autoridades del Poder Ejecutivo y Legislativo.

En la agenda y programas de los diferentes partidos políticos, incluido el actual partido de gobierno, no se postula ninguna reforma estructural al sistema de seguridad social. En cambio se aprecia una coincidencia en los dos partidos más votados (Frente Amplio y Partido Nacional), en torno a la necesidad de crear un Sistema Nacional de Cuidados.

Es altamente probable, entonces, que en los próximos años se centren los esfuerzos y recursos en la creación e implementación de un sistema de cuidados, sin descartar la posibilidad que se introduzcan algunos cambios paramétricos en el sistema jubilatorio, fundamentalmente en atención al proceso de envejecimiento que caracteriza a la población de este país.

Crónica legislativa de Seguridad Social y materias conexas

MARIA NIEVES MORENO VIDA
CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Laborum

Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, sobre bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social del personal investigador. BOE nº 144, 14-6-14.

Este real decreto tiene por objeto establecer una bonificación del 40 por ciento en las aportaciones empresariales a las cuotas de la Seguridad Social por contingencias comunes respecto del personal investigador en empresas dedicadas a actividades I+D+i, así como regular el procedimiento para su aplicación.

Asimismo, regula el alcance de la compatibilidad de esta bonificación en las citadas cuotas con la deducción a que se refiere el artículo 35 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, para las empresas que se dediquen a actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica (en adelante, I+D+i) que sean sujetos pasivos de dicho impuesto.

El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, derogó expresamente la disposición adicional vigésima de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre que autorizaba al Gobierno para que estableciera bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes al personal investigador que, con carácter exclusivo, se dedique a actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica, a que se refiere el artículo 35 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (así como el Real Decreto 278/2007, de 23 de febrero, y las referencias a las bonificaciones contempladas en el Real Decreto 1432/2003, de 21 de noviembre). No obstante, a pesar del contexto de restricciones presupuestarias que han afectado a la intensidad del apoyo público a las actuaciones en materia de Investigación, Desarrollo e Innovación tecnológica (en adelante I+D+i), el Gobierno ha considerado conveniente recuperar el incentivo no tributario de la bonificación en la cotización a la Seguridad Social respecto del personal investigador con la finalidad de reducir los gastos empresariales y favorecer la contratación de personal investigador.

Este Real Decreto desarrolla (conforme a la disposición adicional septuagésima novena de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013) el régimen normativo de las nuevas bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, regulando el objeto; el ámbito de aplicación; las exclusiones; los requisitos de los beneficiarios; la concurrencia con otras bonificaciones y medidas de apoyo público y cuantía máxima de las bonificaciones; los términos en que se establece la compatibilidad de las bonificaciones con las deducciones fiscales por I+D+i del artículo 35 del texto refundido de la ley del impuesto de sociedades; la aplicación, control y mantenimiento de las bonificaciones; la devolución de las bonificaciones en caso de incumplimiento de los requisitos y la financiación.

Este real decreto supone la colaboración de los siguientes órganos y entidades: la Agencia Estatal de Administración Tributaria que controlará que se cumplen las condiciones que exigidas para la compatibilidad de bonificaciones con las deducciones fiscales; la Dirección General de Innovación y Competitividad, del Ministerio de Economía y Competitividad, que emitirá informes motivados vinculantes que certifiquen las condiciones del personal investigador; la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social que controlarán la correcta aplicación de las bonificaciones sobre las

cotizaciones y la no superación del máximo de ayudas posibles y el Servicio Público de Empleo Estatal, que financiará las bonificaciones.

Tendrán derecho a la bonificación regulada en el art. 1 de este Real Decreto los trabajadores incluidos en los grupos 1, 2, 3 y 4 de cotización al Régimen General de la Seguridad Social que, con carácter exclusivo y por la totalidad de su tiempo de trabajo en la empresa dedicada a actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica, se dediquen a la realización de las citadas actividades, ya sea su contrato de carácter indefinido, en prácticas o por obra o servicio determinado. En este último caso, el contrato deberá tener una duración mínima de tres meses. Con relación a la exclusividad y al cómputo de la totalidad del tiempo de trabajo, se admitirá que hasta un 15% del tiempo dedicado a tareas de formación, divulgación o similares, compute como dedicación exclusiva a actividades de I+D+i. A efectos de lo establecido en este Real Decreto, se considerarán actividades de I+D+i las definidas como tales en el artículo 35 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

La norma, que entra en vigor a los tres meses, se aplicará con carácter retroactivo al personal investigador a tiempo completo en situación de alta a partir del 1 de enero de 2013.

Resolución de 26 de junio de 2014, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se regula la asistencia sanitaria fuera del territorio nacional. BOE nº 157, 28-6-14

A través de esta Resolución se regula la cobertura de la prestación de la asistencia sanitaria que puedan precisar los funcionarios civiles del Estado durante su estancia en el extranjero, atendiendo a las razones o circunstancias, personales o profesionales que la motiven y su duración.

El Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, en su capítulo V, sección 7.ª, contempla la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio nacional, facultando a la Mutualidad para establecer los términos, condiciones y formas de gestión de la prestación, instrumentando para ello los mecanismos y duración de la cobertura en función del carácter de la permanencia en el extranjero y de la situación administrativa del mutualista. Por otro lado, la entrada en vigor del Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social hace extensiva la aplicación de lo dispuesto en los artículos 19, 27.1 y 35 del citado Reglamento, así como los artículos 22, 23, 25, 32, 62.1, 66, 67 (apartados 1, 4, 5, 6 y 7), 68 y 69, y la letra B del anexo 2 del Reglamento 987/2009, a los titulares y beneficiarios del régimen especial de Seguridad Social de los funcionarios de la Administración General del Estado. Asimismo el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el RD 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, viene a completar la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

En base a todo ello, la finalidad de esta Resolución es regular la cobertura de la prestación de la asistencia sanitaria que pueda precisar el colectivo protegido por la Mutualidad durante su estancia en el extranjero, cuya extensión y contenido deben tener en cuenta las razones o circunstancias, personales o profesionales, que motive dicha estancia y su duración, distinguiéndose los siguientes supuestos:

a) Mutualistas destinados fuera de territorio nacional o que presten servicios fuera del territorio nacional por un periodo de tiempo superior a seis meses de acuerdo con la normativa de Función Pública, y otros supuestos asimilados.

b) Mutualistas desplazados temporalmente fuera del territorio nacional por motivos profesionales relacionados con la Función Pública no incluidos en el apartado anterior, o por motivos privados.

En cada uno de los dos supuestos, la Resolución específica de forma detallada los sujetos protegidos, el contenido y la forma de la prestación, así como la aplicación coordinada de otros mecanismos de cobertura como la Tarjeta Sanitaria Europea (TSE) y la Asistencia Sanitaria Transfronteriza.

Resolución de 26 de junio de 2014, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se modifican los anexos II, III y IV de la Orden APU/2245/2005, de 30 de junio, por la que se regulan las prestaciones complementarias de la asistencia sanitaria en MUFACE y se establece el procedimiento de financiación de bombas portátiles de infusión subcutánea continua de insulina. BOE nº 157, 28-6-14

Con esta Resolución se revisan los importes y las condiciones de acceso a ciertas prestaciones complementarias, para adaptarlos a las disponibilidades presupuestarias previstas en la LPGE para 2014.

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 nº 176, 21 julio 2014

Este Real Decreto deroga y sustituye al RD 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal, que se ha visto afectado por sucesivas reformas legales, que han introducido importantes novedades en la regulación jurídica de la incapacidad temporal y 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 de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. Asimismo con esta nueva norma se quiere adaptar también determinados aspectos del control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal a las nuevas herramientas de las administraciones públicas, en la era de las comunicaciones por vía electrónica.

Por otro lado, basándose en la Recomendación 10 del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, conforme a la cual se deben potenciar los mecanismos de colaboración y las posibilidades de control por el INSS y por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, especialmente para procesos de baja duración inferior a 15 días, el Real Decreto pretende incrementar aún más los

mecanismos de control y seguimiento de las prestaciones, especialmente la Incapacidad Temporal. Si bien la Exposición de Motivos del RD señala que con esta norma se introducen o mejoran los mecanismos establecidos con el objeto de "aligerar los trámites y cargas burocráticas existentes en la actualidad para centrar los procesos de incapacidad temporal en la protección del trabajador afectado y en su pronta recuperación, mecanismos que adicionalmente suponen un mejor control de los procesos".

Como consecuencia, la regulación establecida en este Real Decreto implica cambios importantes en la gestión de la Incapacidad Temporal.

Se pretende, según la Exposición de Motivos, dotar al facultativo de una herramienta de respaldo técnico, fundamentada en el análisis de amplias bases de datos y en la experiencia de profesionales expertos en la materia que le oriente en su decisión, estableciendo una estimación teórica de la duración de una situación de incapacidad temporal teniendo en cuenta no sólo la patología del trabajador, sino también su edad y su ocupación.

La regulación establecida en este Real Decreto se aplicará, durante los primeros trescientos sesenta y cinco días, a los procesos de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia determinante, en los que se encuentren quienes estén incluidos en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, con exclusión de los regímenes especiales de las Fuerzas Armadas, de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado y del personal al servicio de la Administración de Justicia.

Se procede a regular una nueva forma de expedición de los partes médicos de baja, confirmación de baja y alta (según la Exposición de Motivos del RD para ahorrar trámites burocráticos y adaptar la expedición de los partes médicos a los diferentes tipos de patología que pueden padecer los trabajadores del sistema de la Seguridad Social). Para ello se establecen unos protocolos de temporalidad de los actos médicos de confirmación de la baja médica que, sin perjuicio de que corresponda al criterio médico del facultativo que emite el parte asignar el plazo estimado de duración del proceso, facilitan al mismo unos plazos orientativos basados en el diagnóstico, ocupación y edad del trabajador. Estos protocolos se materializan en una serie de tablas que incorpora el Real Decreto que establecen la duración media de las bajas por enfermedad, tipificadas para los distintos procesos patológicos y su incidencia en las actividades laborales.

Así, se modifica el modelo actual de forma que el médico de atención primaria determine cuándo tiene que hacer un seguimiento de la enfermedad de su paciente sin condicionarlo, como actualmente, a que semanalmente deba expedir un parte médico de confirmación de la baja.

Los partes de baja y de confirmación de la baja se extenderán en función del periodo de duración que estime el médico que los emite. A estos efectos se establecen cuatro grupos de procesos:

a) En los procesos de duración estimada inferior a cinco días naturales, el facultativo del servicio público de salud, o de la mutua, emitirá el parte de baja y el parte de alta en el mismo acto médico. En función de cuando prevea que el trabajador va a recuperar su capacidad laboral, consignará en el parte la fecha del alta, que podrá ser la misma que la de

la baja o cualquiera de los tres días naturales siguientes a esta. No obstante el trabajador podrá solicitar que se le realice un reconocimiento médico el día que se haya fijado como fecha de alta, y el facultativo podrá emitir el parte de confirmación de la baja, si considerase que el trabajador no ha recuperado su capacidad laboral.

b) En los procesos de duración estimada de entre 5 y 30 días naturales, el facultativo del servicio público de salud, o de la mutua, emitirá el parte de baja consignando en el mismo la fecha de la revisión médica prevista que, en ningún caso, excederá en más de siete días naturales a la fecha de baja inicial. En la fecha de revisión se extenderá el parte de alta o, en caso de permanecer la incapacidad, el parte de confirmación de la baja. Después de este primer parte de confirmación, los sucesivos, cuando sean necesarios, no podrán emitirse con una diferencia de más de catorce días naturales entre sí.

c) En los procesos de duración estimada de entre 31 y 60 días naturales, el facultativo del servicio público de salud, o de la mutua, emitirá el parte de baja consignando en el mismo la fecha de la revisión médica prevista que, en ningún caso, excederá en más de siete días naturales a la fecha de baja inicial, expidiéndose entonces el parte de alta o, en su caso, el correspondiente parte de confirmación de la baja. Después de este primer parte de confirmación, los sucesivos, cuando sean necesarios, no podrán emitirse con una diferencia de más de veintiocho días naturales entre sí.

d) En los procesos de duración estimada de 61 o más días naturales, el facultativo del servicio público de salud, o de la mutua, emitirá el parte de baja en el que fijará la fecha de la revisión médica prevista, la cual en ningún caso excederá en más de catorce días naturales a la fecha de baja inicial, expidiéndose entonces el parte de alta o, en su caso, el correspondiente parte de confirmación de la baja. Después de este primer parte de confirmación, los sucesivos, cuando sean necesarios, no podrán emitirse con una diferencia de más de treinta y cinco días naturales entre sí.

Siempre que se produzca una modificación o actualización del diagnóstico, se emitirá un parte de confirmación que recogerá la duración estimada por el médico que lo emite. Los siguientes partes de confirmación se expedirán en función de la nueva duración estimada.

En supuestos de trabajadores de empresas asociadas a una Mutua, o de trabajadores por cuenta propia adheridos a una Mutua, los correspondientes partes de baja, confirmación de baja y alta serán expedidos por los servicios médicos de la Mutua.

En procesos de Incapacidad Temporal derivados de contingencias comunes que correspondan a la gestión de las Mutuas, éstas, a la vista de los partes médicos de baja o de confirmación, de sus informes complementarios, o de las actuaciones de control o seguimiento, cuando consideren que el trabajador puede no estar impedido para el trabajador, pueden formular, a través de sus servicios médico, propuestas motivadas de alta que remitirán al Servicio Público de Salud.

El facultativo de atención primaria del Servicio Público de Salud puede confirmarla o desestimarla de forma expresa. Si al quinto día de formulada la propuesta la Mutua no ha recibido pronunciamiento expreso, se entiende estimada la propuesta de alta. Las Mutuas también pueden formular propuestas de alta a los Inspectores Médicos del INSS o del ISM.

Real Decreto 637/2014, de 25 de julio, por el que se modifica el artículo 23 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre. BOE nº 181, 26 julio 2014

El art. 23 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre) desarrolla el art. 109 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que determina la composición y las reglas de cómputo de la base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, concretando el art. 23 el alcance tanto de los conceptos retributivos que constituyen la base de cotización en dicho régimen como de aquellos otros que no se computan en ella.

El citado art. 109 de LGSS ha sido objeto de reforma por los Reales Decretos-leyes 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, y 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, que han actualizado esas reglas para el cómputo de la base de cotización a fin de integrar en ella conceptos retributivos cuya exclusión no resultaba ya justificada y de mejorar al mismo tiempo la información a facilitar por las empresas sobre tales conceptos.

Como consecuencia de ello, el objeto de este Real Decreto es armonizar y adaptar el desarrollo reglamentario de las reglas de determinación de la base de cotización al Régimen General, establecidas en el art. 23 del Reglamento general sobre cotización y liquidación, a la regulación legal vigente contenida en el art. 109 LGSS.

En la nueva redacción dada al art. 23 del citado Reglamento general, manteniendo la misma estructura que la hasta ahora vigente, se definen, en su apartado 1, los conceptos retributivos que conforman la base de cotización al Régimen General de la Seguridad Social, estableciendo las reglas de valoración de las distintas percepciones en especie que forman parte de la remuneración y que estarán constituidas por su importe total, de venir establecido su valor nominal y, con carácter general, por el coste medio que suponga para el empresario la entrega del bien, derecho o servicio objeto de percepción, excepto en tres casos:

a) En el supuesto de utilización de una vivienda propiedad o no del empresario o la utilización o entrega de vehículos automóviles: la valoración se efectuará en los términos del artículo 43 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

b) Respecto a la prestación del servicio de educación por centros educativos autorizados a los hijos de sus empleados, con carácter gratuito o por precio inferior al normal de mercado, así como la prestación del servicio de guardería por los propios medios de las empresas: la valoración vendrá determinada por el coste marginal que suponga a esos centros la prestación de tal servicio.

c) En el supuesto de los préstamos concedidos a los trabajadores con tipos de interés inferiores al legal del dinero: se valorarán por la diferencia entre el interés pagado y el referido interés legal vigente en el respectivo ejercicio económico.

Por otro lado, el apartado 2 del art. 23 sigue dedicado a los conceptos excluidos de la base de cotización, si bien ajustándose a los ahora previstos en el artículo 109.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y concretando algunos aspectos del alcance de su exclusión.

La disposición final 1ª establece una ampliación del plazo para la liquidación e ingreso de la cotización correspondiente a las primeras mensualidades de los nuevos conceptos e importes computables en la base de cotización.

Orden SSI/1475/2014, de 29 de julio, por la que se regula, en el ámbito del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, el contenido y procedimiento de suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria, previsto en el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio. BOE 6 agosto 2014

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (art. 3.5) establece que aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud, podrán obtener la prestación de la asistencia sanitaria pública a través de la suscripción de un convenio especial, mediante el pago de la contraprestación económica o cuota que en el mismo se establezca.

Para ello, el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, estableció los requisitos básicos de dicho convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y modificó el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. La disposición adicional segunda del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, habilita a la persona titular del Ministerio de Sanidad Servicios Sociales e Igualdad para regular el contenido y el procedimiento de suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria que haya de ser suscrito por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. Ello es lo que viene a establecer ahora la Orden SSI/1475/2014, de 29 de julio, por la que se regula, en el ámbito del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, el contenido y procedimiento de suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria, previsto en el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, que se publica en el BOE de 6 de agosto de 2014.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7.3 del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, podrán suscribir el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria aquellas personas que residan en España y que, no teniendo la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud conforme a lo dispuesto en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, reúnan los siguientes requisitos: a) Acrediten la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud de este convenio especial; b) Estén empadronadas, en el momento de presentar la solicitud, en Ceuta o Melilla; c) No tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título, ya sea por

aplicación de la normativa nacional, de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que en dicha materia hayan sido suscritos por España con otros países.

El convenio especial de prestación de asistencia sanitaria permitirá a la persona que lo suscriba acceder, desde su fecha de efectos y mediante el pago de la correspondiente contraprestación económica, a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud regulada en el artículo 8 bis de la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, con las mismas garantías de extensión, continuidad asistencial y cobertura de que disfrutan las personas que ostentan la condición de aseguradas o de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, en el ámbito correspondiente al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

El convenio especial de prestación de asistencia sanitaria surtirá efectos desde el día de su suscripción y se extinguirá cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 7 del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio.

La persona suscriptora del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria está obligada a abonar una contraprestación económica durante su vigencia, de acuerdo con las condiciones siguientes: El importe de la cuota, si el suscriptor tiene menos de 65 años, corresponderá a 60 euros mensuales; y, si el suscriptor tiene 65 o más años, la cuota mensual corresponderá a 157 euros. En el caso de que el suscriptor del convenio de prestación de asistencia sanitaria fuese menor de 65 años y durante su vigencia cumpliera dicha edad, la cuota quedará automáticamente actualizada según el importe previsto para el nuevo tramo de edad. Esta contraprestación económica será revisable de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.2 del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio. la falta de pago de las cuotas correspondientes a dos mensualidades consecutivas o tres alternativas, determinará la extinción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria. En caso de que el impago sea de la primera cuota, el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria no habrá desplegado efecto alguno.

En cuanto al procedimiento de suscripción del convenio especial con el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, requerirá la presentación por el interesado de una solicitud dirigida a dicho Instituto (en modelo oficial), que deberá ir acompañada del original o copia compulsada de los siguientes documentos: DNI (o Número de Identidad de Extranjero o pasaporte, en el supuesto de ser extranjero), certificado o certificados de empadronamiento de los municipios de residencia del solicitante en el último año inmediatamente anterior a la fecha de solicitud (para acreditar el cumplimiento de los requisitos de residencia efectiva en España durante el período continuado de un año y estar empadronado en el momento de presentar la solicitud) y declaración responsable de no tener cobertura obligatoria de la prestación de asistencia sanitaria por otra vía (acompañada, en el caso de nacionales de países miembros de la Unión Europea o del EEE y de Suiza o de países con los que España tenga suscrito convenio bilateral de Seguridad Social que contemple las prestaciones de asistencia sanitaria, de un certificado emitido por la institución competente en materia de Seguridad Social o de asistencia sanitaria del país de procedencia del interesado, acreditativo de que no procede la exportación del derecho a la prestación de asistencia sanitaria en España).

La falta de alguno de estos requisitos será subsanable en un plazo de diez días hábiles.

El Director del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria dictará resolución expresa y notificará en el plazo de 30 días hábiles la procedencia o no de suscribir el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria. Transcurrido dicho plazo, la solicitud de suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria se entenderá estimada por silencio. En caso de estimarse procedente, la resolución estimatoria deberá determinar todas las condiciones de dicho convenio.

Dichas resoluciones, expresas o presuntas, ponen fin a la vía administrativa y pueden ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La persona interesada dispondrá de un plazo máximo de tres meses, a partir de la notificación de la resolución que estime su solicitud o al de su estimación por silencio, para formalizar el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria con el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, entendiéndose caducado el procedimiento iniciado cuando transcurra dicho plazo sin que se proceda a la firma del citado convenio por causa imputable al interesado.

Real Decreto 681/2014, de 1 de agosto, por el que se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, aprobado por Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, y el Real Decreto 764/2010, de 11 de junio, por el que se desarrolla la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional. BOE nº 187, 2 agosto 2014.

Mediante este real decreto se acometen diferentes reformas:

- en el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero (que es objeto de la mayor y más profunda de las modificaciones);
- en el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, aprobado por Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre (que se aborda en segundo lugar por tener una vinculación natural por razón de la materia con norma que le precede);
- en el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre;
- y en el Real Decreto 764/2010, de 11 de junio, por el que se desarrolla la Ley 26/2006, de 17 de julio, en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional.

1º.- El artículo 1 modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones (Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero) para adaptarlo, por un lado, a las modificaciones introducidas por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y por la Ley

27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

Por otro lado, en materia de contingencias cubiertas por los planes de pensiones, se adaptan los preceptos correspondientes del reglamento a la modificación del artículo 8.6 del texto refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones efectuada (con efectos de entrada en vigor el 1 de enero de 2013 y vigencia indefinida) por la disposición final 9ª de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. En virtud de ello, se precisa en el reglamento la contingencia de jubilación de los partícipes sin posibilidad de acceso a dicha situación y los supuestos de anticipo de la prestación del plan correspondiente a jubilación.

En cuanto a la regulación de las comisiones de control de los planes de pensiones de empleo, las modificaciones introducidas van dirigidas a su adaptación al art. 7.2 de texto refundido de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones modificado por la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

En relación con los procedimientos de autorización e inscripción administrativa y comunicaciones de datos registrales de los fondos de pensiones se lleva a cabo la adaptación del Reglamento a lo previsto en los artículos 11 y 11 bis, entre otros, del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones modificados por la disposición final 13ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, en virtud de la cual se agilizan los procedimientos introduciendo cauces telemáticos, se suprime el requisito de autorización administrativa previa para las modificaciones y la inscripción de los planes de pensiones en el Registro Mercantil y se reduce a tres meses el plazo para resolver las solicitudes de autorización e inscripción.

Asimismo, en materia de silencio administrativo se modifica la disposición adicional 2ª del reglamento recogiendo el criterio general de silencio positivo para los procedimientos de autorización e inscripción de fondos de pensiones y de sus entidades gestoras y depositarias, de conformidad con el anexo I del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

En materia de movilizaciones de derechos consolidados y económicos entre instrumentos de previsión social complementaria, se adaptan las disposiciones reglamentarias a las modificaciones introducidas por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, en la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones; se sistematizan los supuestos y se precisa la regulación de la movilidad de los derechos económicos de los trabajadores en los seguros colectivos de instrumentación de compromisos por pensiones regulados en la disposición adicional primera del citado texto refundido.

En relación con la comercialización de planes de pensiones individuales, así como respecto del régimen de información a partícipes y beneficiarios, se desarrollan determinados aspectos relativos a la actividad del comercializador, y se revisan y actualizan las obligaciones de información a partícipes y beneficiarios con el objetivo de transparencia y claridad en la información de estos productos de ahorro-previsión, como viene exigiéndose

en la regulación nacional e internacional de otros sectores del sistema financiero y en las recomendaciones emanadas de organismos internacionales. Con esta finalidad se desarrolla el documento con los datos fundamentales para el partícipe que la entidad gestora y los comercializadores facilitarán a los potenciales partícipes para que conozcan las principales características y riesgos que comportan estos productos, el cual deberá redactarse de forma objetiva, clara, precisa y en términos inequívocos.

Con respecto al régimen de inversiones, se adecua el marco normativo existente para clarificar ciertos aspectos referidos a las condiciones de aptitud exigidas a los activos, así como a los límites de inversión aplicables. Se desarrolla el contenido de la declaración comprensiva de los principios de la política de inversión de los fondos de pensiones y se introducen aspectos referentes a la utilización de criterios extra financieros (éticos, sociales, medioambientales y de buen gobierno) en la selección de inversiones, con la finalidad de adaptar la normativa a las tendencias existentes en el ámbito internacional.

En relación con la actividad de las entidades gestoras y depositarias, se clarifican y desarrollan las funciones encomendadas a las mismas con el objeto de adaptarlas a la realidad de los mercados y para garantizar su adecuado cumplimiento. Con esta finalidad, en las entidades gestoras se aclaran aspectos tales como la función de control sobre la entidad depositaria, la conservación y custodia de la documentación relativa a los partícipes y beneficiarios, delegación de funciones y se modifica el régimen de comisiones aplicable a estas entidades; y respecto de las entidades depositarias se desarrolla la función de custodia, la función de control de la entidad gestora, la delegación de funciones y se modifica el régimen de comisiones aplicable a estas entidades.

También con la finalidad de transponer al ordenamiento jurídico español el artículo 19.1 de la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo (modificada por el artículo 62 de la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) n.º 1060/2009 y (UE) n.º 1095/2010), en este real decreto se modifica el artículo 87, apartado 1, del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones incluyendo la posibilidad de que las entidades gestoras de fondos de inversión alternativos puedan ser designadas para la gestión de las inversiones de los fondos de pensiones.

Igualmente se transpone al ordenamiento jurídico español lo dispuesto en el artículo 18.1 bis de la citada Directiva 2003/41/CE (modificada por el artículo 1 de la Directiva 2013/14/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, que modifica la Directiva 2003/41/CE, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo, la Directiva 2009/65/CE, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), y la Directiva 2011/61/UE, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos), en relación a la dependencia excesiva de las calificaciones crediticias. Para ello se modifica el artículo 81 bis del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, estableciendo que, en todo caso, se evitará la dependencia exclusiva y automática de las calificaciones crediticias en las políticas de inversión de los fondos de pensiones gestionados.

2º.- El artículo 2 modifica el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, aprobado por Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre. Estas modificaciones se refieren al pago del derecho de rescate en los seguros colectivos que instrumentan compromisos por pensiones, al régimen de información a asegurados y beneficiarios en este tipo de contratos y en los planes de previsión social empresarial.

Como consecuencia de la supresión de la obligación de remisión de la documentación estadístico contable semestral con objeto de reducir de cargas administrativas de los mediadores de seguros (llevada a cabo por RD 633/2013, de 2 de agosto, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades y el RD 764/2010, de 11 de junio, por el que se desarrolla la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional), en este Real Decreto se establece un adelanto de la fecha de remisión de la documentación estadístico contable (DEC anual) para no mermar la necesaria información con la que debe contar la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones para el ejercicio de sus funciones y con el fin de posibilitar el análisis y presentación al sector de los datos del negocio de los mediadores de seguros de forma más actualizada.

3º.- El artículo 3 modifica diversos aspectos del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre.

Por una parte, se lleva a cabo modificaciones derivadas de la aprobación por la Comisión Europea (el 20 de noviembre de 2012), del nuevo sistema de «Tax Lease» para la financiación de la construcción y adquisición de buques. Con la finalidad de permitir una mayor diversificación de las inversiones de las entidades aseguradoras, el Real Decreto incluye las inversiones en estos activos dentro del catálogo de activos aptos para la cobertura de provisiones técnicas, permitiendo así a las entidades aseguradoras una mayor diversificación de sus carteras en activos considerados fiables, y promoviendo paralelamente la inversión en la industria naval, considerada estratégica.

Por otro lado, se introducen modificaciones dirigidas a adecuar las previsiones del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2011, en el asunto C 236/09, denominado «Test-Achats», en relación con el artículo 5 de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Esta sentencia ha declarado inválido el artículo 5.2 de la citada directiva, que permitía a los Estados miembros, en determinadas condiciones, autorizar diferencias en función del sexo en las primas y prestaciones de seguro. La sentencia concluye que la posibilidad de que los Estados miembros afectados mantengan de modo ilimitado en el tiempo una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, es contraria a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres. Por tanto establece que, a partir de 21 de diciembre de 2012, ya no podrán existir diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, en los casos en los que la consideración del sexo constituya un factor determinante en la evaluación del riesgo a partir

de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Dicha prohibición abarca únicamente a las pensiones y seguros privados, voluntarios y separados del ámbito laboral.

El cumplimiento de la mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea exige adaptar la legislación a lo dispuesto en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (por la que se incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004), que reguló la cuestión a la que se refiere la sentencia en su artículo 71.1 y en la disposición transitoria quinta. A estos efectos, la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (en su disposición final 13ª) modificó la LO 3/2007, de 22 de marzo, eliminando la habilitación contenida su artículo 71.1 que permitía que reglamentariamente pudieran establecerse diferencias de trato entre mujeres y hombres en el cálculo de las tarifas de los contratos de seguro, así como la posibilidad contenida en su disposición transitoria 5ª de mantener las bases técnicas y las tarifas en las que el sexo constituyese un factor determinante de la evaluación del riesgo. Igualmente, la disposición final 14ª de la mencionada Ley 11/2013, de 26 de julio, ha modificado el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados mediante la inclusión de una nueva disposición adicional 10ª, que consagra el principio de igualdad de trato y su ámbito de aplicación. Además, la disposición transitoria 6ª de la Ley 11/2013, de 26 de julio, regula el momento a partir del cual los contratos no podrán contener esta diferenciación en función del sexo, estableciendo que se entenderá por contrato celebrado después del 21 de diciembre de 2012 la modificación, prórroga, ratificación o cualquier otra manifestación de voluntad contractual que implique el consentimiento de todas la partes y tenga lugar con posterioridad a tal fecha.

Como complemento a todo esto, este Real Decreto modifica el apartado 7 del artículo 76 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, con la finalidad de adecuarlo a lo dispuesto en las modificaciones legales antes citadas, si bien no resulta ya procedente reproducir en el texto reglamentario la fecha a partir de la cual los contratos no podrán contener esta diferenciación en función del sexo.

Se modifican también el apartado 3 del artículo 76 y el apartado 1.m) del artículo 105 del mencionado Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 60.3 del texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, modificado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (disposición final 14ª) y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (disposición final 2ª), que han establecido una nueva obligación para las entidades aseguradoras en los seguros de vida en que el tomador no asuma el riesgo de la inversión, en los que habrán de informar de la rentabilidad esperada de la operación considerando todos los costes.

Teniendo en cuenta lo anterior, en este Real Decreto se determinan las modalidades de seguros de vida en las que se establece la obligación de informar, se define lo que se entiende por rentabilidad esperada y se regula la forma de ejercitar este derecho, previéndose que la regulación del método de cálculo de la rentabilidad esperada se desarrolle por orden ministerial. Asimismo, se habilita a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones para que, mediante resolución, pueda excluir de la obligación de información sobre la

rentabilidad esperada otras operaciones de seguro de vida que tengan un alto grado de componente biométrico.

Asimismo, se añade una disposición transitoria 11ª y se deroga la disposición transitoria 3ª del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, relativa al seguro de decesos, que establecía, para las carteras de pólizas existentes a la entrada en vigor del reglamento cuyas bases técnicas no fueran conformes con lo establecido en el mismo, un sistema de dotaciones a la provisión del seguro de decesos basado en porcentajes de las primas devengadas, en lugar del valor de los compromisos asumidos, y, además, no garantizaba la suficiencia de la provisión ni cuando se observasen en su dotación los porcentajes sobre primas devengadas fijados en la disposición transitoria tercera, ni cuando el importe de la provisión así constituida alcanzase los límites establecidos en la misma. La experiencia acumulada ha puesto de manifiesto que, por regla general, las provisiones constituidas conforme a lo dispuesto en su disposición transitoria 3ª resultan insuficientes para reflejar el importe de las obligaciones asumidas por razón de los contratos de seguro a que dicha disposición se refiere, y ello a pesar de haberse integrado en su importe las provisiones de envejecimiento, de estabilización o de desviación de la siniestralidad dotadas en el pasado. Por todo ello, a través de esta nueva disposición transitoria 11ª, se establece la aplicación en el cálculo de la provisión del seguro de decesos un solo sistema, el que establece el artículo 46 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Este régimen consiste en conceder un periodo máximo de veinte años para que las entidades, que a la entrada en vigor del reglamento tuvieran carteras de pólizas cuyas bases técnicas no fueran conformes a lo dispuesto en el mismo, puedan llegar a constituir la totalidad de la provisión, tal como previene el artículo 46 del reglamento, mediante un plan de dotaciones sistemático, es decir, que responda a un esquema preestablecido y sea susceptible de seguimiento en cuanto a su ejecución.

4º.- El artículo 4 modifica el RD 764/2010, de 11 de junio, por el que se desarrolla la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional. Con esta modificación se procede a adelantar la fecha de remisión de la documentación estadístico contable para no mermar la necesaria información con la que debe contar la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones para el ejercicio de sus funciones.

5º.- Por último, la disposición final 2ª de este Real Decreto modifica los artículos 19 y 20 de la Orden EHA/407/2008, de 7 de febrero, por la que se desarrolla la normativa de planes y fondos de pensiones en materia financiero-actuarial, del régimen de inversiones y de procedimientos registrales. La disposición final cuarta recoge la transposición al ordenamiento jurídico español de determinadas directivas europeas. Y, finalmente, la disposición final 5ª establece su entrada en vigor, que será el día siguiente al de su publicación en el BOE, a excepción de lo siguiente: El apartado sesenta del artículo 1 del presente real decreto entrará en vigor a los dos meses de la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». El artículo 4 entrará en vigor el 1 de enero de 2015, siendo la primera remisión debida de la DEC anual la correspondiente al ejercicio de 2014. La modificación de la fecha límite del 30 de abril afectará a la remisión de la documentación estadístico-contable de los corredores de seguros y los corredores de reaseguros y la documentación contable y del negocio de los agentes de seguros vinculados y operadores de

banca-seguros vinculados correspondiente al ejercicio de 2014 que deban suministrar a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones a partir de 1 de enero de 2015.

Resolución de 30 de julio de 2014, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se prorroga la vigencia y se modifica la de 1 de agosto de 2013, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero. BOE nº 193, de 9 agosto 2014.

A través de esta Resolución se prorroga por un periodo de seis meses, a partir del 16 de agosto de 2014, la vigencia de la Resolución reguladora de la tramitación de ayudas económicas asociadas al programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (Resolución de 1 de agosto de 2013, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en dicho programa).

Real Decreto 640/2014, de 25 de julio, por el que se regula el Registro Estatal de Profesionales Sanitarios. BOE nº 197, 14 agosto 2014

En este Real Decreto se regula el Registro creado por RDL 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. La creación de este registro tiene como finalidad facilitar la adecuada planificación de los recursos humanos sanitarios de todo el Estado y la coordinación de las políticas sanitarias en materia de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud. A su vez, la integración del registro en el sistema de información sanitaria del Sistema Nacional de Salud facilitará el cumplimiento de estos fines.

Casi todas las comunidades autónomas han regulado sus registros de profesionales sanitarios basándose en el Acuerdo del Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre los registros de profesionales sanitarios de 14 de marzo de 2007, por lo que es necesario coordinar la información contenida en estos registros y determinar el procedimiento de incorporación de los datos al registro estatal.

Igualmente, se trata de establecer los mecanismos de integración de la información que obra en los registros de otras entidades como los colegios profesionales, consejos autonómicos y consejos generales de los mismos, centros sanitarios privados o entidades de seguro que operan en el ramo de la enfermedad. Entre los obligados a comunicar datos de profesionales sanitarios se encuentran las mutuas y los servicios de prevención de riesgos laborales.

El registro estará adscrito a la Dirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que será el órgano encargado de su organización y gestión, así como de la incorporación de los datos de los profesionales sanitarios al registro y de requerir estos datos, cuando proceda, a los organismos, entidades y corporaciones a los que se refiere el artículo 6. Asimismo, esta Dirección General será la encargada de elaborar un informe anual, que se hará público, con los datos más relevantes de los profesionales sanitarios y será también la responsable de adoptar las medidas que

garanticen la confidencialidad, seguridad e integridad de los datos contenidos en el registro. La Dirección General de Ordenación Profesional será el órgano competente para instruir los procedimientos sancionadores incoados por infracciones relativas al registro, previstas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, cuya sanción corresponderá a la persona titular de la Secretaría General de Sanidad y Consumo.

En el registro se incorporarán los datos de los siguientes profesionales sanitarios, siempre que ejerzan su actividad en el territorio nacional:

a) Los profesionales sanitarios con título universitario de la rama de ciencias de la salud o con título de especialista en ciencias de la salud, a que se refiere la Ley 44/2003, de 21 de noviembre.
b) Los profesionales del área sanitaria de formación profesional a que se refiere la Ley 44/2003, de 21 de noviembre.
c) Los profesionales sanitarios a que se refiere la disposición adicional séptima de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

Además, en el registro podrán incorporarse voluntariamente los datos de los profesionales mencionados en el apartado anterior que, no ejerciendo su actividad en el territorio nacional, cumplan los siguientes requisitos:

a) Ser nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o estar en posesión de una autorización de residencia y trabajo en vigor en España.
b) No encontrarse inhabilitado o suspendido para el ejercicio profesional

Resolución de 31 de julio de 2014, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se establecen los términos para la aplicación a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social de los coeficientes del 0,055 y 0,033 a los que se refiere el artículo 24.1 de la Orden ESS/106/2014, de 31 de enero, para la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena de las empresas asociadas. BOE 25 agosto 2014.

El art. 24.1 Orden ESS/106/2014 establece los coeficientes a aplicar para la financiación de Mutuas en la gestión de la prestación económica por IT derivada de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena al servicio de sus empresas asociadas. Admite la elevación de estos coeficientes hasta el 0,055 y 0,033, para aquellas mutuas que acrediten la insuficiencia financiera del coeficiente general en base a circunstancias estructurales.

La presente Resolución determina las condiciones para la existencia del supuesto legal de insuficiencia financiera del mencionado coeficiente general, su origen en circunstancias estructurales y, en definitiva, los requisitos para el acceso al coeficiente especial.

Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. BOE nº 217, 6 septiembre 2014.

Este Real Decreto-Ley lleva a cabo una serie de reformas urgentes en materia concursal para extender las premisas establecidas en el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial anteriores, al propio convenio concursal.

Como se sabe, el citado RDL 4/2014 flexibilizó el régimen de los convenios pre-concursales de acuerdo con algunas premisas básicas: La primera de ellas es considerar que la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa para las propias empresas, para la economía en general y para el mantenimiento del empleo. La segunda de las premisas era acomodar el privilegio jurídico a la realidad económica subyacente, ya que muchas veces el reconocimiento de determinados privilegios venía a ser el obstáculo principal de los acuerdos pre-concursales. La tercera de las premisas era respetar en la mayor medida posible la naturaleza jurídica de las garantías reales (pero siempre, y tomando en cuenta la segunda premisa, de acuerdo con su verdadero valor económico).

Además de ello, en este RDL se adoptan una serie de medidas para flexibilizar la transmisión del negocio del concursado o de alguna de sus ramas de actividad, eliminando algunas trabas, que, en la actualidad, bien durante la tramitación del proceso concursal, bien cuando la liquidación del concursado sea inevitable, están dificultando su venta.

Desde esta perspectiva, las modificaciones que se introducen en esta materia tienen en última instancia la misma finalidad que las relativas al convenio concursal: facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial, en beneficio de la propia empresa, de sus empleados y acreedores y de la economía en general.

Este RDL es relevante por su posible afectación a la satisfacción de los créditos en materia de Seguridad Social.

Crónica de Doctrina Judicial y Novedades Bibliográficas

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
PROFESORA DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
UNIVERSIDAD DE GRANADA.

Laborum

Crónica de Doctrina Judicial

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO)

STJUE 27 de febrero de 2014, Asunto C-656/11. Reino Unido contra Consejo (TJCE 2014\81). Coordinación de los regímenes de Seguridad Social – Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra – Decisión del Consejo – Elección de la base jurídica – Artículo 48 TFUE – Artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b).El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) decide: 1) Desestimar el recurso;2) Condenar en costas al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; 3) Irlanda, la República Francesa y la Comisión Europea cargarán con sus propias costas.

En su número 40 este Tribunal ha afirmado que: *Según el Consejo, la inclusión de dichos Reglamentos en el anexo II sobre la coordinación de los regímenes de seguridad social se deriva directamente de los compromisos adoptados por la Unión en el marco del Acuerdo CE-Suiza sobre la libre circulación de personas (LCEur 2002, 1102) . Afirma que la propia esencia de este acuerdo es hacer efectiva esta libre circulación entre la Unión y la Confederación Suiza tal y como se aplica en el interior de la Unión, según se desprende, en particular, de su artículo 8, el cual recoge el enunciado del artículo 48 TFUE (RCL 2009, 2300) . A su juicio, de conformidad con su sistema y sus objetivos generales, el Acuerdo CE-Suiza sobre la libre circulación de personas debe incluir cualquier nuevo acto de Derecho derivado de la Unión sobre esta materia con el fin de garantizar la homogeneidad y la equivalencia de los derechos y las obligaciones en su ámbito de aplicación*.

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

No existe doctrina judicial relevante en la materia.

3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

STS 5 de noviembre de 2013, RCUD 761/2013 (RJ 2014\328). Proceso de Seguridad Social. Acumulación de acciones. Cabe la acumulación cuando se pretende por una Mutua patronal, además de la condena directa del empleador, el reintegro por el INSS/TGSS de las prestaciones satisfechas por aquélla en razón de los graves incumplimientos empresariales en materia de cotización, sepe a la distinta contingencia que las originó, porque es la misma la causa de pedir (los descubiertos y la responsabilidad que ello pudiera conllevar).

STS 21 de noviembre de 2013, RCUD 2065/2012 (RJ 2013\8340). Ejecución de sentencia e insolvencia empresarial. Declaración de concurso. Responsabilidad subsidiaria del INSS. Mutuas patronales: reintegro de las prestaciones anticipadas en supuestos en que proceda la imputación de responsabilidad al empresario. La declaración de concurso de la

empresa equivale a insolvencia empresarial y permite exigir la responsabilidad subsidiaria del INSS.

El TS fundamenta lo siguiente: *... 3. No puede perderse de vista que el derecho de la Mutua, ejercitado en la demanda, ha sido reconocido en la sentencia ejecutiva frente a la empresa, como responsable principal, y frente al* INSS, *como obligado subsidiario. Ello implica que la acción ejecutiva frente a la Entidad Gestora solo es posible de resultar insolvente el deudor principal. La parte acreedora tiene una garantía añadida de satisfacción de su crédito, por cuanto, le cabrá dirigir la ejecución contra un segundo obligado, si el deudor principal resultara insolvente. De no haberse fijado esa garantía, al ejecutante solo le hubiera correspondido la acción ejecutiva frente a la empresa, fuera cual fuera su situación de solvencia.*

4. Ahora bien, la cuestión que aquí se suscita no es la de la ejecución frente al empresario, sino la de la posibilidad de instar el cumplimiento de la obligación subsidiaria incluida en la condena. Es preciso poner de relieve que dicha acción ejecutiva no va dirigida contra un deudor en concurso, sino contra el INSS. Por consiguiente, nunca podría integrase este crédito como crédito concursal o crédito contra la masa, en donde solo tienen cabida aquellos que se derivan de las obligaciones del concursado.

5. De lo que se trata en este caso es de discernir si concurrían las circunstancias condicionantes de la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación subsidiaria. Para decidir sobre ello, resulta requisito esencial la insolvencia del deudor/condenado principal, tal y como resulta del art. 126.3 párrafo 3º LGSS que dispone que las acciones que, por subrogación de los derechos del beneficiario, correspondan a la Mutua "únicamente podrán ejercitarse contra el responsable subsidiario tras la previa declaración administrativa o judicial de insolvencia, provisional o definitiva," del empresario. Llegados a este punto, tanto la parte recurrente como el informe del Ministerio Fiscal aluden a la imposibilidad de presumir la insolvencia por la mera existencia del concurso y sostienen la exigibilidad de un declaración judicial expresa.

7. Llegados a este punto, conviene poner de relieve que la mera insolvencia provisional de la empresa justifica la ejecución de la obligación subsidiaria del INSS. *Por ello, no se trata aquí de una presunción de insolvencia, como afirma la sentencia de contraste.* (…) *En suma, la declaración de concurso basta para entender que se da la insolvencia de la empresa a los efectos del art. 126.3 párrafo 3º LGSS que aquí interesan, y, por consiguiente concurre el requisito para el ejercicio de la acción ejecutiva frente al deudor subsidiario, acción que se sustanciará en el marco de la ejecución del proceso social, al entablarse entre el beneficiario del título ejecutivo y el* INSS, *ajenos ambos al concurso. La conexión con el concurso solo se producirá cuando se pretenda ejecutar el crédito frente a la empresa, lo que afectará en su caso, al* INSS, *una vez satisfecha su obligación con la Mutua* (Fundamento de Derecho nº 2).

STS 21 de enero de 2014, RCUD 2885/2012 (RJ 2014\885). Responsabilidad en el pago de la prestación por maternidad. Empresa al descubierto en el pago de cotizaciones a la seguridad social en la fecha del hecho causante. La responsabilidad del pago de la prestación corresponde al INSS y no a la empresa, ya que para que opere la responsabilidad empresarial en las prestaciones por falta de cotización, tiene que vincularse a un incumplimiento con

trascendencia en la relación jurídica de protección, de forma que la falta de cotización imputable al empresario impida la cobertura del período de cotización exigido, supuesto que aquí no concurre. Se estima el recurso. Reitera doctrina.

STC de 27 de febrero de 2014, RCUD 36/2014 (BOE núm. 73, de 25 de marzo de 2014). Recurso de Inconstitucionalidad (RTC 2014\36). Recurso de inconstitucionalidad 1839-2013. Interpuesto por sesenta Senadores del Grupo Parlamentario Socialista en relación con diversos preceptos del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha, en la redacción dada por la reforma aprobada en la sesión plenaria celebrada los días 20 y 21 de diciembre de 2012.

Principio democrático, irretroactividad de las normas y derecho a la participación política: constitucionalidad de los preceptos del Reglamento que modifican el régimen de retribuciones y prestaciones de Seguridad Social de los parlamentarios autonómicos y disponen la entrada en vigor inmediata de la reforma.

STS 5 de febrero de 2014, Rev. 25/2013 (RJ 2014\1309). Revisión: Se estima. Documento de cotización en el extranjero que es revisado por la propia Seguridad Social brasileña alterando la situación. Dicho documento certifica datos anteriores a la sentencia cuya revisión se postula y que advierte de modo claro los errores cometidos en los documentos anteriores de igual clase, llegando a sustituirlos de modo expreso.

4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES)

No existe doctrina judicial relevante en la materia.

5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN

STS 12 de diciembre de 2013, RCUD 257/2013 (RJ 2013\8193). Jubilación. Personal de vuelo. Interpretación del RD 1559/86. Jubilación sin reducción de edad. Periodo de cotización. Posible cómputo del periodo reducido como periodo cotizado. Revisión y cambio de doctrina.

El Alto Tribunal fundamenta que: *Para resolver la cuestión planteada hay que tener en cuenta que el número 1 del art. 161.bis de la Ley General de la Seguridad Social establece que "la edad mínima a la que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior podrá ser rebajada por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y, acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca", con lo que la habilitación al reglamento opera exclusivamente para rebajar la edad de* jubilación, *pero no para otorgar a los colectivos afectados una cotización adicional en función del trabajo realizado que supere la que con carácter general deriva de la aplicación de las reglas generales de cotización, según las cuales y salvo excepciones, como la del trabajo a tiempo parcial, el valor de un día cotizado a efectos del cómputo en materia de prestaciones – periodos previos de cotización a efectos del acceso o duración de determinadas prestaciones*

y días cotizados en el porcentaje de la pensión de jubilación– es equivalente también a un día de cotización.

En este sentido el preámbulo del Real Decreto 1559/1986 insiste en que el objeto de su regulación se centra en la reducción de la edad mínima de jubilación*, por una parte, para atender a "las peculiares condiciones de la actividad aeronáutica", en las que a partir de determinadas edades se exige "al personal técnico de vuelo de trabajos aéreos... la superación de exámenes médicos y psicofísicos, con carácter periódico" con "retirada progresiva de licencias de vuelo en fechas anteriores a la edad en que dichas personas pueden alcanzar, en la Seguridad Social, pensión de* jubilación*" y, por otra parte, para tener en cuenta las especiales condiciones de peligrosidad y penosidad en que se desarrollan los denominados trabajos aéreos.*

Para ello el Real Decreto 1559/1986 establece dos medidas. La primera consiste en la reducción de la edad mínima de jubilación *en un periodo equivalente al que resulte de aplicar al tiempo efectivamente trabajado en las categorías seleccionadas el coeficiente previsto para esa categoría –el 0,40 para el piloto y el segundo piloto– (art. 2). Ahora bien, como la aplicación de esa medida, al reducir el periodo de empleo del trabajador, determina una correlativa disminución de los periodos cotizados, el Real Decreto prevé también un mecanismo para contrarrestar o compensar este efecto sobre el tiempo cotizado que se tiene en cuenta a efectos de determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora. Esta segunda medida opera mediante la previsión de que "el período de tiempo en que resulte rebajada la edad de* jubilación *del trabajador, se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión de* jubilación*" (art. 4). La finalidad de esta medida consiste únicamente en la compensación de los efectos que la* jubilación *en una edad anticipada sobre la normal tiene sobre la carrera de seguro del trabajador y, por tanto, sobre la cuantía de la pensión de jubilación que, por la incidencia del porcentaje, será menor si se adelanta la* jubilación*, impidiendo completar el periodo de cotización que genera los derechos máximos o más elevados. De ahí que, si no hay adelanto de la edad de jubilación, no hay tampoco aplicación del coeficiente reductor para incrementar el periodo cotizado en una supuesta reducción que no existe en la realidad y que, por tanto, tendría que calificarse como teórica o virtual frente a la única real que es la del que se jubila antes de la edad pensionable. El sentido propio de las palabras de la ley coincide aquí con su finalidad, reuniendo los dos cánones interpretativos del art. 3 del Código Civil…* (Véase el Fundamento de Derecho nº 2).

6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL:

La **STS de 26 de diciembre de 2013, RCUD 2315/2012 (RJ 2014\371)** ha llevado a cabo una revisión de la doctrina relativa al *accidente in intinere*, al ampliar el requisito teleológico también a los supuestos en que el accidente se produce al regresar del domicilio familiar al lugar donde el trabajador reside por razón del trabajo para reincorporarse a la empresa al día siguiente (lunes). Argumenta el Magistrado DESDENTADO BONETE *que el hecho de que el trabajador pase noche en un segundo domicilio (de fin de semana o vacaciones), en lugar del de residencia habitual por razones laborales (esto es, aquel en donde vivía durante los días laborales de la semana), no significa que se haya producido una ruptura del nexo causal* (Fundamento de Derecho nº 5). *Efectivamente, la noción de*

accidente "in itinere" se construye a partir de dos términos (el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador) y de la conexión entre ellos a través del trayecto. Por lo que de acuerdo con esta doctrina cabe, a estos efectos, extender la noción de domicilio de forma que también incluya el domicilio de fin de semana. La noción de domicilio hay que entenderla en sentido amplio "no se trata sólo del domicilio legal, sino del real y hasta del habitual y, en general, del punto normal de llegada y partida del trabajador" y en ello en atención a la "evolución que se produce en las formas de transporte y en las costumbres sociales" que amplía la noción de domicilio "para incluir lugares de residencia o, incluso, de estancia o comida distintos de la residencia principal del trabajador" (Fundamento de Derecho nº4). *Lo verdaderamente relevante es aquí: 1) que el accidente se produzca al ir y volver del lugar de trabajo, ya que en otro término de referencia puede ser o no el domicilio del trabajador, siempre que se haya operado con criterios de normalidad, y 2) tampoco es importante que el punto de llegada previsto no sea el centro de trabajo, sino el lugar de residencia habitual del trabajador durante los días laborales (la conexión trabajo-domicilio se pone también de manifiesto en otras sentencias que excluyen de la calificación de accidente de trabajo del apartado a) del art. 115 de la LGSS el desplazamiento desde puntos distintos del domicilio o de sus equivalente funcionales), ya que de esta forma aquél puede descansar antes de reincorporarse al trabajo el día siguiente* (Fundamento de Derecho nº 3).

STS 11 de febrero de 2014, RCUD 42/2013 (RJ 2014\1626). Trabajador que sufre un ictus isquémico de la arteria cerebral media derecha en la habitación del hotel donde se encontraba descansando, en Tel Aviv, realizando un trabajo encomendado por la empresa. No es accidente en misión porque no ocurre en tiempo ni lugar de trabajo, ni concurren especiales circunstancias que permitan considerarlo como accidente de trabajo.

STS de 24 de febrero de 2014, RCUD 145/2013 (RJ 2014\2771). Accidente de trabajo. Cocinero de buque que fallece al caer al mar cuando intentaba acceder a su barco, el cual estaba atracado desde otro barco que se encontraba abarloado. Se delimita en esta sentencia las diferencias legales entre el "accidente *in itinere*" y el "accidente en misión".

STS de 4 de marzo de 2014, RCUD 788/2013 (RJ 2014\2400). Recargo por prestaciones por omisión de medidas de seguridad. Amplio margen de apreciación al Juez de instancia en la determinación del porcentaje aplicable, con arreglo al criterio general de la gravedad de la falta; calificación administrativa de la infracción como falta muy grave.

6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

STEDH 31 de octubre de 2013. Caso *Jacimovic* contra Croacia (JUR 2013/329961) Derecho a un proceso equitativo: Sentencias motivación: alcance del deber de los tribunales de motivar sus decisiones: no exige una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes; Insuficiente: denegación de pensión de incapacidad por no haber contacto con las autoridades competentes en el plazo establecido, tras la independencia de Croacia de la República de Yugoslavia, sin que los órganos administrativos y los tribunales internos hayan dado razones para ello:: importancia de lo que estaba en juego para el demandante: inexistencia de juicio justo: violación existente.

STS 13 de noviembre de 2013, RCUD 2780/2012 (**RJ 2014\314).** Extinción de la IT por no acudir a la comparecencia médica para la que fue requerido por la Mutua

Aseguradora. Falta de diligencia en el demandante. Extinción de la IT acorde a derecho. Reitera doctrina SS.TS 29-9-2009 y 6-3-2012.

STS 25 de noviembre de 2013, RCUD 2878/2012 (RJ 2014\44). Exoneración de responsabilidad a la Mutua en el abono de una Incapacidad Permanente por Enfermedad Profesional contraída muchos años antes de la declaración de incapacidad cuando el aseguramiento por la Mutua no cubría esta contingencia.

El TS aclara aquí que: *La cuestión planteada ya ha sido unificada por esta Sala en sus sentencias de* (…) *en sentido favorable a las tesis que mantiene el recurso, doctrina que debe mantenerse al no ofrecerse argumentos que justifiquen un cambio, cual sostiene el Ministerio Fiscal. Esa solución, como se dice en la de 26 de marzo pasado se ha fundado en que: "1º) La reforma establecida por la disposición final 8ª Ley 51/2007 en los arts. 68, 87, 200 y 201 de la LGSS (RCL 1994, 1825) en orden a la posible asunción por parte de las Mutuas de Accidentes de Trabajo de la cobertura de las prestaciones de* incapacidad permanente *por enfermedad profesional solo entró en vigor el 1 de enero de 2008, por lo que no puede determinar la responsabilidad de una Mutua respecto a un periodo como el comprendido entre 1975 a 1993, (en el presente caso entre 1973 y 1994) en el que necesariamente hubo de contraerse la enfermedad profesional, pero ello no porque –como dice la sentencia de contraste (aquí la recurrida) en criterio que hay que rectificar– en el momento del hecho causante hayan transcurrido varios años desde la extinción del contrato de trabajo, sino porque en ese periodo de exposición al riesgo la cobertura de las prestaciones de* incapacidad permanente *tenía que establecerse en exclusiva con el Fondo de Compensación de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (art. 19 de la Orden de 9 de mayo de 1962 (RCL 1962, 939)), integrado en el INSS (disposición final 1 ª y disposición transitoria 1ª del Real Decreto-Ley 36/1978 (RCL 1978, 2506 y 2632)), limitándose las Mutuas a la colaboración en las prestaciones de* incapacidad *temporal y periodo de observación por estas contingencias de conformidad con el art. 68 .3. b) de la LGSS.*

2º) La resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad de 27 de mayo de 2009, dictada por un órgano que carece de potestad reglamentaria y sin habilitación ninguna por parte de la Ley 51/2007, no tiene rango suficiente para regular la atribución de responsabilidades en materia de prestaciones de la Seguridad Social, ni para establecer la retroactividad de las disposiciones de la mencionada Ley.

3. De acuerdo con esta doctrina, es irrelevante que el hecho causante de la prestación –la Incapacidad Permanente *se haya producido en 2009–, porque lo decisivo es que cuando el riesgo de enfermedad profesional existía –de 1973 a 1994– la cobertura de ese riesgo lo asumió en exclusiva para la* incapacidad permanente *el Fondo Compensador, sin que se haya producido en ese periodo un problema de concurrencia de entidades encargadas de la cobertura que haya que resolver* (Fundamento de Derecho nº 2).

STS 11 de diciembre de 2013, RCUD 1164/2013 (**RJ 2013\8181).** Indemnización de daños y perjuicios por Incapacidad Permanente Total derivada de un proceso de Enfermedad Profesional. El Inicio de la prescripción para reclamarla ha de situarse en la fecha de firmeza de la resolución judicial que declara el grado incapacitante. Reitera doctrina [SSTS 10/12/98 –RCUD 4097/97– ... 21/06/11 –RCUD 3214/10–].

STS 18 de diciembre de 2013, RCUD 726/2013 (RJ 2013\8476). Accidente de trabajo: existe. Trabajador que tras proceso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común es alta médica con propuesta de incapacidad permanente por cardiopatía isquémica y otras dolencias y tras una noche en que presentó episodio de dolor torácico opresivo entre otros síntomas, a las 7 horas y 45 minutos, cuando estaba trabajando, vuelve al mismo cuadro álgido que decide al médico de la empresa a derivarlo al hospital, diagnosticándosele infarto lateral. Lo relevante a estos efectos no son los antecedentes morbosos sino que el episodio se produzca en el lugar de trabajo y mientras se está prestando el servicio. Reitera doctrina.

STS 4 de febrero de 2014, RCUD 1173/2013 (RJ 2014\904). Diferencias en el importe de la prestación de IT ya reconocida. No se produce la caducidad del artículo 44.2 de la LGSS, que regula la caducidad de las prestaciones reconocidas y que no han sido percibidas, pues el aplicable es el 43 de dicho texto legal, que establece un plazo de prescripción de cinco años. Reclamación contra una falta de reconocimiento de una parte del derecho y no contra la falta de pago de un derecho ya reconocido.

STS 12 de febrero de 2014, RCUD 482/2013 (RJ 2014\1098). Declaración de incapacidad permanente absoluta a efectos de pensión de orfandad. Efecto positivo de cosa juzgada de sentencia que reconoció al demandante dicho grado de incapacidad con derecho a la pensión correspondiente. Reitera doctrina: sentencias de 22-05-2011 (rcud. 1582/2010) y 05-06-2012 (rcud. 2255/2011).

STS 12 de febrero de 2014, RCUD 623/2013 (RJ 2014\2238). RETA. Incapacidad permanente total. Aplazamiento de pago de cuotas impagadas. Aplazamiento concedido después de producido el hecho causante. Ineficacia prestacional de esos pagos. Reitera doctrina. Voto particular.

STS 27 de febrero de 2014, RCUD 1979/2013 (RJ 2014\1876). PENSION SOVI: No cabe considerar los días de cotización ficticia de la OM de 18 de enero de 1967 a efectos de alcanzar los 1800 días de cotización. En el caso, las cotizaciones reales en España y Francia anteriores a 1 de enero de 1967 no suman la indicada carencia.

STS 3 de marzo de 2014, RCUD 1246/2013 (RJ 2014\1189). Ceguera y gran invalidez.- La persona que padezca ceguera total o sufra pérdida de visión a ella equiparable reúne objetivamente las condiciones para calificarla en situación de gran invalidez.- El invidente en tales condiciones requiere naturalmente la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida, no requiriéndose que la necesidad de ayuda sea continuada.- No debe excluir la calificación de GI la circunstancia de quienes, a pesar de acreditar tal situación, puedan en el caso personal y concreto, en base a determinados factores, haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, o incluso los que puedan llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación.- Reitera doctrina de esta Sala recaída, especialmente, en recursos de casación por infracción de ley.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8º) de 27 de junio de 2014, RCUD 194/2014 (JUR 2014\190917). Nulidad del embargo de la pensión de gran invalidez.

La Audiencia Provincial se ha pronunciado sobre esta materia en los siguientes términos: *...conviene esta Sala con el recurrente que dicha cantidad es inembargable, por las siguientes razones*:

5ª. (...) *Nuestra legislación, con todo, excluye determinados bienes y derechos de la ejecución forzosa, declarándolos inembargables por las más variadas razones de interés público o social, razones entre las que destaca la de impedir que la ejecución forzosa destruya por completo la vida económica del ejecutado y ponga en peligro su subsistencia personal y la de su familia. La Ley establece, a tal fin, normas de inembargabilidad de salarios y pensiones que son, en muchas ocasiones, la única fuente de ingresos económicos de* gran *número de personas. Tales límites legislativos a la embargabilidad tienen, en principio y con carácter general, una justificación constitucional inequívoca en el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 de la Norma fundamental), principio al cual repugna que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo económico vital del deudor. Este respeto a la dignidad de la persona justifica, así, la creación legislativa de una esfera patrimonial inmune a la acción ejecutiva de los acreedores, límite a la embargabilidad que se fundamenta, también, en lo dispuesto en otros preceptos constitucionales: arts. 39.1 (protección de la familia), 43 (derecho a la protección de la salud) y 47 (derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada).*

Las declaraciones legislativas de inembargabilidad deben, sin embargo, evitar todo sacrificio desproporcionado del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y han de desenvolverse, a tal efecto, dentro de los límites cuantitativos que resulten imprescindibles para asegurar el mínimo económico vital de sus beneficiarios. Si la ejecución se impidiera más allá de la cuantía que asegura ese mínimo vital, se estaría sacrificando, sin proporción ni justificación constitucional, el derecho de los acreedores ex art. 24.1 a hacer efectivos los créditos reconocidos en resolución judicial".

Por ello dicho complemento es inembargable por disposición legal, que no precisa de ser explícita, al amparo del artículo 605.4º, en relación con el apartado 4 del artículo 139 de la LGSS, concurriendo igualmente el carácter de imprescindible para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia, a tenor del artículo 606.1º, último inciso, de la LEC, y por otra parte, porque tal interpretación de la norma está directamente relacionada con la dignidad y subsistencia mínima de la persona, de acuerdo con la tutela constitucional de derechos fundamentales antes reseñada, sin ser desproporcionada en relación con los restantes derechos en colisión.

Todo lo anteriormente expuesto lleva a colegir la estimación del recurso (…)

6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad

STJUE 13 de febrero de 2014**. Asuntos C-512/11 y C-513/11. *Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö (TSN) ry y Terveyspalvelualan Liitto ry* (TJCE 2014\50).** Política social − Directiva 92/85/CEE – Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores – Trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia – Permiso de maternidad – Mantenimiento de una retribución y/o del disfrute de una prestación adecuada − Directiva 96/34/CE – Acuerdo marco sobre el permiso parental – Derecho individual a un permiso parental por el nacimiento o a la adopción de un hijo – Condiciones

de trabajo y de remuneración – Convenio colectivo nacional – Trabajadoras que han iniciado un permiso de maternidad con posterioridad a la interrupción de un permiso parental no retribuido – Negativa al pago del salario durante el permiso de maternidad.

El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

La Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de Derecho nacional, como la prevista en los convenios colectivos controvertidos en los asuntos principales, en virtud de la cual no se reconoce a favor de una trabajadora embarazada que interrumpe un permiso parental no retribuido en el sentido de dicha Directiva, para disfrutar, con efecto inmediato, de un permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), el mantenimiento de la retribución a la que habría tenido derecho en el supuesto de que un período mínimo de reincorporación al trabajo hubiera precedido a ese permiso de maternidad.

STJUE 6-3-14. Asunto C-595/12. Caso *Loredana Napoli* contra *Ministero della Giustizia* (TJCE 2014\57). Procedimiento prejudicial en materia de Política social– Estudio sobre la Directiva 2006/54/CE y el tema relativo a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación– Curso de formación para la adquisición del estatuto de funcionario – Exclusión por ausencia prolongada – Ausencia debida a un permiso de maternidad.

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara: 1*) El artículo 15 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, por motivos de interés público, da de baja a una mujer en permiso de maternidad de una formación profesional que forma parte esencial de su puesto de trabajo y que es obligatoria para poder optar a un nombramiento definitivo como funcionario, así como para mejorar sus condiciones de trabajo, aunque se le garantice el derecho a participar en la siguiente formación que se organice, cuya fecha es incierta. 2) El artículo 14, apartado 2, de la Directiva 2006/54 no es aplicable a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no reserva una actividad determinada únicamente a los trabajadores de sexo masculino, sino que retrasa el acceso a dicha actividad de las trabajadoras que no hayan podido seguir una formación profesional completa debido a un permiso de maternidad obligatorio. 3) Las disposiciones de los artículos 14, apartado 1, letra c), y 15 de la Directiva 2006/54 son suficientemente claras, precisas e incondicionales para poder tener efecto directo*.

STJUE 18 de marzo de 2014. Asunto C-363/12. Caso Z (TJCE 2014\112). Procedimiento prejudicial – Política social – Directiva 2006/54/CE – Igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras – Madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución – Negativa a concederle un permiso retribuido

equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso por adopción – Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad – Directiva 2000/78/CE – Igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación – Interdicción de toda discriminación basada en una discapacidad – Madre subrogante discapacitada para la gestación – Existencia de una discapacidad – Validez de las Directivas 2006/54 y 2000/78.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara: *1) La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en particular sus artículos 4 y 14, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución. La situación de una madre subrogante en lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción no está comprendida en esta Directiva. 2) La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución. La validez de esta Directiva no puede apreciarse en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, pero debe ser interpretada en la medida de lo posible de conformidad con esta Convención*.

6.3. Jubilación

STS 18 de noviembre de 2013, RCUD 792/2013 (RJ 2013\8127). Jubilación. Carencia específica. Cómputo de 112 días por parto. No cabe su cómputo cuando los partos no coinciden con el periodo a tener en cuenta para la carencia.

El TS en su Fundamento de Derecho nº 3 afirma que: *El análisis del precepto a cuyo amparo se insta el reconocimiento de la prestación, artículo 161 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825) , nos muestra la doble exigencia de un periodo total cotizado que en el caso de la actora sería de 4931 días, los cuales reúne pues cuenta con 5267 días, y de una carencia específica consistente en dos años y que en su caso requiere 730 días en el período comprendido entre el 9 de febrero de 1994 y el 9 de diciembre de 2004. Lo anterior muestra la imposibilidad de computar los tres partos, acaecidos entre 1973 y 1982 aun cuando hubieran podido servir para el cómputo de la carencia genérica pues en ella no se produce exigencia alguna de ocurrencia dentro de un periodo concreto y no contradice la doctrina de esta Sala (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2013 (R.C.U.D. núm. 100/2012 (RJ 2013, 3469)) en la que se rechaza, para una pensión con cargo al S.O.V.I., la acumulación de días derivada de partos acaecidos con posterioridad al 31 de diciembre de 1967 por extinción del sistema dada la condición residual del mismo.*

Es de toda lógica la doctrina formulada por la sentencia de contraste cuando restringe la aplicación de los días asimilados por partos al no coincidir con el periodo de

carencia y constituir la finalidad de éste mantener la vinculación del beneficiario con el sistema. De ahí que siendo irrelevante para la carencia genérica una concreción temporal la asimilación no encuentra obstáculo en su aplicación. Por el contrario llevarla al periodo de carencia específica impone contravenir un espíritu y finalidad. Aun cuando el canon interpretativo de la Disposición Adicional 44 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825) deba trascender al orden constitucional, por encima de la legalidad ordinaria, el beneficio otorgado carece de toda base, entendida como contraprestación en servicio o cotización y tiene por objeto fomentar una política de natalidad creando un trato desigual respecto de las mujeres sin hijos, es lo cierto que el beneficio se dirige a la mujer trabajadora que realiza el doble esfuerzo de un desempeño laboral y el cuidado de su descendencia. De ahí que los largos periodos de desvinculación del sistema no permitan incluir precisamente en su transcurso la asimilación discutida por ser dicha inclusión contraria a la finalidad igualitaria perseguida por el precepto a la luz de los mandatos constitucionales pues la concesión del meritado privilegio no puede servir para crear una segunda desigualdad sino para compensar la preexistente. No debe olvidarse que la figura desarrollada en la Disposición Adicional 44 de la Ley General de la Seguridad Social se enmarca en el ámbito de las prestaciones contributivas lo que significa que no es tan solo la natalidad el aspecto protegido sino la vinculación de la misma con la actividad laboral, a fin de fomentar la permanencia de la mujer en la actividad profesional, no obstante la maternidad. Una interpretación distinta tan solo vendría a crear como ya se ha anticipado una desigualdad entre las mujeres inactivas, ambas, una con hijos y otra sin ellos, privilegio carente de justificación tanto bajo el exclusivo canon de igualdad constitucional como en el régimen de legalidad ordinaria incardinada en las prestaciones contributivas y por ende atendiendo de manera primordial al desempeño de una actividad, soporte y asunto de máxima relevancia para afrontar toda interpretación de la Disposición Adicional 44ª de la Ley General de la Seguridad Social . Lo cierto es que como destaca el Ministerio Fiscal, la circunstancia de los partos no ha cumplido la finalidad de vinculación al sistema en el periodo específico, supliendo precisamente en el mismo el vacío de las cotizaciones inexistentes que sumadas a las que se acreditan habrían completado dicha carencia específica. Sin perjuicio de que al constar en la fecha de los partos dieciséis semanas cotizadas, en todo caso se excluiría el beneficio, de conformidad con la Disposición Adicional 44ª de la Ley General de la Seguridad Social, si bien la razón esencial de decidir es la que se contiene en los precedentes razonamientos.

STS 11 de diciembre de 2013, RCUD 492/2013 (RJ 2013\8465). Jubilación. Diferencias económicas entre la prestación reconocida y la reclamada. Diferencias anuales inferiores al límite de acceso al recurso. Examen de oficio de la competencia funcional. Nulidad de la sentencia.

Afirma el TS: *En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala el beneficiario, en la demanda rectora de esta "litis", reclama la diferencia entre la pensión de jubilación que tiene reconocida, el 74% de una base reguladora de 75.302 pesetas (452,57 €), lo que supone 55.724 pesetas (334,91 €) y el 90% de dicha base lo que supone 67.772 pesetas (407,32 €), reclamando asimismo la cantidad correspondiente a dichas diferencias desde el 23-10-2001, sin cuantificar su importe. La diferencia anual entre la cantidad reconocida «334,91 euros por catorce pagas: 4688,71 €» y la reclamada «407,32 € por catorce pagas: 5702,45 €» asciende a 1013,74 €. Esta Sala en sentencia de 15 de junio de 2009 (RJ 2009, 5027) , recurso 1528/08 , ha establecido lo siguiente: "1.- En cuanto a la*

cuantía litigiosa como requisito de acceso al recurso de suplicación (art. 189.1 LPL (RCL 1995, 1144 y 1563)), esta Sala, entre otras, en sus STS/IV 24-noviembre-2008(recurso 2792/2007) y 6-abril-2009 (RJ 2009, 4164) (recurso 154/2008), ha declarado que "en reclamación a la Seguridad Social, cuando la prestación está reconocida y la controversia se limita exclusivamente a la cuantía económica, no es aplicable el mandato del art. 189.1.c) precepto que declara recurribles las sentencias en procesos sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la seguridad Social, incluidas las desempleo, así como el grado de invalidez aplicable. Doctrina uniforme y sin fisuras reiterada (Apartado 1 del Fundamento de Derecho nº 3).

Seguidamente en el apartado 2 de este mismo Fundamento de Derecho nº 3 de esta STS se dice que: *Es, por tanto, doctrina consolidada que cuando se reclama frente al importe asignado a la base reguladora de una prestación, o un incremento en el porcentaje aplicable a la base reguladora, o respecto de cualquier otro aspecto atinente a una diferencia cuantitativa, que no al reconocimiento de la prestación, el acceso al recurso pende de que lo reclamado sea por diferencia superior a 300.000 pesetas anuales (1.803,04 euros), que era el criterio seguido por el apartado 3º del art. 178 de la LPL/1980 (RCL 1980, 1719) (así entre otras, las SSTS/IV 20-diciembre-1993 (RJ 1993, 9973) -recurso 422/1993 , 31-enero-2002 (RJ 2002, 4273) -recurso 31/2001 de Sala General , 29-octubre-2004 (RJ 2004, 7611) -recurso 5896/2003). Por su parte el artículo 192. 3 de la LRJS (RCL 2011, 1845) establece que cuando la reclamación verse sobre diferencias en materia de prestaciones económicas periódicas de cualquier naturaleza, la cuantía litigiosa, a efectos del recurso, se determinará por el importe de las diferencias reclamadas en cómputo anual, sin tener en cuenta las actualizaciones o mejoras que pudieran serle aplicables, ni los intereses o recargos por mora. Por lo tanto, atendiendo a las diferencias, en cómputo anual, entre lo reclamado y lo reconocido no procede recurso de suplicación, ya que estas diferencias ascienden a 1013,74 €, cuantía sensiblemente inferior a la de 3000 € que, como umbral para el acceso al recurso de suplicación, establece el artículo 191.2 g) de la LRJS*.

STS 3 de febrero de 2014, RCUD 861/2013 (RJ 2014\1053). Jubilación parcial de funcionario que pasa a ser laboral y pide esta modalidad de jubilación. Se debate exclusivamente el cumplimiento del periodo de 6 años de servicios en la entidad empleadora. Se entiende cumplido por la prestación anterior como funcionario. Reitera la doctrina de la STS 25 de marzo de 2013 (R. 1775/2012) y se desestima el recurso del INSS, advirtiendo que se trata del cómputo del periodo de carencia como en la STS 31 de mayo de 2012 (R. 104/2011).

STS 18 de febrero de 2014, RCUD 1099/2013 (RJ 2014\2003). Pensión de jubilación en el RETA. El pago voluntario de los descubiertos en el RETA por el interesado, con indicación expresa de que se atribuyan a esa deuda los abonos efectuados y para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 28 del Decreto 2530/1970, deben surtir los efectos pretendidos por el deudor, de conformidad con lo previsto en el art. 1.172 del Código Civil, aunque no haya existido invitación al pago. Desarrolla la doctrina SSTS de 2 diciembre 2008 (rcud. 663/2008), 22 de noviembre de 2013 (rcud. 2514/2012), y 11 marzo 2013 (rcud. 1756/2012).

STS de 13 de marzo de 2014, RCUD 1287/2013 (RJ 2014\2518). Jubilación parcial del personal estatutario: no es posible por falta de desarrollo reglamentario de la normativa

reguladora respecto a este colectivo. Inexistencia de cosa juzgada positiva: la sentencia firme del orden contencioso-administrativo obligando al empleador público a reducir la jornada del personal estatutario solicitante y a contratar a un relevista, no condiciona a la Entidad gestora a conceder al solicitante la jubilación anticipada parcial.

STS 18 de marzo de 2014, RCUD 1687/2013 (RJ 2014\2254). Jubilación anticipada. La modalidad introducida por la Ley 40/2007 en el art. 161 bis LGSS, no solamente alcanza a quienes accedan a la prejubilación con posterioridad a la entrada en vigor de aquella norma, sino a quienes se hubiesen prejubilado antes pero se jubilen después de la referida vigencia. Y no constituye fraude de ley que con posterioridad a la ley y años antes de jubilarse se nove el contrato de prejubilación para conseguir derecho a la nueva modalidad.

6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

STS 2 de noviembre de 2013, RCUD 3044/2012 (RJ 2013\8453). Viudedad. Derechos de los divorciados o separados del causante. Transitoria 18ª L.G.S.S. El cómputo de los diez años desde el divorcio o la separación judicial cuyo transcurso priva de los beneficios de esa transitoria se produce desde el día en que se oficializa la ruptura matrimonial sin pensión compensatoria, sea divorcio o separación judicial. Con voto Particular.

A este respecto el TS afirma que: *La solución dada es corroborada por la doctrina de la Sala Primera de este Tribunal que en sus sentencias de 9 de febrero de 2010 (R.C. 501/2006 (RJ 2010, 526)) y 22 de junio de 2011 (R.C. 1940/2008 (RJ 2011, 5666)) ha establecido que el importe del perjuicio y de la pensión compensatoria se fija al tiempo de la separación y que no cabe su modificación posterior dado su carácter compensatorio. En la primera de las sentencias citadas se dice: "debe confirmarse la doctrina de esta Sala según la que el desequilibrio necesario para que nazca el derecho a reclamar la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura y no deben tenerse en cuenta, a los efectos del reconocimiento del derecho, los hechos que hayan tenido lugar entre la separación y el divorcio..." "QUINTO. Procede declarar como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que genera el derecho a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura matrimonial, aunque se acuerde el pago de alimentos a uno de los cónyuges, sin que el momento del divorcio permita examinar de nuevo la concurrencia o no del desequilibrio y sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener la pensión compensatoria*.

El voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don Fernando Salinas Molina, al que se adhieren el Excmo. Sr. Magistrado Don Jordi Agusti Julia, sostiene que *I.2.- La solución que entiendo adecuada jurídicamente consistiría, al igual que en otros supuestos en materia de seguridad social en los que la fecha del hecho causante o de la solicitud es el momento decisivo a los efectos de determinar los requisitos exigibles, que a efectos de concesión de la pretendida pensión de* viudedad *y en interpretación de la DT 18 LGSS ex Ley 26/2009, lo que debe determinarse a los efectos del acceso a la pensión de* viudedad *es la condición en que se pide la prestación, atendida la situación matrimonial del o de la solicitante en el momento del hecho causante (coincidente con la fecha del fallecimiento), ya lo sea en concepto de separado/a del causante o bien lo sea por su*

condición de divorciado/a . En el primer caso, el cómputo periodo de tiempo se iniciará en la fecha de la separación matrimonial y concluirá en la fecha del fallecimiento del causante; y en el segundo, cuando el solicitante efectúe la petición en concepto de divorciado/a del causante, el cómputo del periodo de tiempo se iniciará en la fecha del divorcio y concluirá en la fecha del fallecimiento del causante. I.3.- Considero que no es trascendente a estos efectos el que , como destaca como su fundamento esencial decisivo la sentencia mayoritaria, la Sala Civil de este Tribunal Supremo interprete que por hechos posteriores a la separación matrimonial no pueda fijarse pensión compensatoria en el momento del divorcio (..." el desequilibrio necesario para que nazca el derecho a reclamar la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura y no deben tenerse en cuenta, a los efectos del reconocimiento del derecho, los hechos que hayan tenido lugar entre la separación y el divorcio.. "), pues precisamente, para corregir los efectos sorpresivos de la reforma ex Ley 40/2007 (RCL 2007, 2208), la DT 18 LGSS ex Ley 26/2009 abandona transitoriamente la vinculación entre la pensión de viudedad *y la concreta situación de necesidad en los supuestos de separación y divorcio , y en dicha fase transitoria vuelve al criterio objetivo anterior a la Ley 40/2007 de estar separado o divorciado para acceder a la prestación sin el exigencia de pensión compensatoria; así expresamente preceptúa la citada DT 18º.1 LGSS que " 1. El reconocimiento del derecho a la pensión de* viudedad *no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de* viudedad *haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concurra en el beneficiario alguna de las condiciones* (...) *que enumera la LGSS.*

STS 13 de noviembre de 2013, RCUD 2684/2012 (RJ 2013\8124). RTVE. Plan de Empleo de 24 de octubre 2006, aprobado en el ERE 29/06. Se garantizaba al trabajador PREJUBILADO una "Renta Irregular Diferida" en el tiempo, abonándose mensualmente el 100% de esa renta al prejubilado si no percibe prestaciones públicas, o bien, si percibiese el desempleo, su "complemento indemnizatorio bruto" por la diferencia hasta completar el total de la "Renta Irregular Diferida". Fallecimiento del prejubilado antes de alcanzar la edad de jubilación. Derecho de la viuda e hijo, que perciben las prestaciones de viudedad y orfandad de la Seguridad Social, a que se le completen las prestaciones de la Seguridad Social en el mismo porcentaje de éstas (52% y 20%) sobre el importe íntegro de la "Renta Irregular Diferida" que se garantizó. Se desestima el recurso de los actores que pretenden percibir, como herederos, el importe íntegro de la "Renta Irregular Diferida", garantizada al causante. Y se desestima el recurso de la empresa que, en definitiva, solicita la confirmación de la sentencia.

STS 16 de enero de 2014, RCUD 254/2013 (RJ 2014\989). Incremento de pensión de orfandad con pensión de viudedad. Efectos económicos desde tres meses antes a la fecha de la solicitud por aplicación del artículo 43.1, párrafo segundo de la LGSS.

STS 27 de enero de 2014, RCUD 3179/2012 (RJ 2014\935). Fallecimiento de un trabajador al ser aprisionado por una carretilla en el centro de trabajo durante la pausa de medio día una vez finalizado el descanso-comida, estando autorizado para comer en la empresa: accidente de trabajo. - Contiene doctrina análoga a la sustentada en STS/IV 9-

mayo-2006 (rcud 2932/2004) y sobre la carga de la prueba en STS/IV 30-junio-2010 (rcud 4123/2008).

STS 29 de enero de 2014, RCUD 1122/2013 (RJ 2014\1293). Pensión de orfandad. Incremento del 52%. Huérfana de padre, sin que la madre tenga reconocida 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 de la LGSS. Interpretación de la expresión orfandad "absoluta": es la falta de ambos progenitores o, en su caso, que a la ausencia de uno se añada que el otro sea desconocido o que el sobreviviente haya sido declarado responsable de violencia de género. Reitera y matiza doctrina. Voto particular.

STS 30 de enero de 2014, RCUD 991/2012 (RJ 2014\1850). Pensión de viudedad de quien se hallaba separado o divorciado del causante: determinación de qué ha de entenderse por pensión compensatoria, a los efectos de cumplir con el requisito para el acceso a la prestación. Criterio finalista: la razón del requisito se halla en la dependencia económica, que concurre con independencia de la denominación de la pensión que abonaba el causante. Se revisa doctrina. Reitera doctrina STS/4ª/Pleno 29 enero 2014 (rcud. 743/2012). Voto particular.

STS 3 de febrero de 2014, RCUD 596/2013 (RJ 2014\1305). Pensión de viudedad. Matrimonio no inscrito. Fecha de efectos del reintegro de prestaciones indebidas. Inexistencia de contradicción por ser diferentes los hechos y fundamentos de la pretensión; extinción de la pensión de viudedad por contraer nuevo matrimonio en el extranjero. Por problemas burocráticos el matrimonio se inscribe en el Registro Civil Central aproximadamente dos años después de su celebración, retraso que produce la demora en la iniciación de la convivencia marital.

STC de 11 de marzo de 2014, RCUD 40/2014 (BOE núm. 87, de 10 de abril de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces y tribunales (RTC 2014\40). Cuestión de inconstitucionalidad 932-2012. Cuestión de inconstitucionalidad 932-2012. Planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en relación con el párrafo quinto del art. 174.3 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Principio de igualdad en la ley y competencias sobre seguridad social: nulidad del precepto legal estatal que, en el caso de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, remite a la legislación que estas aprueben la consideración y acreditación de las parejas de hecho a efectos de disfrutar de la pensión de viudedad. Voto particular.

El art. 174 LGSS, sobre viudedad, dispone en su apartado tercero los requisitos para acceder desde la situación de pareja de hecho. Su párrafo quinto establece: «En las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica.»

El Tribunal estima la cuestión de inconstitucionalidad y declara que el párrafo quinto del art. 174.3 de la LGSS es inconstitucional y nulo.

STS 4 de marzo de 2014, RCUD 1593/2013 (RJ 2014\2078). Viudedad. Pareja de hecho con vínculo matrimonial entre ambos. Separación y reconciliación notarial no comunicada al Juzgado. Derecho a la pensión de viudedad.

STS de 1 de abril de 2014, RCUD 64/2013 (RJ 2014\2780). Pensión de viudedad en caso de separación o divorcio: lo que exige el art. 174.2 LGSS es que el cónyuge supérstite sea acreedor de una pensión compensatoria, pero no se exige que se perciba efectivamente en el momento del fallecimiento del causante, sin que su falta de reclamación extinga la pensión ni suponga renuncia a la misma. Reconocimiento al ex cónyuge separada judicialmente que nunca percibió dicha pensión, ni tampoco denunció impagos.

6.5. Prestaciones familiares

STJUE 27 de febrero de 2014. Asunto C-32/13. Caso *Petra Würker* contra *Familienkasse Nürnberg* (TJCE 2014\77). Seguridad social – Reglamento (CEE) nº 1408/71 – Subsidios familiares – Artículos 77 y 78 – Prestaciones por hijos a cargo de titulares de pensiones o de rentas y para huérfanos – Reglamento (CE) nº 883/2004 – Prestaciones familiares – Artículo 67 – Miembros de la familia que residen en otro Estado miembro – Concepto de "pensión" – Titular de una pensión otorgada, en virtud de la normativa alemana, para la crianza de los hijos, tras el fallecimiento de la persona de la que dicho titular estaba divorciado ("Erziehungsrente").

El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) El artículo 77, apartado 1, del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, modificado por el Reglamento (CE) nº 592/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, debe interpretarse en el sentido de que una prestación como la pensión de crianza prevista en el artículo 47, apartado 1, del Libro VI del Código de la Seguridad Social (Sozialgesetzbuch, Sechstes Buch), que se concede, en caso de muerte, al ex cónyuge del fallecido a efectos de la crianza de los hijos de dicho ex cónyuge, no puede asimilarse a una «[pensión o a una renta] de vejez, de invalidez, de accidente de trabajo o de enfermedad profesional», en el sentido de esta disposición del citado Reglamento.

2) El artículo 67 del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que una prestación como la pensión de crianza prevista en el artículo 47, apartado 1, del Libro VI del Código de la Seguridad Social está comprendida en el concepto de «pensión», en el sentido del artículo 67.

6.6. Desempleo

STS 22 de octubre de 2013, RCUD 3200/2012 (RJ 2013\8427). Protección del desempleo: incidencia de la ausencia del territorio nacional de los beneficiarios de prestaciones.- Requisito general de disponibilidad para el trabajo en el ámbito territorial de actuación de los servicios públicos de empleo españoles.- Delimitación del concepto de

"traslado de residencia" a los efectos del artículo 213 g) LGSS.- Alcance de las obligaciones de comunicación y documentación a cargo de los beneficiarios.- Período de libranza del artículo 6.3 RD 625/1985 (redacción RD 200/2006).- Cuadro de situaciones de prestación "mantenida", prestación "extinguida" y prestación "suspendida".- Solución del caso: prestación "suspendida" en el período de ausencia, que se reanuda en el momento de reintegrarse el beneficiario al territorio español. El reintegro de prestaciones indebidas queda limitado al periodo de ausencia de prestación suspendida. Reitera doctrina STS/IV 18/10/2012 (rcud. 4325/11) –entre otras–.

STS 3 de diciembre de 2013, RCUD 661/2013 **(RJ 2014\54).** Desempleo. Sucesivos contratos temporales para obra o servicio determinado con un trabajador como conductor para campañas de frutas y hortalizas a cuyo término percibe la correspondiente prestación hasta el siguiente contrato. Reintegro de prestaciones a cargo de la empresa: no procede. Reitera doctrina.

STS de 25 de marzo de 2014, RCUD 1740/2013 (RJ 2014\1761). Subsidio por desempleo: requisito de carecer de rentas superiores al 75% del SMI. Venta por el perceptor del subsidio de acciones: período de cómputo de rentas esporádicas superiores al mínimo legal por un tiempo que no alcance los doce meses. Suspensión del subsidio que podrá reanudarse ene l momento en que se acredite de nuevo la carencia y reintegro de la prestación correspondiente a ese periodo, no su extinción.

6.7. Prestaciones Sanitarias

STS de 10 de abril de 2014, RCUD 509/2013 (RJ 2014\2444). Exención de costas procesales: a los organismos de las Comunidades Autónomas que han asumido en el territorio de éstas la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social; Servicio Madrileño de la Salud.

Expone el TS que: *Por virtud de las transferencias de la gestión de la prestación sanitaria llevada a cabo en nuestro país desde el antiguo Instituto Nacional de la Salud a las distintas Comunidades Autónomas, los diferentes Servicios de Salud constituidos en cada una de ellas han recibido por vía de traspaso los mismos bienes, personas y cometidos que antes desarrollaba el indicado Instituto, con lo que de hecho y de derecho han pasado éstos a ocupar a nivel de cada Comunidad Autónoma el mismo lugar que aquél tenía reconocido con anterioridad para todo el Estado, y por cuya razón tenía reconocido por el art. 2 b) de la Ley 1/1996 (RCL 1996, 89) , el beneficio de justicia gratuita. Siendo ello así, pues, tales servicios autonómicos en cuanto han pasado en su conjunto a sustituir a una Entidad Gestora específicamente reconocida como tal por la Ley General de la Seguridad Social y hoy desaparecida, merecen el reconocimiento de su carácter de Entidades Gestoras como lo era aquélla porque en ambos casos concurre igualdad de razón en el tratamiento a los efectos que aquí nos ocupan, o sea, en cuanto al reconocimiento del beneficio de justicia gratuita y por lo tanto la exención del pago de las costas en los recursos de suplicación en aplicación de lo dispuesto en el art. 233 LPL (RCL 1995, 1144 y 1563) , salvadas las excepciones en las que pudiera serles apreciada temeridad o mala fe en sus planteamientos, que aquí no concurren. Siendo ésta la doctrina que, por otra parte, ha seguido esta Sala…*

7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES

STS 12 de febrero de 2014, RCUD 394/2013 (RJ 2014\1097). Sistema de salud. Reintegro de gastos. Prótesis ortocraneal: cobertura por los Servicios Públicos de Salud por ir precedido de prescripción médica de especialista de los Servicios Públicos de Salud. Reconocimiento del derecho con independencia de la cuantía.

8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

STS 14 de enero de 2014, RCUD 1115/2013 (RJ 2014\596). Reclamación de prestaciones derivadas de la Ley de dependencia. Incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de estas cuestiones. La competencia sigue siendo del orden contencioso-administrativo, ya que en cumplimiento de su DF 7ª, se pospone el conocimiento por el orden jurisdiccional social a una posterior ley. Reconoce el TS en su único Fundamento de Derecho que: *... la precitada disposición final 7ª de la Ley 36/2011 (RCL 2011, 184) (LRJS) dilata y pospone la entrada en vigor del único precepto legal que entendemos realmente denunciado [su art. 2 .o)], que, en efecto, en contra de lo que sostiene la sentencia impugnada (JUR 2012, 355714) , permite deducir tácitamente que el contencioso administrativo había sido el competente hasta entonces, atribuyéndose después –ya sin duda, aunque posponiendo de manera condicionada su efectividad– al conocimiento de los órganos jurisdiccionales del orden social a partir de la fecha que se fije "en una ulterior Ley, cuyo Proyecto deberá remitir el Gobierno a las Cortes Generales en el plazo de tres años, teniendo en cuenta la incidencia de las distintas fases de aplicación de la Ley de Dependencia (RCL 2006, 2226) , así como la determinación de las medidas y medios adecuados para lograr una ágil respuesta judicial en estas materias", obligado resulta, sin necesidad de mayor argumentación y en coincidencia con el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, desestimar ambos recursos y confirmar la decisión impugnada, siguiendo así, además, la doctrina ya unificada al respecto por nuestra ya aludida y reciente sentencia de 17 de septiembre de 2013 (rcud 2212/12).*

9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

9.1. Mejoras Voluntarias

STS 3 de octubre de 2013, RCUD 717/2012 (RJ 2014\1205). Cantidad. Mejora voluntaria. Indemnización por incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo. Determinación del sujeto responsable de la falta de actualización de la cobertura del riesgo. La mejora voluntaria había sido pactada por convenio colectivo: correspondiéndole su abono a la compañía aseguradora, en la cuantía prevista en el convenio y no en la póliza, al haberse llevado a cabo las actualizaciones del capital asegurado con un retraso imputable a la compañía aseguradora. "Como con acierto afirma el recurrente, el criterio primordial para la interpretación de los contratos es el de la intención de los contratantes que, a veces, se desprende de los propios términos literales del contrato cuando "son claros y no dejan duda" sobre dicha intención (art. 1281 C.c. (LEG 1889, 27). Pero no es este el caso, pues, aunque el objeto del contrato sí aparece expresado con claridad –asegurar el pago de la indemnización establecida por el Convenio–, el hecho de que a continuación se concrete una suma dineraria y que no haya ninguna cláusula sobre a quién corresponde instar la actualización de la misma, crea un problema interpretativo ante la discordancia sobrevenida entre la cuantía

establecida por un nuevo Convenio revisado y la que consta en la póliza de seguro no actualizada. Para resolver la duda, es útil acudir al art. 1282 del C.c, según el cual: "Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato". En nuestro caso, se puede comprobar que es la compañía aseguradora la que ha llevado a cabo las sucesivas actualizaciones –entre otras cosas porque eso es de su interés, al conllevar una correlativa actualización de las pólizas– si bien lo ha hecho con cierta falta de diligencia, habida cuenta de los retrasos que hemos referido anteriormente y que, en nuestro caso concreto, han dado lugar al problema litigioso. A ello hay que añadir que no hay cláusula alguna en el contrato que obligue a la empresa a solicitar dicha actualización. Y, corroborando todo lo anterior, es claro –pues así se desprende de usos bien conocidos– que el contrato de seguro es redactado por la compañía aseguradora, por lo que resulta pertinente recordar lo que prescribe el art. 1288 del C.c: "La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad". Así lo entendió esta Sala Cuarta en su sentencia de 24/11/2009 (RJ 2010, 249) (RCUD 1145/2008), en cuyo FD Tercero, 4 se afirma: *La causante de la oscuridad en este caso fue la entidad aseguradora recurrente, experta conocedora del sector de seguros, que fue quien redactó la póliza de seguro que normalmente es manifestación de un contrato de adhesión, razones todas por las que se viene entendiendo que las cláusulas oscuras de los contratos de seguro deben interpretarse en favor del asegurado. En este sentido la sentencia de esta Sala de 24 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 6810) (Rec. 2750/91), así como las de la Sala 1 ª de este Tribunal de 15 (RJ 2008, 4376) y 22 de julio de 2008 (RJ 2008, 4501) (Recs. 1839/01 y 780/02), entre otras que las mismas citan*.

STS 27 de noviembre de 2013, RCUD 2317/2012 (**RJ 2014\45).** Mejoras voluntarias. Se desestima el recurso por falta de fundamentación de la infracción legal presuntamente cometida. Falta de fundamento de la infracción legal; es necesaria la propuesta favorable del Director regional para que proceda el abono de la "Ayuda económica de Jubilación" de la empresa "Dragados, S.A"… "De forma contradictoria con la sentencia recurrida, la de contraste, revocando la sentencia de instancia, resuelve en suplicación estimando la demanda con el siguiente argumento: *la Sala no comparte el criterio sustentado por la sentencia de instancia, que viene a añadir una razón más para desestimar la demanda, al considerar que la Ayuda reconocida en la Norma 760-16 tiene "carácter discrecional, tanto en su concesión misma como en su cuantía", y que "la ayuda se ha de pedir al tiempo (o antes) de la solicitud de la jubilación". Y ello por cuanto, de la norma citada no se desprende en modo alguno que, reuniendo el solicitante los requisitos que en la misma se especifican, su abono dependa de la discrecionalidad de la empresa, sino que, reunidos tales requisitos, se convierte en un derecho exigible, sin que a ello obste naturalmente que sea preciso solicitarla, y acreditar haber solicitado la jubilación según la legislación vigente, es decir a los 65 años, o, si se tiene menos de 65 años, tener derecho a ella* (Fundamento de Derecho nº 2) .

STS 15 de enero de 2014, RCUD 1585/2013 (RJ 2014\1593). Mejora voluntaria de Seguridad Social. Indemnización establecida en convenio colectivo por invalidez permanente. Determinación de si cabe entender comprendida la gran invalidez cuando el precepto convencional sólo habla de incapacidad permanente total e incapacidad permanente absoluta y muerte derivadas de contingencia profesional o común para generar el derecho a

la misma. La interpretación de la cláusula convencional y la de la propia normativa de aplicación conduce a una solución afirmativa.

9.2. Fundaciones Laborales y Entidades de Previsión Social

No existe doctrina judicial relevante en la materia.

9.3. Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos

STS 22 de octubre de 2013, RCUD 3000/2012 (RJ 2013\8391). Derecho y cantidad. Derecho de los trabajadores que se adhirieron al sistema de prejubilación de un ERE a que se les apliquen las condiciones de los subplanes de pensiones pactadas en Convenio posterior. Trabajadores prejubilados de las centrales nucleares Almaraz-Trillo: la garantía de mantener una equiparación con el personal en activo en cuanto a los planes de pensiones previstas en los ERES no impide que un posterior convenio colectivo cree un nuevo subplan para los trabajadores en activo, manteniendo para los jubilados la vigencia de los planes anteriores. *Pues bien, lo que garantizaba a los demandantes el apartado 5.5. de los ERES a los que se acogieron en el Plan de Prejubilación era mantener los beneficios sociales que se les reconocieron en el momento de suscribir la adhesión individual al citado sistema de prejubilación, en los términos de igualdad establecidos para el personal en activo de aquel momento; pero ello no impedía a la empresa, manteniendo los beneficios de los ya prejubilados, establecer nuevos Subplanes para el personal que estuviese en activo en el momento de constituirlo, en este caso en virtud del art. 46 del II Convenio Colectivo . En otras palabras, una cosa es actualizar los beneficios sociales que los convenios colectivos posteriores vayan fijando en cada momento para el personal en activo, y otra cosa distinta es la inclusión en un Subplan establecido en uno de esos convenios específicamente para el personal que figure en activo en el momento de la firma del Acuerdo colectivo, que lógicamente solo se aplica al personal directamente concernido y no a los prejubilados, que mantendrán los beneficios sociales que en su día les fueron reconocidos, de acuerdo con la actualización que en cada momento establezca el convenio correspondiente en relación con los otros Subplanes en los que este colectivo prejubilado se haya incluido.*

En definitiva, la garantía establecida para los trabajadores prejubilados de mantener una equiparación con el personal activo en cuanto a los beneficios sociales no impide que por convenio colectivo se establezca un nuevo subplan para unificar los beneficios del personal procedente de las dos centrales; y, aunque formalmente no se plantea la cuestión de la posible ilegalidad del II Convenio por entender que en él se eliminaba la referida garantía, tampoco tal alegación podría tener éxito a la vista de la doctrina de la Sala (sentencias de 16/7/03 (RJ 2003, 7256) del Pleno y 16/11/06 (RJ 2006, 9299) Rcud. nº862/02 y 2352/05 respectivamente) expresiva de que el Convenio puede disponer de los derechos pasivos de los trabajadores que han cesado en la empresa, pues como dice, en síntesis, dicha sentencia del Pleno, incluso antes de la reforma legislativa de los arts. 82.4 y 86.4 ET (RCL 1995, 997) y 192 de la LGSS (RCL 1994, 1825) "se había dicho ya que no rige el principio de irreversibilidad del sistema normativo anterior a la Constitución, que quedó sustancialmente modificado en el nuevo modelo que se instauró, entre otras normas, por el art. 37 de la misma; y caben, en consecuencia, convenios colectivos regresivos, sin que quepa sostener que el convenio colectivo es fuente de condición beneficiosa" , añadiendo "cuando los legitimados inician el proceso negociador, no están condicionados

por niveles mínimos en las condiciones a tratar, como no sean los impuestos por la ley (art. 3.1 del Estatuto de los Trabajadores), ni resultan limitadas sus facultades de convenir, por lo que pueden disponer acerca los pactos o acuerdos privados, aunque sean de dimensión colectiva, de fechas anteriores (Fundamento de Derecho 2)".

Novedades Bibliográficas

1. OBRAS *GENERALES* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

BLASCO LAHOZ, J.F.: *Normas generales de Seguridad Social. Jurisprudencia sistematizada*. 2ª ed., Tirant lo Blanch, 2014, 1116 páginas.

DUEÑAS HERRERO, L.: *La acción protectora del Régimen general de la Seguridad Social*, Lex Nova, 2013, 319 páginas.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y HIERRO HIERRO, J. (Dir. y Coord.): *Ley General de la Seguridad Social*. 2ª ed., Thomson-Reuters/Aranzadi, 2014, 735 páginas.

MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual De Seguridad Social*, 10ª Edición, Tecnos, 2014, 667 Páginas.

MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, Mª.N.; MALDONADO MOLINA, J.A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª.: *Manual De Derecho De La Dependencia*, 2ª Edición, Tecnos, 2014, 342 Páginas.

TOSCANI GIMÉNEZ, D., y VALENCIANO SAL, A.: *Cuestiones prácticas para el ejercicio de la jurisdicción social. Modelos y comentarios*. Lex Nova, 2014, 261 páginas.

TRILLO GARCÍA, A.R., y DE MIGUEL PAJUELO, F.: *Seguridad Social, inscripción de empresas, afiliación y recaudación. Un análisis del sistema y su gestión*. 2 vols. Thomson-Reuters/Lex Nova, 2014, 3500 páginas.

VV.AA.: *Memento Práctico-Social 2014*, Francis Lefebvre, 2013, 2100 páginas.

2. OBRAS *ESPECÍFICAS* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

BARRIOS BAUDOR, G. y DEL VALLE DE JOZ, J.I.: *Jubilación parcial y contratos de trabajo vinculados (a tiempo parcial y de relevo)*, Aranzadi, 2ª ed., 2013, 370 páginas.

BENAVIDES VICO, A.: *Desempleo, incapacidad, jubilación y viudedad/orfandad. Prestaciones de Seguridad Social*. 2ª ed., Thomson-Reuters/Lex Nova, 2014, 851 páginas.

BLASCO LAHOZ, J.F.: *Las pensiones por jubilación. El régimen jurídico de las pensiones contributivas por jubilación de la Seguridad Social, de Clases Pasivas y del SOVI*. Tirant lo Blanch, 2014, 251 páginas.

LÓPEZ GANDÍA, J.: *La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones*, Bomarzo, 2014, 112 páginas.

LÓPEZ INSUA, BELÉN DEL MAR: *La Incapacidad Temporal en el sistema de Seguridad Social.* Comares, 2014, 409 páginas.

PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R. y PANIZO ROBLES, J.A.: *La pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social. Guía práctica*. Thomson-Reuters/Lex Nova, 2014, 465 páginas.

ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La incapacidad para trabajar*. La Ley, 2014, 756 páginas.

SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *La configuración jurídica del accidente de trabajo*, Laborum, 2013, 582 páginas.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *Pensión de jubilación. Últimas reformas legales*. Civitas-Thomson Reuters, 2014, 250 páginas.

SUÁREZ CORUJO, B.: *El sistema público de pensiones. Crisis, reforma y sostenibilidad*. Thomson Reuters/Lex Nova, 2014, 347 páginas.

TEJERINA ALONSO, J.I.: *Las últimas reformas en materia de prestaciones contributivas del Sistema de la Seguridad Social. De la Ley 27/2011, de 1 de agosto, al Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo*. Tirant lo Blanch, 2014, 126 páginas.

3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

MARTÍNEZ NOVAL, L: *¿Pensiones públicas o pensiones privadas?* La fábrica de Libros, 2014, 584 páginas.

Laborum

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

El mercado de trabajo en España en la antesala de la recuperación[1]
Spanish labour market: A step before economic recovery

SANTOS M. RUESGA BENITO
CATEDRÁTICO DE ECONOMÍA APLICADA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Resumen

La profunda crisis que han atravesado las economías desarrolladas desde 2008 hasta la actualidad, con diversos episodios en su camino, deja enormes interrogantes acerca de cómo ha de evolucionar el sistema económico capitalistas en los próximos años. Esta importante recesión no constituye solo una intensa desaceleración del crecimiento económico de prácticamente todos los países del mundo, sino que también arrastra consigo un cambio significativo en las características estructurales del modelo económico vigente. Y a ello están contribuyendo no solo los efectos de la depresión sino también, y de forma destacada, las políticas económicas desarrolladas en los países económicamente más influyentes. Estas transformaciones se están dejando notar, de manera singular, en la estructura de los mercados laborales, que se transforman de forma acelerada en la mayor parte de los países occidentales, al tiempo que registran desequilibrios muy acusados.

En esta perspectiva, el caso español es paradigmático, al transitar de un modelo de fuerte tasa de crecimiento apoyada en el dinamismo del mercado interno a un profundo estancamiento reflejo de la fuerte eclosión del mismo sin que el mercado externo sea capaz de tomar el relevo, mostrando las carencias competitivas del tejido productivo en general. Así, el desequilibrio del mercado de trabajo alcanza una intensidad desconocida y sin parangón en el escenario internacional.

El texto analiza en detalle la situación del mercado

Abstract

The depth of the economic crisis faced by developed economies since 2008 until today, with different levels of intensity in its development, has led to the uncertainty about how has to evolve the capitalist economic system in the next years. This important economic recession is not only an intense deceleration in the economic growth of the most countries around the world, but it also leads to a significant change in the structural characteristics of the current economic model. To this situation are contributing not only the negative effects of the economic depression, but in this regard it is also necessary to highlight the economic policies adopted by the most influential countries in the world. These transformations are singularly affecting on the labour market structures in the western countries, which are experiencing both an accelerated changing process and depth unbalanced.

Under this point of view, the Spanish case is a singular one, moving itself from a process of accelerated economic growth, supported by the development of internal demand, to a deep process of economic stagnation, due to the finishing of the previous economic model, being the external market unable to take over, showing the shortcomings of productive sector competitiveness in general. Thus, the unbalanced in the labour market has reached an unknown intensity without comparison in the international panorama.

The aim of this paper is to analyze the situation of the Spanish labour market, focusing itself in the

[1] La base de este artículo se encuentra en los capítulos 8, 9 y 10 de una próxima publicación, RUESGA, S.M. (Director); J.; LASIERRA, J. M.; PÉREZ ORTIZ, L. & PÉREZ TRUJILLO, M. DA SILVA BICHARA, 2014, por lo que obligatoriamente tengo a que agradecer a mi colega y coautor de esta publicación José Manuel Lasierra, su ayuda inestimable en la elaboración de esos textos, de lo cuales he extraído lo que se expone a continuación. Buena parte arte de las ideas aquí expresadas provienen de diferentes investigaciones llevadas a cabo con mi equipo de la Universidad Autónoma de Madrid (véase: Ruesga,; Pérez Ortiz, & Viñas Apaolaza, (2011); Ruesga Benito(Director); Valdés DalRé; Da Silva Bichara; Lasierra; Pérez Ortiz & Pérez Trujillo (2012); Ruesga; Pérez Ortiz, & Viñas Apaolaza (2014) y Ruesga, S.M.; Viñas Apaolaza & Pérez Trujillo (2014).

de trabajo en España lo efectos derivados de esta larga crisis y las reformas de su marco regulador llevadas a acabo en su transcurso. En primer lugar, se estudian sus principales estructurales y las variaciones que han experimentado en los últimos lustros. En segundo, se analiza el diagnóstico que habitualmente se ha venido ofreciendo desde las instancias oficiales sobre el funcionamiento de este mercado laboral. Diagnóstico sobre que ha servido de base para las sucesivas reformas laborales llevadas a cabo, particularmente la de 2012 y sus desarrollos posteriores. Y, tras este análisis se esboza una crítica de tal diagnóstico, que tras de sí consigo, como no podía ser de otro modo, un claro discurso ideológico. Y, finalmente, tal valoración conlleva de modo implícito elementos propositivos para apuntar una alternativa de política económica y de empleo que eluda los errores de interpretación que hasta la fecha han contribuido a reforzar los profundos desequilibrios existentes en el mercado de trabajo español.

Palabras clave
Mercado de trabajo; Crisis económica; España

effects of both the current recession and the labour reforms adopted during this period. First of all, it is analyzed the main structural characteristics and its changes during the last years. Secondly, it is exposed the economic diagnosis offered by the official channels, which support and make several policy recommendations taken into consideration by the Government, about the development of the labour market in this period. This economic diagnosis has served of inspiration for the elaboration of the several labour market rules reforms adopted during the recession, especially the last reform carried out in 2012 and its subsequent modifications. In the next part, it is exposed a critic analysis about this economic diagnosis, which behind of its elaboration is sustained by an important ideological biased. Finally, this kind of analysis exposed leads to several recommendations which offer an economic political alternative, in order to solve the deep crisis which affects the economic growth and the unbalanced in the labour market in Spain.

Keywords
LABOUR Market; Economic Crisis; Spain

1. INTRODUCCIÓN

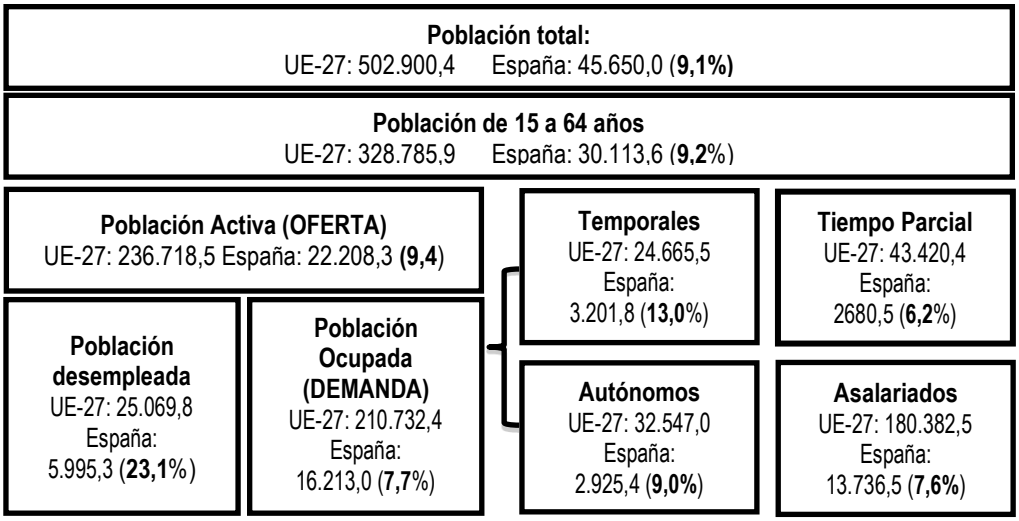
A lo largo del último año (desde mediados del año 2013) venimos escuchando con insistencia desde instancias oficiales que estamos iniciando la recuperación económica tras cinco años largos de crisis, que ha pasado por una doble recesión. Las cifras, no obstante, suelen ser tercas y más allá de crecimientos exiguos del PIB trimestral y un cierto avance en la cuantía registrada del empleo (con retrocesos continuados en la calidad), no encontramos claros indicios en el orden macroeconómico de sostenibilidad en tal senda de recuperación. Nos preocupa especialmente lo que ocurre en el ámbito laboral, reflejo, de un lado, de la propia debilidad del crecimiento económico, pero también, de otro, de los resultados de la aplicación de las reformas en profundidad que se han llevado a cabo en el entramado regulatorio del sistema de relaciones laborales, alterando, sin duda, la relación biunívoca entre dinámica económica y funcionamiento de los mercados laborales.

En este artículo se pretende reflexionar sobre la realidad actual de nuestro mercado laboral, partiendo de una sintética descripción de sus características singulares, en su perspectiva histórica y en sus cambios recientes. Para, a continuación tratar interpretar el diagnóstico sobre el que se viene asentando el proceso de reforma laboral, particularmente en lo que atañe a la reforma de febrero de 2012 y desarrollos posteriores, en un intento de entender como esos errores de un diagnóstico, sujeto a una importante carga política/ideológica, como es consustancial a la economía como ciencia social, están trazando una senda de deterioro de las condiciones de trabajo para los asalariados y autónomos y de mayor volatilidad en el funcionamiento del mercado laboral. Implícito en este análisis el lector encontrar suficientes elementos para proyectar hacia el futuro y hacerse una

composición del mundo de relaciones de trabajo que ya se apunta en lontananza, de no mediar otro tipo de reformas laborales y políticas económicas de por medio[2].

2. EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA ANTE LA RECUPERACIÓN ECONÓMICA

Históricamente el mercado laboral español ha adolecido de una muy baja tasa de actividad en comparación con sus socios comunitarios. Sin embargo, este diferencial se ha ido reduciendo desde mediados de los años ochenta hasta la actualidad, mostrando la población activa española un incremento de 9,5 millones de personas entre los años 1980 y 2012 –lo que equivale en términos relativos a un crecimiento del 70,24 por ciento–, y acelerándose este proceso de incremento de la oferta laboral durante la primera década del siglo XXI con la incorporación de 4,6 millones de personas más al mercado.



Fuente: Elaboración propia con datos de Eurostat.

Nota: Ente paréntesis proporción de España/UE15.

Figura1. Estructura del mercado de trabajo español y europeo (UE-27) (2013, media anual, datos en miles de personas). (FUENTE: Ruesga, dir. et alter, 2014).

A pesar del efecto que la gran recesión de 2008-2012 ha tenido sobre el mercado laboral y, en especial, sobre el incremento del desempleo, la población activa ha mantenido su nivel en este periodo, no pareciendo existir un desincentivo intenso a participar en el mercado laboral ante la crisis –efecto desánimo–, situación que se refleja en una tasa de

[2] El lector interesado en este tipo de ejercicio, puede consultar Lasierra (2001) o en el capítulo 8 de Ruesga Benito, dir. et alter (2014) donde encontrará múltiples elementos que caracterizan a la nueva realidad sociolaboral en la empresa globalizada, tras numerosas reformas laborales, con los cuales dibujar un mapa mucho más preciso de lo que acontecerá en este terreno en los próximos años.

actividad que muestra valores próximos al 60 por ciento desde el año 2008[3]. Comprender las características demográficas del país y su evolución más reciente, al igual que el efecto que la crisis ha tenido sobre el mercado laboral, es imprescindible para poder entender con mayor claridad la dinámica del mercado de trabajo español en los últimos años.

Tabla 1. Evolución del mercado laboral español (miles de personas y %)

Años	Población mayor de 16 años	Población Activa	Población activa extranjera (% total)	Tasa de Actividad (%)	Población Ocupada	Tasa de Ocupación (%)	Población Parada	Tasa de Paro (%)	Tasa de Dependencia* (%)
1985	28.582,4	14.009,1	0,0	49,0	11.004,0	38,5	3.005,1	21,5	32,6
1990	30.429,7	15.465,4	0,0	50,8	12.954,9	42,6	2.510,5	16,2	33,8
1995	31.847,3	16.227,6	0,8	51,0	12.512,1	39,3	3.715,6	22,9	36,0
2000	33.593,1	18.002,3	1,5	53,6	15.505,9	46,2	2.496,4	13,9	36,8
2005	36.416,0	20.885,7	11,2	57,4	18.973,3	52,1	1.912,5	9,2	34,0
2007	37662,8	22189,9	14,3	58,9	20356,0	54,1	1833,9	8,3	32,9
2010	38.479,1	23.088,9	15,8	60,0	18.456,5	47,9	4.632,4	20,0	33,1
2012	38.428,6	23.051,0	14,8	59,9	17.282,0	44,9	5.769,0	25,0	34,4
2013	38.189,7	22.745,3	14,8	59,6	16.750,0	43,9	5.995,3	26,4	35,4

*Tasa de Dependencia = (mayores de 65 años)/(población activa)x100.

Fuente: Elaboración propia con datos Encuesta de Población Activa (EPA) publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE). Tomado de Ruesga (Dir., 2014)

Desde el lado de la oferta el mercado laboral español[4], se caracteriza en las últimas décadas, por un bajo nivel relativo de la tasa de actividad, respecto a las medias europeas, pero en ascenso paulatino, a causa, fundamentalmente de la participación de la mujer, y, coyunturalmente, de la entrada de inmigrantes entre 1997 y 2007. Al mismo tiempo se observa un progresivo envejecimiento de la población activa en conjunción con un acortamiento en el ciclo de vida laboral.

[3] En las épocas más recientes, tras un ligero descenso de la tasa de actividad se observa un repunte al alza en el año 2014, que ralentiza la caída de las cifras de desempleo en relación con el ascenso de la ocupación.

[4] La *oferta de trabajo* está constituida, a efectos estadísticos, por todas aquellas personas que, con más de 16 años (Los datos de EUROSTAT se refieren a población de entre 15 y 64 años) que trabajan de forma remunerada al menos una hora a la semana, o no trabajando en el momento actual buscan activamente un empleo y están dispuestos a incorporarse de forma inmediata si se les ofrece alguno. Su representación estadística se denomina *población activa*.

En síntesis, los rasgos singulares de la oferta de trabajo en España se pueden sintetizar en:

- ✓ Una tasa de actividad comparativamente reducida (en el marco europeo) pero en ascenso en las tres últimas décadas (estancándose en la crisis actual).
- ✓ Creciente feminización de la población activa y del empleo.
- ✓ De receptores a emisores de flujos migratorios a causa de la crisis.
- ✓ Una población que envejece, lo que se hace extensible a la oferta laboral.
- ✓ Y una población cuyo ciclo laboral se acorta de forma acelerada, por impulso del retraso en la edad de entrada a la actividad (estudios, exclusión juvenil en el mercado, ciclos vitales laborales con cada vez más extensas interrupciones, etc.)

Por su parte, la demanda de trabajo en España se caracteriza por una extrema volatilidad ligada al ciclo económico, de modo tal que el proceso de creación/destrucción de empleo es notablemente más intenso que los registros europeos en esta materia.

Cuantitativamente, en las dos últimas décadas, pueden identificarse dos periodos en la evolución de la demanda de trabajo en España claramente diferenciados y contrapuestos, en las dos últimas décadas. El primero de ellos inicia en 1994, dibujando una senda de intenso crecimiento sostenido del empleo, en consonancia con el ciclo económico expansivo, que deparó tasas de incremento del PIB cercanas al 3 por ciento en media. Un periodo que se extendió hasta el año 2008, en el cual se crearon en España uno de cada tres puestos de trabajo generados en el ámbito de la UE-27.

En la primera fase, 1995-2007, el acelerado crecimiento de la ocupación permitió que la tasa de empleo convergiera con los países de su entorno, situándose en el año 2007 en valores superiores a los observados en la media de la UE-15, integrando en la ocupación el fuerte crecimiento experimentado por la oferta laboral, principalmente motivado por el continuado ascenso de la participación de las mujeres en el mercado, y por la inclusión de población juvenil y extranjera al mismo tiempo.

No obstante, el proceso ocultaba importantes carencias en la sostenibilidad a futuro de la dinámica de crecimiento del empleo que con la crisis se han puesto de manifiesto. El crecimiento del empleo en el periodo expansivo se materializó en la creación de puestos de trabajo de baja cualificación, que se ocuparon en una buena proporción con mano de obra inmigrante y jóvenes que abandonaron de forma temprana sus estudios[5], con efectos negativos en el crecimiento de la productividad laboral –y la productividad total de los factores– del conjunto del tejido productivo español. La evolución de los empleos de muy baja cualificación (empleos elementales, en la jerga comunitaria), en ascenso en los periodos expansivos y en descenso en los depresivos, ilustra lo dicho.

El comportamiento procíclico del empleo tiene mucho que ver con la especialización productiva de la economía española fuertemente sesgada hacia sectores de bienes y servicios no comercializables (apoyado el crecimiento, por tanto en la demanda interna), como modo

[5] Lo que dio pie a un proceso de "abandono escolar, relacionado con la dinámica del desempleo juvenil" (García, 2011).

de eludir los perennes problemas de competitividad de nuestra economía. En este contexto sectores como la construcción de viviendas se erigen en protagonistas de la demanda de empleo, caracterizando a ésta como de muy baja cualificación[6] y de muy elevada volatilidad cíclica, fenómeno particularmente ligado al ciclo financiero internacional[7].

Tabla 2. Distribución sectorial del VAB y del empleo

Distribución sectorial del Valor Añadido Bruto (% sobre el total)						
Años	1985	1995	2005	2007	2010	2013
Agrario	5,7	4,0	2,7	2,5	2,4	2,3
Industria	29,7	20,3	16,3,0	15,6	15,1	15,9
Construcción	6,5	8,8	12,1	12,4	9,7	7,9
Servicios	53,2	59,1	58,2	59,4	64,1	65,7
Distribución sectorial del empleo (% sobre total)						
Agrario	16,4	7,4	4,8	4,2	4,3	4,4
Industria	23,5	18,3	16,2	14,6	13,4	13,4
Construcción	7,0	11,8	13,3	14,9	9,2	6,8
Servicios	53,2	62,9	66,7	67,3	73,1	75,5

Fuente: Elaboración propia con datos Contabilidad Nacional y EPA (INE).

Si bien el crecimiento económico depende simultáneamente de una mayor utilización de factores productivos (capital y trabajo) y del incremento en la eficiencia o productividad en el uso de estos factores (conseguido por medio de innovaciones tecnológicas, de organización o de productos), la evidencia empírica parece mostrar como este segundo factor explicaría el 80 por ciento del crecimiento de la renta per cápita, en casos como el de los Estados Unidos, mientras que la acumulación de capital y de trabajo tan sólo el 20 por ciento restante[8]. Lo que ha experimentado la economía española durante la fase expansiva, desde mediados de los años noventa del s. XX hasta finales de la primera década del s. XXI, ha sido el incremento del producto a partir del uso extensivo del factor trabajo, con una acumulación de capital más moderada y acompañado de una lenta incorporación de innovaciones tecnológicas (ascenso en la eficiencia en el uso de factores o productividad)[9].

[6] Complementariamente, el proceso de *salarización*, coherente con los cambios sectoriales acaecidos (hacia la tercerización/cuaternización, Van der Laan, 1998), muestra algunos altibajos ligados al comportamiento de la dinámica cíclica del empleo. Se observa, por ejemplo, una presencia ascendente, en términos relativos, del trabajo no asalariado en las fases depresivas del ciclo económico, en parte auspiciadas por las políticas públicas, que buscan compensar la brusca destrucción de empleos asalariados con el impulso a la iniciativa empresarial entre desempleados e inactivos.

[7] Véase una explicación detallada a este respecto en Jiménez-Ridruejo (2014) y Muñoz-Bustillos (2014).

[8] Solow, R. (1956 y 1957). Posteriormente otros autores han reducido estas estimaciones sobre el aumento del producto atribuido al crecimiento de la eficiencia en el uso de los factores a cifras más moderadas., resultado de análisis empíricos para otros países y otros momentos.

[9] En consecuencia, la dinámica de generación de empleo está relacionada con los cambios que se produzcan en la relación capital-trabajo en el tejido productivo. El efecto de incorporación de nuevas tecnologías al tejido productivo es doble y, en principio contradictorio. Por un lado, acelera el proceso de crecimiento de la productividad global del sistema productivo (aumentando la demanda de trabajo cualificado, de capital humano), permitiendo ganar competitividad interna y externa a las empresas y, por otro, y en sentido contrario, lleva consigo una disminución de la demanda unitaria de trabajo. En términos de volumen empleo, el resultado neto de ambos flujos, aumento de la demanda agregada al ganar en competitividad y descenso de la demanda unitaria al aumentar la productividad del trabajo, es incierto, dependiendo su cuantía del grado de apertura de la economía hacia el exterior y de las condiciones competitivas del entorno internacional en el que se desenvuelve nuestra economía, llevando, en todo caso, a un descenso en la elasticidad empleo-producto.

Es lo que algunos autores han denominado la «paradoja del mercado de trabajo en España», interrogándose sobre cómo es posible lograr crecimientos importantes del volumen de empleo sin incorporaciones significativas de tecnología y sobre cuáles serían los efectos a medio plazo de esta situación (Recio Andréu & Banyuls i Llopis, 2011).

Otra característica del perfil de la demanda en el mercado laboral español hace referencia a la creciente dualidad que se va forjando en el plano contractual durante este periodo: a finales de 2007, uno de cada tres contratos registrados era de carácter temporal. No obstante, esta dualidad del mercado, que formalmente se visualiza en el plano contractual, se enraíza en las características de la estructura productiva, lo que lleva a interpretar que el problema no radica en el tipo de contrato (regulación) y sí en la estructura productiva española –fuertemente volátil e infracualificada–. Pero, contrariamente a esta interpretación, el discurso oficial ha justificado el origen de tal dualidad exclusivamente en la rigidez del entramado institucional, lo que ha impulsado, por ejemplo, reformas continuadas de la legislación laboral para reducirla cuantía de las indemnizaciones por despido, como forma de acercar los costes laborales entre uno y otro tipo de contratos. Hasta llegar a la propuesta sobre la implantación de un "contrato único", con la indemnización por despido ascendente capitidisminuida y vinculada, eso sí, a la antigüedad en el puesto de trabajo (Bentolila, Cahuc, Dolado y Le Barbanchon, 2010: 20).

Y para obtener una fotografía completa del comportamiento de la demanda de trabajo, conviene tener en cuenta también el otro componente de la demanda de trabajo, la jornada laboral, que para los asalariados está regulada en España en un doble ámbito jurídico, no así para los no asalariados, cuya jornada no está sujeta a regulación. La jornada efectiva de trabajo en España está entre las más altas de los países de la UE, aunque muestra niveles medios inferiores al límite máximo establecido (40 horas semanales), en parte debido a la presencia del trabajo a tiempo parcial. No obstante, el peso de esta modalidad de empleo es aun relativamente reducido[10] (aunque en acelerado ascenso en el último lustro), por contraste con otros países europeos, donde esta modalidad contractual está muy extendida. Las razones de este hecho están relacionadas con la fuerte expansión del trabajo temporal (que acapara la mayor parte de los requerimientos de flexibilidad productiva de las empresas españolas). En consecuencia, la jornada semanal experimenta una tendencia descendente tanto en la fase expansiva del ciclo como a partir del año 2007.

Como resultado de esta dinámica de oferta y demanda, el desequilibrio del mercado laboral, se ha ido agudizando en las últimas décadas, con un perfil procíclico también muy intenso, hasta alcanzar cotas desconocidas en la estadística laboral español. La notable presencia de sectores muy intensivos en trabajo no cualificado, particularmente en sectores altamente procíclicos como la construcción o el turismo, explican la enorme volatilidad en la evolución del empleo en España.

[10] La propia regulación del trabajo a tiempo parcial en España y los diferenciales de renta de las familias con respecto a otros países europeos (la renta disponible es más baja –acentuándose este hecho tras la crisis-) explican en buena medida en buena medida el rechazo de asalariados y autónomos a esta forma de prestación laboral. A partir de 2012 se observa un ascenso relativo e importante del uso de la contratación a tiempo parcial en España que está desplazando, siquiera de forma débil, al trabajo temporal como mecanismo de adaptación de las empresas a las condiciones de la fase recesiva por la que atraviesan. Puede interpretarse como uno de los efectos de la reforma laboral de 2012.

Una reducción de los niveles de desempleo a partir de 1994, tras la crisis previa iniciada en 1991, con un descenso de la tasa de paro a cifras por debajo del 8 por ciento a mediados de 2007, reduciéndose en este periodo más de 15 puntos porcentuales. Sale, por tanto, beneficiado el mercado laboral por la etapa de crecimiento económico vivida en este periodo, afectando la coyuntura de forma positiva sobre la reducción del desempleo. Sin embargo, tras la crisis económica iniciada en 2008 y el pinchazo de la burbuja inmobiliaria –auspiciada por la crisis financiera internacional–, el modelo de crecimiento económico español experimentado en los 15 años anteriores tocó a su fin, sufriendo el mercado laboral las consecuencias, y situándose la tasa de paro en cifras cercanas al 27 por ciento, con más de 6 millones de parados.

Durante la crisis posterior al año 2008 el desempleo afectó con especial virulencia a ciertos colectivos específicos, destacando los jóvenes o los inmigrantes –impulsando a ambos a la salida del mercado laboral e incluso la emigración–, los mayores de 50 años y los menos cualificados, mostrando de forma muy gráfica las líneas de segmentación del mercado laboral español.

Por otro lado, los desequilibrios territoriales en materia de desempleo son históricamente muy acusados, hecho vinculado a las variadas características de los respectivos sistemas productivos, no sólo en cuanto a especialización sectorial sino en cuanto a calidad, cantidad e intensidad en el uso de los factores productivos presentes en cada territorio

El desequilibrio ocupacional entre la oferta y la demanda, pone, asimismo, de manifiesto la existencia de una inadecuada estructura de cualificación de la mano de obra, con respecto a las características exigidas por los puestos de trabajo disponibles, lo que se manifiesta en un elevado nivel de sobreeducación formal en la población activa. Junto a ello, se observan dificultades para cubrir determinadas vacantes con cualificaciones medias y medias altas.

A causa de la persistencia de elevadas tasas de desempleo en los periodos de crisis, particularmente en la última registrada por la economía española (2007-2014), el riesgo de una tasa en ascenso del paro estructural es muy intenso. Lo que contribuye a agravar, por otro lado, el deterioro del capital humano disponible, parte del cual acude a la emigración hacia los países europeos como modo único de inserción laboral y ajustada a sus cualificaciones.

En materia salarial, se ha producido un deterior paulatino de la compensación real por empleado en la economía española, que no ha redundado de forma sustancial en la dinámica de los costes laborales unitarios a causa de un pobre comportamiento de la productividad del trabajo y de la productividad total de los factores. Solo de modo parcial, este proceso de "devaluación salarial" se ha reflejado en un ascenso de la competitividad externa de las empresas españolas.

También en este terreno salarial el mercado de trabajo español tiene un comportamiento relativamente peculiar, en el contexto europeo. Centrándonos en los datos relativos a lo que va de siglo XXI y aunque, como ya se ha señalado anteriormente, las estadísticas sobre costes salariales no muestran en su auténtica dimensión el efecto

devaluatorio de la crisis sobre los salarios[11], se pone de manifiesto el cambio de signo del diferencial en la evolución salarial registrado con respecto a la UE en algunos momentos del periodo expansivo anterior a la crisis actual y muestran también como ésta ha arrastrado consigo un proceso de moderación salarial creciente.

Tabla 3. Crecimiento real de los costes laborales y los salarios

Concepto/Años	2000	2007	2010	2013
Incremento costes laborales reales (por hora efectiva de trabajo) [a]	1,10[a]	0,48	-2,45	0,31
Incremento remuneraciones reales por asalariado [b]	0,63[a]	1,21	-2,65	-2,49[b]

Notas: [a] Encuesta de Costes Laborales; [b] Contabilidad Nacional; [a] año 2001; [b] año 2012

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del INE (Contabilidad Nacional y Encuesta Trimestral de Costes Laborales).

Podemos identificar diferentes procesos y hechos que contribuyen a explicar esta dinámica de fuerte moderación-devaluación salarial ya dentro del periodo depresivo. En la primera parte, hasta 2010 los salarios mantienen cierta inercia de crecimiento, debido a los mecanismos de la negociación colectiva, que proyectan hacia delante los incrementos, con el concurso de las cláusulas de revalorización de los convenios (Pérez Infante, 2012). Pero a partir de 2011-2012 comienza a pesar el propio arrastre de la crisis (el *crack* de empleo) y se impone extensivamente la estrategia sindical de moderación salarial pactada (*Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva –AENC– II, 2012-214*), lo que significa una reducción importante en los incrementos pactados en los convenios colectivos[12], tendencia que se reforzará ya a mediados de 2012 y 2013 como resultado de la profunda modificación regulatoria de la negociación colectiva introducida en la reforma laboral de 2012 (que transforma este mecanismo de negociación, transfiriendo un mayor poder de decisión a los empresarios y reduciendo sustancialmente el papel de este instrumento en la determinación de las relaciones salariales).

Adicionalmente, si consideramos la evolución de la productividad del trabajo, el efecto devaluatorio de los costes laborales se intensifica en los años de recesión, a causa del comportamiento anticíclico de la productividad del trabajo en España. El cambio en la tendencia en este parámetro a partir de 2007 contribuye a acelerar el descenso de los costes

[11] Los cambios en la composición del empleo agregado, afectan al cálculo del salario medio que muestran las estadísticas. Si tenemos en cuenta que el empleo destruido en la crisis ha sido mayoritariamente de baja cualificación y con contratos temporales, es sencillo concluir que las estadísticas tienden a sobrevalorar el incremento salarial o de los costes laborales o infravalorar el descenso de los mismos (Pérez Infante, 2012).

[12] Lamentablemente las estadísticas de convenios colectivos, que ofrecen información sobre los resultados económicos de la firma de estos acuerdos, se han deteriorado notablemente tras la reforma laboral de 2012, por lo que podríamos denominar una "desidia administrativa", probablemente no exenta de intencionalidad política, por parte del organismo competente, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Para una explicación en profundidad de lo ocurrido al respecto, véase Pérez Infante (2014).

laborales unitarios (CLU)[13], a diferencia de países como, por ejemplo, Alemania, que muestra una senda procíclica en la trayectoria del mismo. Lo que, en principio, debiera significar una ganancia relevante de competitividad-precio para las empresas españolas, que reducen sus costes laborales respecto a los principales países competidores, no es corroborado por que los datos macroeconómicos de manera concluyente[14].

Tabla 4. Evolución de la productividad aparente del trabajo (incremento PIB real/incremento empleo), 1970-2012, para Alemania, España, y Estados Unidos

PAIS/ PERIODO	1970 - 1980	1980 - 1985	1985 - 1990	1990 - 1995	1995 - 2012	2001 - 2007	2000 - 2012	2001 - 2012	2007 - 2009	2007 - 2012	2009 - 2012
ALEMANIA	3,8	2,2	2,5	2,5	1,3	1,6	1,1	1	-1,3	0,3	1,4
ESPAÑA	4,8	4,4	1,2	1,9	0,9	0,7	1,2	1,3	1,6	2	2,3
ESTADOS UNIDOS	1,5	1,7	1,4	1,3	2	2,1	1,9	1,8	1,8	1,5	1,3
AREA EURO		..		..		1,3	1	0,9	-0,6	0,5	1,3

Fuente: OCDE, Statistical Data Base.

A lo largo de la última fase de crecimiento de la economía española se puede observar como el crecimiento de los CLU se ha situado por encima de las cifras observadas para la media de los socios comunitarios hasta el año 2007. Este hecho habría empeorado la capacidad competitiva de la economía nacional, especialmente en un entorno donde no existen barreras monetarias. Sin embargo, con la crisis, dichos costes tienden a disminuir de forma notable, alimentando un proceso de devaluación salarial intenso. Esto se debe a que las ganancias de productividad (aparente del trabajo) de la economía española derivan más del descenso del empleo (fundamentalmente con poca exigencia de cualificación) y la mayor intensidad de horas trabajadas que del avance general de la innovación en los procesos productivos y/o en la organización del trabajo.

De esta forma, se prima el recurso al factor trabajo, devaluándolo, como mecanismo de búsqueda de mayores cotas de competitividad (precios) de las empresas española en relación con las de otras economías. Esta estrategia político-empresarial no contempla, salvo

[13] El incremento de los CLU es el cociente entre el incremento de los Costes Laborales Totales y la Productividad aparente del trabajo (variación del PIB/variación del empleo); así pues la evolución de este indicador, en el caso español está fuertemente condicionado por la evolución del empleo asalariado.

[14] Es interesante, a este respecto, reproducir lo que se señala en una crónica periodística en el diario El País ("Los beneficios empresariales se libran de la devaluación", Amanda Mars, 24-03-2014), donde se indica como "los márgenes de las compañías españolas crecen por encima de la eurozona. Los precios industriales no se han ajustado en la misma proporción que la media europea". En el reportaje se señala que "la mayor parte de la ganancia de competitividad ha venido por la productividad, aunque los salarios haya contribuido algo, pero menos que esta. Mientras tanto, los márgenes empresariales no han colaborado", según Miguel Cardoso, economista jefe para España del Servicio de Estudios del BBVA. Concluyendo que "entre 2009 y 2012 los precios de las exportaciones, medidos a través de los índices de valor unitario, han aumentado un 2,2% más que en los países desarrollados, por lo que "las empresas españolas no han necesitado reducir precios para seguir siendo competitivas en los mercados internacionales", lo que "contradice la apreciación generalmente extendida de que las exportaciones españolas han crecido en los últimos años gracias a la mejora de la competitividad derivada del mencionado descenso de los costes laborales unitarios", en palabras de María Jesús Fernández, investigadora de la Fundación de las Cajas de Ahorros (Funcas)".Lo que se entiende al considerar la fuerte concentración en un reducido número de grandes empresas de la mayor parte de la actividad exportadora española.

raras excepciones el avance de la productividad, como vía de competitividad, apoyándose en un uso más eficiente de los recursos disponibles. Esta importante carencia en la estrategia de las empresas españolas se pone de manifiesto en la evolución de la Productividad Total de los Factores (PTF) que registra el aumento del PIB debido a la mejora de la eficiencia en la utilización de los factores de producción. Como se observa en la figura 3, la PTF evoluciona de forma casi plana en España desde mediados de los años noventa del pasado siglo, frente a crecimiento continuos en países como Alemania o Estados Unidos. Las estrategias empresariales de incorporación de innovaciones al conjunto del aparato productivo, mucho más extendidas entre el tejido empresarial de estos países, explican estas diferencias acusadas en los indicadores de aumento de la PTF, a la que se le puede atribuir una parte importante del crecimiento tendencial del PIB, más allá del crecimiento en la dotación de capital o de trabajo.

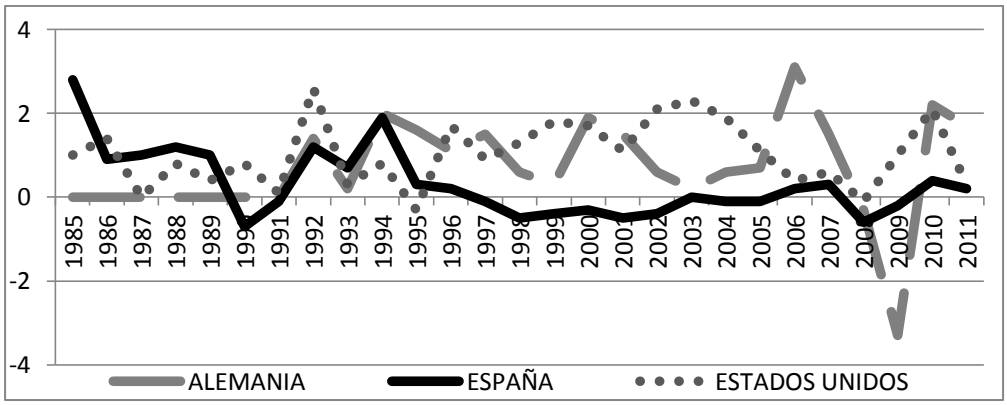


Figura 2. Variación (en %) de la Productividad Total de los Factores (PTF) en Alemania, España y Estados Unidos (1985-2012). (Fuente: Elaboración propia sobre datos OCDE, base de datos).

Por último, conviene señalar dos aspectos adicionales entre las características de la función salarial en España. Por un lado, se hace referencia a las diferencias que se registran entre varias categorías de trabajadores, en función de distintas líneas de segmentación que operan en los mercados laborales. Unas primeras se refieren a las diferencias salariales en razón de género, donde se observa una de las brechas más acusadas entre los países de la UE. Y, por otro, a las diferencias salariales en razón a la cualificación.

En suma, el proceso de adaptación que los costes laborales han tenido en la crisis económica iniciada a finales de la primera década del siglo XXI, ha encontrado un apoyo sustancial en las reformas laborales impulsadas durante este periodo (siendo de mayor intensidad la última, elaborada en 2012). Este proceso, conocido como devaluación interna (salarial), ha tenido importantes consecuencias en la determinación de los crecimientos salariales pactados en convenio, lo cuales a partir del año 2010 han experimentado una caída en términos reales que se ha acentuado en los siguientes años. Con este proceso, la economía nacional ha pretendido recuperar una cierta ventaja competitiva, en términos de costes, que

sería imposible realizar a nivel cambiario mediante un proceso de devaluación de la moneda nacional (como en los tiempos de la peseta), tema al que no hemos referido más arriba.

Y frente este panorama y las tendencias que describe en el mercado de trabajo español, ¿cuáles han sido y son las líneas estratégicas de actuación de los poderes públicos en el terreno de las políticas laboral (reformas laborales) y activas de mercado de trabajo?.

Pero, antes de sintetizar tales estrategias, para entenderlas, veamos el diagnóstico teórico en el que se apoyan y cuáles son sus limitaciones en orden a impulsar una senda de crecimiento económico estable y de más adecuado equilibrio cuantitativo y cualitativo en el mercado laboral.

3. VALORACIÓN CRÍTICA DEL DIAGNÓSTICO SUBYACENTE SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL

La interpretación teórica que subyace a la mayor parte de las actuaciones en materia de política laboral desarrolladas en España se apoya en postulados de corte neoclásico, que insisten en atribuir la responsabilidad de los desequilibrios del mercado laboral a las instituciones reguladoras, calificando, por tanto, al comportamiento del mismo como de muy rígido en materias de estabilidad en el empleo y salarial. De ahí la secuencia continuada de reformas laborales, que hasta la más intensa de febrero de 2012 han venido tratando de flexibilizar, desregulando, el marco de relaciones laborales. Una visión alternativa atribuiría los problemas laborales en España a la dinámica de la demanda agregada inserta en las características del sistema productivo, con escasa capacidad de generar incrementos sustanciales de productividad, en su conjunto.

Los análisis del enfoque ortodoxo en economía (que denominamos "corriente principal" o *main stream*, en terminología inglesa) concluyen que la rigidez del marco institucional del mercado de trabajo es la responsable de una gran ineficiencia del mismo y, en consonancia, de sus desequilibrios. De ahí que las actuaciones de reforma laboral llevadas a cabo se hayan orientado, básicamente, a desregular el mercado, flexibilizándolo, contribuyendo con ello a intensificar el ajuste vía devaluación salarial y en la espera de que el mercado de trabajo, tras tales cambios, funcionara con mayor eficiencia.

Bajo las premisas de este análisis de corte neoclásico, se entiende que el nivel de desempleo existente y la tasa de paro alcanzada están directamente relacionados con el deficiente funcionamiento de mercado de trabajo, es decir con la existencia de rigideces o deficiencias estructurales de ese mercado, que arrastrarían a los salarios a un comportamiento de resistencia a la baja, dificultando con ello, a tenor de las predicciones de este enfoque, las posibilidades de se redujera el desempleo, incluso en las situaciones económicas más favorables.

Valga como ejemplo la exposición de motivos de un documento del Ministerio de Empleo, justificativo de los resultados de la última reforma laboral de 2012 (la de mayor intensidad y calado hasta esa fecha): "El mercado de trabajo, por su parte, todavía presentaba importantes debilidades estructurales derivadas de su inadecuado diseño institucional: excesiva rigidez en la regulación de las condiciones internas de trabajo, segmentación muy acusada entre las condiciones laborales de los trabajadores indefinidos y los temporales, una

negociación colectiva inadecuada y con falta de capacidad de reacción, y un inadecuado nivel de formación de los trabajadores"[15].

Esta perspectiva ideológica, que se viene denominando "neoliberal", de interpretación de las causas del desempleo, se sustenta en la utilización de conceptos como la tasa de "natural" de paro[16]. Así, según los economistas convencionales (en su versión de la "convergencia neoclásica-neo-neokeynesiana") la tasa real de paro de una economía se desglosaría en dos componentes, la tasa de paro cíclico y la llamada tasa de paro "natural" o de "equilibrio". La tasa de paro cíclico se justifica por la diferencia entre el PIB potencial, aquél que se obtendría con el pleno empleo de los recursos productivos, entre ellos la fuerza de trabajo, y el PIB efectivo o real, de modo que la tasa de paro cíclico aumentará cuanto más se aleje ese PIB efectivo del potencial, brecha que será tanto mayor cuanto más intensa sea la situación de desaceleración o de retroceso de la actividad económica. Y la tasa de paro "natural" o de "equilibrio", expresión no exenta de contenido ideológico, será aquella que se producirá aunque el PIB efectivo y el potencial coincidan, es decir, aunque la situación económica fuera muy favorable y el paro cíclico fuera prácticamente nulo (Pérez Infante, 2013: 3)[17].

La controversia en el terreno del pensamiento económico viene de lejos y tiene una transcendencia singular en el terreno de la política económica, como se puede constatar a la hora de abordar los efectos de la crisis económica de 2007-2013, en particular en lo que al "crack de empleo" se refiere[18]. La cadena de incongruencias derivadas de los diagnósticos que se apoyan en este enfoque arranca de la consideración de la fuerza de trabajo como una "mercancía" más cuya forma más eficiente de intercambio habría de estar guidado por el libre juego de la oferta y la demanda para determinar el precio (salario) que permitiera vaciar dicho mercado del exceso de oferta (desempleo) o de demanda (vacantes de empleo).

En definitiva, la inconsistencia en el diseño de la política laboral que se inspira en este enfoque surge al no contemplar que "la demanda de trabajo asalariado se deriva de un punto de terminado en el mercado de productos ("principio de la demanda efectiva"), lo que significa que hay una 'función de empleo' [Keynes, 1936, cap. 20] relacionando decisiones alternativas de contratación de trabajo con puntos también alternativos de demanda efectiva."

[15] Informe de evaluación del impacto de la reforma laboral, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014).

[16] O NAIRU (*Non AcceleratingInflationRateUnemployment*), tasa de paro no aceleradora de la inflación.

[17] En conclusión, en la perspectiva de este enfoque "independientemente de la situación económica, la tasa de paro podría situarse en unos niveles elevados por la existencia de rigideces salariales o por el mantenimiento de problemas estructurales de distinto tipo, entre las que destacan los relacionados con el mercado de trabajo, aunque también pueden influir en aspectos relacionados con ciertos mercados de productos, como es el reducido grado de competencia. Además, puede ocurrir que la tasa de paro "natural" o de "equilibrio" aumente cuando crezca el paro cíclico, por un fenómeno conocido como de "histéresis", motivado, entre otras razones, por el aumento del paro de larga duración, que hace que un cierto colectivo de desempleados deje de ser elegible por parte de los empresarios por el elevado tiempo que llevan en esa situación, dejando de ser relevantes para el mercado de trabajo y, por lo tanto, para la presión a la baja de los salarios" (Pérez Infante, 2013: 4).

[18] "Por desgracia, las ideas radicales que surgieron al llevar al extremo las tesis sobre el funcionamiento eficiente de los mercados perdieron su carácter original, es decir, su impronta de resultados extremos de un modelo teórico, y se convirtieron en directrices generales de las políticas económicas. Primero lo abrazaron los conservadores radicales como Margaret Thatcher en el Reino Unido y Ronald Reagan en los Estados Unidos, y después llegaron a «conquistar» el «sentido común»" Schettkat (2010: 207).

(Davidson, 1998:817). En consecuencia, "no hay ninguna función de demanda de trabajo que conecte con el salario real como la variable independiente" (*Ibídem*). Y por tanto, es innegable que "el desempleo involuntario puede existir en el corto y en el largo plazo" (ídem: 825-827) al albur de la evolución de la demanda agregada.

En definitiva, el error de diagnóstico de la corriente dominante proviene de no tener en cuenta que "no hay una simple determinación de mercado de salarios y precios. Los salarios y los precios muestran limitaciones y aspectos regulatorios; en general hay una determinación de costes dominante sobre los precios, con condiciones de demanda jugando poco o ningún rol en su formación y ajuste" (Arestis, 1992). Y es que, en última instancia, "el producto y el empleo están determinados en el mercado de bienes y servicios, no en el mercado de trabajo; el desempleo involuntario existe; un incremento en el ahorro no genera un incremento equivalente en la inversión; y las economías capitalistas están conducidas por el espíritu animal de los empresarios que determina la decisión de invertir" (Thirlwall, 1993: 335).

De este modo cabe interpretar con Robert Solow que "la teoría de la tasa natural descarta que las políticas macroeconómicas sean la causa de la persistencia del desempleo[19] y concede importancia primordial a las instituciones del mercado de trabajo, que son las que determinan 'las tasas naturales'" (Solow, 2008).

Las reformas laborales llevadas a cabo en España se han apoyado, casi desde los inicios de la transición políticas del pasado siglo, en este enfoque que apuesta básicamente por la flexibilización creciente de las relaciones laborales, de modo particular en su vertiente externa, y a la búsqueda de un entorno salarial de moderación cuando no de retroceso en términos reales[20].

Desde el inicio de la recesión diferentes estudios, en la línea con la *corriente principal* del pensamiento económico, anteriormente comentada, se insiste en señalar que se ha producido un empeoramiento en el ajuste entre oferta y demanda laboral que ha afectado a la eficiencia en el mercado de trabajo, por las causas antedichas (EC, 2013; ECB, 2012; Haincourt y Mogliani, 2012; Hobijn y Sahin, 2012 y OECD, 2013). La figura 2 muestra cómo, desde el cuarto trimestre de 2007 hasta el segundo trimestre de 2009 (y más allá), se habría producido un desplazamiento de la relación entre la tasa de vacantes de empleo[21] y la

[19] "Friedman, aplicó la hipótesis de mercado eficiente los mercados de trabajo y sostuvo que la política fiscal o monetaria expansionista podría (como mucho) reducir el desempleo a corto plazo hasta situarlo por debajo de la tasa «natural», pero que, a largo plazo solo podía causar inflación. La economía volverá siempre a la tasa de desempleo «natural», que depende de la estructura de incentivos" (Schettkat, 2010: 207)

[20] En otro lugar afirmábamos, con relación a la reforma de 2012, que "no afecta a ninguno de los factores que inciden en la evolución del PIB y de su estructura, a excepción de los costes laborales. Y en lo que se refiere a los salarios, conviene recordar que el discurso que concluye en la necesidad de la flexibilidad salarial para generar empleo y reducir el paro solo tiene en cuenta la dimensión del salario como coste laboral, sin valorar, o valorándolo de modo marginal, la otra dimensión fundamental del salario como ingreso de los asalariados y, por tanto, determinante fundamental del componente mayoritario de la demanda agregada efectiva; esto es, del consumo privado, por la que el descenso del poder de los salarios se convierte en un factor que retroalimenta el retroceso del PIB y del empleo" (Pérez Infante, Ruesga Benito y Valdés DalRé, 2013).

[21] La relación entre los puestos de trabajo ofrecidos pero no ocupados, en un momento determinado, y el volumen total de población activa en dicho momento.

tasa de desempleo en el mercado de trabajo (expresada mediante la representación gráfica de la denominada Curva de Beveridge), derivado del incremento de la tasa de paro –que en este periodo pasa del 8,6 al 17,92 por ciento–, produciéndose una pérdida de eficiencia en el proceso de ajuste (*matching)*.

Como se observa en esta figura, dicha curva, para el caso español, tiende a alejarse del vértice de los ejes de coordenadas, de modo tal que para cada nivel de vacantes la tasa de desempleo correspondiente es superior

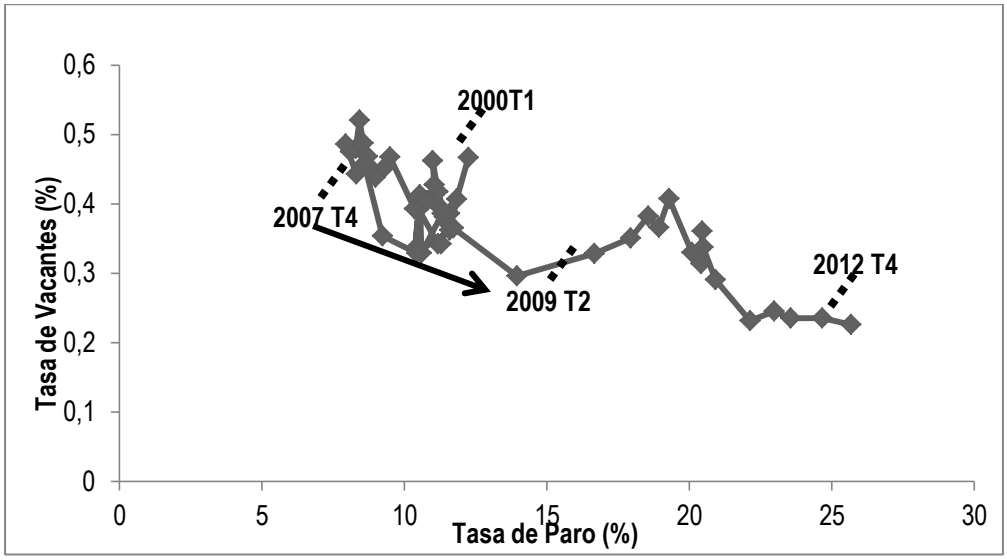


Figura 10.11. Curva de Beveridge para España, periodo comprendido entre el primer trimestre de 2000 y el cuarto de 2012 (FUENTE: Elaboración propia con datos de la *Encuesta de Población Activa* (INE) y la *Encuesta Trimestral de Coyuntura Laboral* (MESS)).

Para una buena parte de la literatura que modeliza esta curva, la causa de tal comportamiento estaría determinada por la existencia de rigideces en el mercado laboral (que entre otros efectos afectarían a la rigidez salarial a la baja) que vendrían a poner dificultades en el encuentro entre vacantes y buscadores de empleo, lo que redundaría en tasas superiores de desempleo.

No obstante, hay otras interpretaciones posibles de las que se obtienen proposiciones alternativas. Podría ser que la causa que motiva este desplazamiento se encuentre en el cambio que la recesión ha introducido en la estructura de la ocupación por sectores. De acuerdo con Bouvet (2012: 9) la intensidad del cambio sectorial "induce a un desajuste en las habilidades entre desempleados y puestos vacantes (en el mercado), los cuales resultan en un desplazamiento de la Curva de Beveridge hacia fuera". Apurando este punto de vista y considerando que el desplazamiento de la referida curva pudiera ser explicado desde la perspectiva de la demanda agregada y no, como se hace en la literatura de perfil ortodoxo,

con las características de la oferta laboral, se puede observar una estrecha relación econométrica con la estructura sectorial del empleo.

En ese contexto de errores o diagnósticos errados sobre el funcionamiento del mercado de trabajo español, sobre su dinámica de creación y destrucción de puestos de trabajo, conviene también hacer referencia a la escasa atención dedicada al fomento de las políticas activas de mercado de trabajo, que no sólo han ido perdiendo peso relativo en el gasto público (han sido las "grandes ignoradas" en la hoja de ruta de las reformas laborales planteadas por el legislador español el siglo XXI, Ruesga, Viñas y Pérez, 2014), al compás de las políticas de austeridad, sino que no tampoco han sido sometidas a un proceso de reconversión, adaptando mejor sus objetivos a problemas cruciales, como la histéresis en la tasa de paro y, particularmente de ciertas tasas de paro, como las de jóvenes o de mayores de 45 años, (European Central Bank, 2012), que requerirían una especial atención por parte de la política laboral y educativa, para favorecer la propia adecuación de la oferta laboral a las nuevas características laborales demandas en el mercado (Calmfors, 1994).

En suma tras un diagnóstico errado y fuertemente dogmático en su análisis, que solo atiende a la perspectiva de la oferta productiva y atribuye todos los "males" del mercado laboral a las instituciones que le regulan, resulta difícil impulsar un escenario de creación de empleo de calidad, apoyado en un proceso de creciente competitividad sostenibles (no solo coyuntural, vía disminución de precios-salarios) de las empresas españolas. Esto requiere otro enfoque, otro diagnóstico y, en última instancia atender a los problemas estructurales, de fondo, por el lado de la demanda, para hacer frente a la debilidad competitiva del tejido productivo español (García&Ruesga Benito, 2014).Es posible que el abaratamiento intenso y continuado del factor trabajo permita que con bajos crecimientos del PIB se cree algo más de empleo, en las fases de crecimiento, empleo de bajo valor añadido y con bajos salarios. Pero, de igual modo, el abaratamiento relativo del factor trabajo respecto al factor capital también reducirá la presión y los estímulos de las empresas para la modernización técnica y la capitalización de las mismas, circunstancias que reducen las posibilidades futuras de fortalecer la competitividad de nuestro sistema productivo. Es decir que los estrangulamientos de la competitividad presentes en este sistema productivo, que dificultan un el desarrollo de un tejido competitivo de forma sostenible, se refuerzan con la exclusiva estrategia de búsqueda de competitividad precios y ausencia de impulsos a la competitividad vía incremento de la productividad[22].

Y como corolario de estas tendencias, los análisis más recientes sobre la economía española ponen el énfasis en los efectos negativos que se están derivando de la crisis del empleo y la devaluación salarial en el terreno de la distribución de la renta. Aunque este fenómeno era ya conocido desde hace más de tres décadas en los países desarrollados, particularmente en los del ámbito sociocultural anglosajón, en el caso español, no se ha manifestado claramente hasta época reciente, con anterioridad a la actual crisis. El crecimiento de las desigualdades e intensificación de los problemas de pobreza y riesgo de exclusión social se manifiestan con anterioridad al periodo depresivo 2008-2013, pero se agudizan intensamente durante el mismo, con el concurso de las políticas fiscales y implementadas.

[22] Se puede consultar un desarrollo extenso de esta tesis en García &Ruesga Benito (2014).

El informe del Consejo Económico y Social España sobre la distribución de la renta en el país confirma estas apreciaciones sobre la dinámica de la desigualdad. Así afirma que "la desigualdad se redujo notablemente durante la segunda mitad de los ochenta, coincidiendo con un periodo de expansión económica y de avance del Estado de Bienestar, a diferencia de lo que sucedió en el conjunto de los países desarrollados, donde la desigualdad tendió claramente a aumentar. En la recesión de principios de los noventa, sin embargo, la desigualdad aumentó de nuevo en España, y no se redujo durante el prolongado periodo de crecimiento posterior, por lo que esa elevación de la desigualdad quedó consolidada. Finamente, durante la crisis actual se han agudizado considerablemente los niveles de desigualdad, situándose España, en este aspecto entre los países entre los que más está creciendo la desigualdad" (CES, 2013:161). Análisis este que confirma el carácter anticíclico de la desigualdad económica en España, aunque tendencialmente en ascenso.

Y, lo significativo, en última instancia, sobre tal cuestión es entender que para la dinámica del desarrollo socioeconómico "la distribución de la riqueza y la renta ambos son resultados importantes del proceso económico y son determinantes significativos de los precios, el producto, la estructura industrial, los comportamientos de la demanda, las emociones, las acciones sociales, la agitación, la actividad política, considerados cada uno y en su conjunto de fenómenos económicos" (Neville, 2008). Por lo que el objetivo de la equidad en la distribución de la renta habría de considerarse como esencial a la hora del diseño de la política económica de crecimiento (Ruesga, 2014:292).

4. REFORMAS LABORALES Y POLÍTICAS DE EMPLEO

Bajo este tipo de premisas, con mayor o menor influencia en los reformadores, se ha venido desarrollando en los últimos 30 años una larga secuencia de modificaciones institucionales el mercado laboral español que comienza con los Pactos de la Moncloa, en 1977[23], y continúa hasta la fecha con las distintas reformas habidas en el Estatuto de los Trabajadores, así como con la firma de diferentes Acuerdos de diverso rango y contenido entre los agentes sociales[24]. Estas reformas han flexibilizado claramente el panorama del mercado laboral español, tendiendo a primar la flexibilidad en la relación laboral[25] frente una filosofía previa de protección al trabajo. En este largo proceso de reformas han jugado un papel fundamental la concertación y el diálogo social, que, no obstante, se han centrado más en la posibilidad de incentivar la creación de empleo que en la de incrementar la productividad laboral.

[23] Que tras un primer acuerdo social entre sindicatos (UGT) y patronal (CEOE), y recogiendo los principios básicos de la Constitución de 1978, dio lugar al Estatuto de los Trabajadores, norma que trata de adaptar nuestro sistema de relaciones laborales a los caracteres vigentes en los países democráticos del mundo occidental, tras el paréntesis de cuarenta años de dictadura franquista.

[24] En Valdés Dal-Ré, Ruesga Benito & Zufiaur Narvaiza (Coord.) (2005), realizamos un exhaustivo recorrido analítico sobre lo que fueron y supusieron las reformas laborales con anterioridad a 2005, en diferentes ámbitos disciplinares.

[25] Hasta las reformas de 2010-2012, particularmente en el inicio de las relaciones laborales (contratación).

TABLA 3. Principales reformas de la legislación laboral española		
Norma	**Fecha**	**Modificaciones introducidas**
R.D.L. /1977	4/03/1977	Nuevas relaciones de Trabajo (transición a modelo democrático).
Ley 8/1980	14/03/1980	Estatuto de los Trabajadores.
Ley 14/1983	29/061983	Reducción de la jornada laboral máxima a 40 horas semanales.
Ley 32/1984	2/08/1984	Flexibilización de la contratación temporal; fomento de la contratación temporal con subvenciones.
Ley 22/1992	03/08/1992	Reforma de la prestación por desempleo, reduciendo prestaciones para ahorrar gasto en subsidio.
Ley 10/94	19/05/1994	Medidas urgentes de fomento de la ocupación.
Ley 11/94	19/05/1994	Flexibilidad de la relaciones laborales individuales (entrada, interna y de salida) y potenciación de la negociación colectiva y mejora de sus contenidos.
Ley 14/94	1/06/94	Supresión del monopolio del INEM en materia de contratación y creación de Empresas de Trabajo Temporal (ETT´s).
Ley 31/1995	8/11/195	Ley de prevención de riesgos laborales.
Ley 63/1997	26/12/1997	Medidas para el fomento de la contratación indefinida (procede del Acuerdo sobre Estabilidad en el Empleo).
R.D.L. 15/1998	27/11/1998	Nueva regulación del contrato a tiempo parcial (Acuerdo sobre el Trabajo a Tiempo Parcial).
Ley 12/2001	9/07/2001	Medidas urgentes contra las excesivas tasas de temporalidad y modificación de la regulación de la contratación a tiempo parcial.
R.D.L. 5/2002	24/05/2002	Reforma protección por desempleo (denominado "decretazo").
Ley Orgánica 3/2007	22/03/2006	Regula la igualdad efectiva de mujeres y hombres y establece mecanismos para su logro.
R.D.L 5/2006	9/06/2006	Reforma mercado laboral (procede del Acuerdo para la mejora del Crecimiento y el Empleo). Medidas para la promoción de la contratación indefinida y mejorar la utilización de la contratación temporal,
R.D.L. 2/2009	06/03/2009	Medidas extraordinarias para el mantenimiento y fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas
Ley 35/2010	17/07/2013	Abre camino al abaratamiento del despido.
R.D. 7/2011	10/06/2011	Medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva
R.D.L. 3/2012	11/02/2012	Abarata despido, acaba con la ultraactividad de los convenios, facilita el descuelgue de los convenios.
Fuente: Tomado de Ruesga Benito, Viñas Apaolaza y Pérez Trujillo (2014:91-91).		

Hay que insistir en que este proceso de reformas es bastante desequilibrado, sesgado fundamentalmente hacia la fase inicial de la relación laboral, es decir, el contrato. Esto es, lo que se reforma fundamentalmente, se sitúa en la regulación del inicio de la relación laboral y no en el resto de la relación (Malo y Toharia, 1997). Así pues, las regulaciones que afectan a la prestación laboral en sí misma (a lo largo de toda la vida laboral) y a la fase final de la relación (jubilación, despidos, etc.) no se alteran sustancialmente, a lo largo de estos 20 años. Tan sólo a partir de la reforma de 1994 se introducen modificaciones en estas direcciones (Segura, 2001: 173-178) que culminarán en la de 2012 y subsecuentes desarrollos.

Las reformas se han centrado, fundamentalmente, en lo que se ha denominado la flexibilidad externa, en la fase inicial de la relación laboral. Esto se refleja en un fuerte

crecimiento de la tasa de temporalidad (porcentaje de trabajadores asalariados que tienen contrato por tiempo definido sobre el total de asalariados) y su mantenimiento a lo largo de tres décadas (Ruesga, 2010).

La desregulación laboral de 2012

Despido más barato: más fácil poder recurrir al despido procedente, que tiene una indemnización de 20 días por año trabajado. Las causas por las que las empresas podrán recurrir al despido procedente se relajan: pérdidas o caída "de los ingresos o ventas" durante tres trimestres consecutivos.

Modificación de las condiciones contractuales: se podrá rebajar el sueldo de los trabajadores por razones de competitividad o productividad, sin necesidad de acuerdo.

Sin mínimo de despidos para las empresas que quieran reducir plantilla.

Prioridad a los convenios de empresa frente a los sectoriales.

Más movilidad funcional y geográfica.

Anulación cláusula de ultra actividad en los convenios

Llegando a los últimos estadios de modificación del entramado institucional del sistema de relaciones laborales, conviene señalar como la reforma laboral de 2012 y sus desarrollo ulteriores rompen con dos principios implícitos en el marco legal regulador de nuestro mercado de trabajo, más o menos inalterados a pesar del discurso reformista previo: el mantenimiento de un cierto equilibrio entre las partes de la relación laboral y la tradición pactista y de diálogo y acuerdos, como instrumento reformador. El resultado de este último episodio de reforma es un mayor poder de las empresas que ha conducido a una reducción salarial, un empeoramiento de las condiciones de trabajo y aumento de la precariedad laboral y un retroceso progresivo de la negociación colectiva como instrumento de concertación de las relaciones laborales y determinación del salario.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARESTIS, P. (1992): *The post-Keynesian Approach to Economics. An Alternative analysis of Economic Theory and Policy*, Edward Elgar, Aldershot.

BENTOLILA, S.; CAHUC, P.; DOLADO, J.J. & LE BARBANCHON, T. (2010): "Two-Tier Labor Markets In The Great Recession: France Vs. Spain", CEMFI Working Papers, wp2010_1009.

BOUVET, (2012): 'The Beveridge curve in Europe: New evidence using national and regional data', Applied Economics, 44(27): 3.585-3.604.

CALMFORS, L. (1994): "Active Labour Market Policy and Unemployment. A Framework For The Analysis of Crucial Design Features", *OECD Economic Studies*, Number 22, Paris.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES) (2013): *Distribución de la renta en España: desigualdad, cambios estructurales y ciclos*, Consejo Económico y Social de España, Colección Informes Número 03/2013, Madrid.

DAVIDSON, P. (1998): "Post Keynesian Employment Analysis and the Macroeconomics of OECD Unemployment", The Economic Journal, n. 108, may, pp. 817-831.

EUROPEAN COMMISSION, (2013); *Labour Market Development in Europe 2012*, European Economy 5/2012, Bruselas.

EUROPEAN CENTRAL BANK, 2012; *Euro Areas Labor Markets and the Crisis*, European Central Bank, October, Frankfurt.

GARCÍA, J.R. (2011): "Desempleo juvenil en España. Causas y soluciones", BBVA Bank, Economic Research Department, Working Papers, n. 1130.García de la Cruz, J.M. & Ruesga Benito, S.M. (2014): *Economía Española: Estructura y Regulación* (2ª Ed.), Editorial Paraninfo, Madrid.

GARCÍA, N. E. (2014): "La débil competitividad de la economía española", en García & Ruesga Benito, pp. 117-150.

GARCÍA, N. & RUESGA, S. M. (Coords.) (2014): *¿Qué ha pasado con la Economía española? La Gran Recesión 2.0 (2008 a 2013*), Editorial Pirámide, Madrid.

GARCÍA DE LA CRUZ, J.M. & RUESGA BENITO, S.M. (Coords.) (2014): *Economía Española: Estructura y Regulación* (2ª Ed.), Editorial Paraninfo, Madrid.

HAINCOURT, S. & MOGLIANI, M. (2012): "Has the 2008-2009 recession increased the structural unemployment in the euro area?",*Banque de France Quarterly Selection of Articles*, 25, Paris.

HOBIJN, B. & SAHIN, A. (2012):"Beveridge Curve Shifts across Countries since the Great Recession", *Working papers series Federal Reserve Bank of San Francisco*, 24/2012, San Francisco.

JIMÉNEZ-RIDRUEJO, Z. (2014): "El comportamiento del sector financiero. Su crisis y sus repercusiones", en García & Ruesga Benito, pp. 151-186.

KEYNES, J.M. (1936): The General Theory of Employment, Interest and Money, Macmillan Cambridge UniversityPress, London, edición en español: La teoría general de la ocupación, el interés y el dinero, Fondo de Cultura Económica, México, 1980 (Undécima reimpresión).

LASIERRA, J.M. (2001): *Mercado de trabajo y estrategias empresariales*, Consejo Económico y Social, Madrid.

MALO, M.A. & TOHARIA, L. (1997): "Economía y derecho del trabajo: las reformas laborales de 1994 y 1997", *Cuadernos Económicos de Información Comercial Española*, Número 63, p. 155-174

MUÑOZ DE BUSTILLO, R. (2014): "La crisis del nunca acabar. El comportamiento macroeconómico español 2008-2013", en García & Ruesga Benito, pp. 55-82.

OECD (2013): *The 2012 Labour Market Reform in Spain: A Preliminary Assessment*, OECD Better Policies for Better Lives, Paris.

PÉREZ INFANTE, J.I. (2012): "Reformaslaborales, negociacióncolectiva y salarios",*Gaceta sindical: reflexión y debate*, Nº. 19, pp. 135-162.

PÉREZ INFANTE, J.I. (2013): "El análisis de la economía neoliberal del mercado de trabajo", en http://www.economistasfrentealacrisis.com/ (publicado el 17/04/2013).

PÉREZ INFANTE, J.I. (2014): "La negociación colectiva en 2013: problemática estadística, evolución, características y estructura", (cap. IV.2) en Ferrer, A. Pérez Ortiz, L. & Ruesga, S.M.

PÉREZ INFANTE, J.I.; RUESGA, S.M. & VALDES DAL-RÉ, F. (2013): *Relaciones laborales en la crisis*, Editorial Cinca, Madrid.

Recio Andréu, A. & Banyuls I Llopis, J. (2004): "¿Crecimiento del empleo sin tecnología? La paradoja del mercado de trabajo en España", Asociación de Grandes Empresas de Trabajo Temporal, Número 23 (disponible en http://www.ucm.es/info/ec/jec9/pdf/A06%20-%20Banyuls,%20Josep%20y%20Recio,%20Albert.pdf)

RUESGA, S. M.; PÉREZ ORTIZ, L. & VIÑAS APAOLAZA, A. I. (2011): "Negociación colectiva y calidad del empleo en la Unión Europea", *Revista de Economía Mundial*, Número 29, Sociedad de Economía Mundial, p. 87-111.

RUESGA, S.M. (2010): "Un escenario de reforma laboral en España: modernización de la negociación colectiva", *Principios: estudios de economía política*, Volumen 17, p. 123-137.

RUESGA, S.M. (2014): "El shock de empleo en la Gran Recesión 2.0", en García & Ruesga (coords.), pp. 249-300.

RUESGA, S.M. (Director); VALDÉS DAL RÉ, F.; DA SILVA BICHARA, J.; LASIERRA, J. M.; PÉREZ ORTIZ, L. & PÉREZ TRUJILLO, M. (2012): *Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Informes y Estudios, Madrid.

RUESGA, S.M.; PÉREZ ORTIZ, L. & VIÑAS APAOLAZA, A. I. (2014): "Calidad en el empleo y desigualdad en Europa", comunicación presentada en *la XVI Reunión de Economía Mundial*, SEM, Cádiz.

RUESGA, S.M.; VIÑAS APAOLAZA, A.I. & PÉREZ TRUJILLO, M. (2014): "El mercado de trabajo y las relaciones laborales", en García de la Cruz & Ruesga Benito (coords.), pp. 61-96.

RUESGA, S.M. (Director); J.; LASIERRA, J. M.; PÉREZ ORTIZ, L. & PÉREZ TRUJILLO, M. DA SILVA BICHARA (2014): *Economía del Trabajo y Política Laboral*, (2ª edición), Editorial Pirámide, Madrid (en prensa).

SCHETTKAT, R. (2010), "¿Hará falta un terremoto para que despierte la teoría económica?". *Revista Internacional del Trabajo*, 129: 205-230.

SEGURA, J. (2001): "La reforma del mercado de trabajo español: un panorama", en *Revista de Economía Aplicada*, Volumen IX, Número 25, primavera, p. 157-190.

SOLOW, R. (1957): "Technical Change and the Aggregate Production Function", *The Review of Economics and Statistics*, Volumen 39: 312-332.

SOLOW, R. (1956): «A Contribution to the Theory of Growth», Quarterly Journal of Economics, february.

SOLOW, R.M. (2008): "Broadening the discussion of macroeconomic policy", en Schettkat & Langkan, pp. 20-28.

THIRLWALL, A.P. (1993): "The renaissance of Keynesian economics", *Banca Nazionale del Lavoro Quartely Review*, n. 186, september, pp. 327-337.

VALDÉS DAL-RÉ, F.; RUESGA BENITO S. M. & ZUFIAUR NARVAIZA J. M. (coord.) (2005): *Transformaciones laborales en España : a XXV años de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid

VAN DER LAAN, L. (1998): "Setting the stage: general changes on the European Labour markets", en Van der Laan& Ruesga (eds.), pp. 27-60.

VAN DER LAAN, L. y RUESGA, S.M. (edts.) (1998): "The spatial-institutional perspective on the labour market in Europe", en L. van der Laan y S.M. Ruesga (Eds.), Institutions and Regional Labour Markets in Europe, Ashgate, Aldershot, 1998.

Clásicos de la Seguridad Social

Laborum

"José Maluquer y Salvador"

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIVERSIDAD DE GRANADA
DIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LABORUM

1. BIOGRAFÍA INTELECTUAL

José Maluquer y Salvador (1863-1931) fue uno de los grandes fundadores de los seguros sociales en España. Puede considerarse sin exageración, "el William H. Beveridge" de nuestro país. En particular, es el fundador directo (y no sólo inspirador intelectual) del Instituto Nacional de Previsión (INP), columna vertebral de todo el sistema de previsión social en nuestro país desde su aparición, y que en el año 1978 se transformaría en el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Nace en la Villa de Granollers, provincia de Barcelona en 1863; estudia Derecho en Madrid (donde se doctoró en 1888) y fue Profesor de la Universidad y un experto actuario desde su vinculación profesional con la sociedad de seguros "La Equitativa"; muere el 11 de mayo de 1931. En 1924 enfermó gravemente, aunque continuó su actividad, por lo que de hecho Inocencio Jiménez –fundador de la Paz Social y miembro del Grupo de la Democracia Cristiana, asumió las funciones de Maluquer en el Instituto, y la acabaría sucediendo como Presidente del INP durante la Segunda República, tras su muerte (mayo de 1931).

Prestó inicialmente una singular atención al Derecho civil y al Derecho Internacional, e intervino en la Academia de Jurisprudencia y en el Instituto de Derecho Internacional (en el que sería Vocal numerario); experiencia muy importante para asimilar y contrastar experiencias e iniciativas de política legislativa que se estaban adoptando de modo más o menos coetáneo en distintos países desarrollados; utilizando, pues, el método comparado a los fines del desarrollo de la política de previsión social en España. Su implicación fue ciertamente intensa, toda vez que desempeñó el cargo de Vice-Presidente de la Sección de Derecho Civil, Mercantil y Penal de la Real Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, y en calidad de tal escribió un documento histórico de gran importancia para conocer la vida de dicha institución. Se trata de la *Reseña Histórica de la Real Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación* (por Don José Maluquer y Salvador, Académico Profesor, Vice-presidente de Sección de Derecho Civil, Mercantil y Penal, Barcelona, Imp.de Redondo y Xumetra, 1884). Pero además Maluquer tenía una verdadera vocación y convicción de la necesidad de internacionalizar el seguro, con la finalidad de que después de la Gran guerra mundial se prevengan deficiencias que la misma había puesto de relieve. Para él ese proceso de internacionalización (y lo afirmó antes de crease la OIT en 1919) debería reflejarse en la creación de la Unión Internacional del Seguro, como organismos análogo a las uniones universales de correos y telégrafos, de propiedad industrial y otras similares, y sobre la base de las oficinas nacionales de fiscalización oficial, para conseguir, entre otras finalidades, la completa neutralidad de las operaciones de seguro. Por ello propuesto un Proyecto regulador de convenios internacionales (cfr. especialmente la propuesta de

reglamentación defendida en la Conferencia impartida en la Academia de Jurisprudencia de Madrid, en 1905; Ibid., I, pp.399 ss). En gran media la creación de la Sociedad de las Naciones y, en el seno de ésta, la Organización Internacional del Trabajo, darían en no poco la razón a Maluquer sobre la necesidad de crear organismos internacionales en materia social. En realidad, en nuestro país –como ocurrió en todos los países europeos– la reforma social se realiza en íntima vinculación con el proceso reformista que en lo social se estaba produciendo a escala europea. Por ello pudo afirmar que si no se hubiese creado la Sociedad de las Naciones, seguramente hubiera debido establecerse algo parecido para el seguro. En particular, defendería en ese nuevo marco internacional la creación de una unión internacional de institutos técnicos de seguros sociales de utilidad pública (como é llamada a los seguros sociales obligatorios) vinculada a la Oficina Internacional del Trabajo. Creía llegado el momento de reorganizar la sociedad con criterios más solidarios buscando una seguridad y una justicia social que superarse la tentación de los grandes extremos que hacen peligrar el orden social democrático. El régimen de seguros sociales contribuye, en lo que le corresponde, a facilitar la integración social y con ella la paz social en un orden social revisado en lo que atiende a sus aspectos más individualistas y egoístas (Ibid., II, pp.281 ss). Ello permite comprender que Maluquer, como todos los grandes reformadores sociales, había integrado el proceso de reforma social dentro de una visión más amplia que vinculada "lo social" con "lo político"; reflejando, así, la intrínseca politicidad de todo tratamiento de la "materia social" en la sociedad moderna. Para Maluquer la organización del seguro de vida ha de tender a una acción extranacional, por medio de una gestión amplia y de sincera imparcialidad. Pensaba que cuando la Guerra mundial concluyese, los Estados deberían adoptar un acuerdo colectivo para establecer la unión internacional del seguro, llamada a garantizar, en tiempo de paz, la unidad administrativa de cada entidad aseguradora internacional en sus diversas ramificaciones nacionales, y a procurar la absoluta neutralidad del seguro en época de guerra. Para él, significativamente, constituye "el seguro de vida una colosal fuerza conservadora de la humanidad, capitalizando la actividad económica de contingentes asegurados víctimas de la guerra. De suerte, que el seguro de vida, ya que no pueda prolongar existencias acreedoras de ello, anticipa la riqueza futura, mediante esfuerzos de la pasada, requiriendo el desequilibrio económico presente todas las posibles compensaciones" ("Aspectos jurídicos del seguro de guerra", discurso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación en el acto de su investidura como Académico de mérito, 5 de junio de 1915, en "Una campaña en pro del seguro de vida y de la previsión popular", Vol. I, pp.399 a 425; "Internacionalización del seguro", Conferencia en el Instituto de Coimbra, 7 de noviembre de 1915, en "Una campaña en pro del seguro y de la previsión popular. Trabajos y Publicaciones", vol. I).

Fue también profesor auxiliar en la Universidad de Madrid. Pero debe destacarse su actividad en el sector del seguro, desempeñando altos cargos. Especialmente, el cargo de secretario de la compañía de seguros sobre la vida "La Equitativa", que le permitió conocer a fondo y empíricamente la estructura y los problemas del seguro. Participó en el Instituto de Actuarios de Londres, la Asociación de Actuarios Belgas y en otros organismos afines. Especialmente relevante fue su participación en el Congreso actuarial internacional de Actuarios (celebrado en Amsterdam), fundado en Bélgica en 1895. Asistiría al Congreso de 1 de septiembre de 1912, en el cual Maluquer representó al Gobierno español y al Instituto Nacional de Previsión. Contribuyó a la creación de los seguros sociales desde la Comisión de Reformas Sociales y después el Instituto de Reformas Sociales ("Congreso actuarial internacional de Ámsterdam" (1912), en "Una campaña en pro del seguro", Vol., págs.465 a

467). Su empeño inicial fue la implantación del "seguro popular de vejez". En el año 1900 (fecha clave por la aprobación de la "Ley de Accidentes de Trabajo", basada en un régimen de libertad subsidiada) sería nombrado asesor general de seguros del Ministerio de la Gobernación (no se olvide que el Ministerio de Trabajo sería creado en 1920). Maluquer fue una de los vocales "constitutivos" del IRS, creado por Real Decreto de 23 de abril de 1903, por el que se crea el IRS, Gaceta de Madrid, núm.120, jueves 30 de abril, pp.371 y 372. Por Real Decreto de 13 de mayo de 1903 –publicado en la Gaceta de Madrid, núm.134, jueves 14 de mayo, p.596, y publicado nuevamente con subsanación errores en el núm.135, viernes 15 de mayo, p.585–, se procede al nombramiento de los miembros del IRS, y es en este Real Decreto de 13 de mayo de 1903, don se nombra a José Maluquer y Salvador como uno de los vocales del instituto. Su obra más importante y perecedera sería la redacción del Proyecto de Ley para fundar el Instituto Nacional de Previsión; Ley que se promulgaría el 27 de febrero de 1908. El objetivo inmediato de Maluquer era la creación de un "seguro popular de vida". Dentro del INP ocupó durante muchos años el cargo de consejero delegado y desempeñaría una actividad impresionante y sin descanso en aras de instaurar un régimen de previsión social, aplicando sus amplios conocimientos jurídicos y actuariales aquilatados por la propia experiencia de los problemas del seguro en la época. Para él el seguro es, ante todo, un sistema de seguridad, previsible y reiterable, que exige un esfuerzo económico y una convicción social generalizada sobre su establecimiento y mantenimiento. De ahí que insista también en la educación social en materia de previsión con el impulso de los organismos públicos. Una educación orientada a alcanzar un ideal de mejora y seguridad social. El mismo realizaría una intensa laboral de divulgación y de promoción de la actividad de previsión.

El planteamiento de "ingeniería social" encontró en él una expresión feliz: El seguro "puede considerarse como una la fórmula matemática de la solidaridad social" (*Una campaña en pro del seguro y de la previsión popular*, Publicaciones y trabajos de D. José Maluquer y Salvador, consejero delegado del Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1926-1930, tomo I, p.236; también en la reedición de 1986, p.101). Muere en Madrid, en la Clínica del Pilar, el 10 de mayo de 1931. Maluquer fue el pensador que delimitó y definió la idea y, además, el que materialmente asumió la redacción de las normas fundamentales que regularon la Institución y sus formas de prevención y aseguramiento. El INP se constituyó como una entidad instrumental de carácter público (art.10 de la Ley de 17 de febrero de 1908). Es un ente público instrumental con fines de previsión social. Fue Profesor auxiliar en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid y mantuvo una constante vinculación con la Academia de Jurisprudencia y Legislación. Adolfo Posada, elogió la figura de Maluquer como "constructor social" de la política de previsión social en España y su cualidad de hacerlo favoreciendo el acuerdo y realizando una labor social eficaz y elevadora (Posada, A., "Discurso en la Asamblea del Instituto y Cajas colaboradoras, celebrada en Barcelona en junio de 1929, en "Anales del Instituto Nacional de Previsión", año XXI, Suplemento al núm.80, págs.302-303). Decía Raymond Carr que "en España, la idea de un *welfare state* basado en los seguros de los trabajadores fue cosa de un hombre obseso, José Maluquer, hijo de un abogado catalán. Maluquer era católico que por su trabajo en una compañía de seguros había llegado a ser un converso de la seguridad social como fórmula matemática de la solidaridad humana" (*España 1808-1939*, Barcelona, Ariel, 1984)... Maluquer definiría al INP como la "Federación social de actuaciones regionales, que cumple principalmente la función del retiro obrero obligatorio" ("Una campaña en pro del

seguro y de la previsión popular", Publicaciones y trabajos de D.José Maluquer y Salvador, consejero-delegado del Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1926-1930, tomo II, p.365).

A su estela dejó grandes discípulos, entre los que hay que destacar a López Núñez ("Maluquer, maestro", Discurso leído en la Asamblea del Instituto y Cajas colaboradoras, celebrada en Barcelona, junio de 1929, en "Anales del Instituto Nacional de previsión", año XXI, Suplemento al núm.80), continuador decidido de su labor creadora, desde un esquema propio del catolicismo-social, y más concretamente adscrito al grupo de la democracia cristiana; grupo al que pertenecía (dirigiéndolo) Severino Aznar.

2. EL PENSAMIENTO SOCIO-ECONÓMICO Y POLÍTICO-JURÍDICO DE MALUQUER

Ningún pensador ni actor social consciente y responsable puede ser indiferente a las exigencias de su tiempo. Era una coyuntura (entre dos siglos) fuertemente marcada por la emergencia de la "cuestión social" en su más intensas manifestaciones y por el debate respecto a la oportunidad y, en su caso modos de realizarse, de la reforma social a través de la intervención estatal. Entre los partidarios del intervencionismo reformista en lo social se sumaran personas y grupos de distintas ideologías políticas y jurídicas. El pensamiento de Maluquer cabe calificarlo típicamente como propio del *liberalismo social, pero fuertemente influido por sus concepciones ético-religiosas (liberalismo social cristiano)*, lo que realzó en él la preocupación por los débiles y los más necesitados de la sociedad y afianzó en él la idea solidarista de servicio para la realización de la seguridad y justicia social. Su encaje, dentro de la singularidad y el eclecticismo que profesaba, era básicamente próximo al catolicismo-social. De ahí su consagración y dedicación a la política y al Derecho social, que estaría llamado a realizar el valor, la idea, de la justicia social. Maluquer pensaba que la servidumbre social de las personas en la empresa moderna (como la había descrito las palabras pontificias de León XIII) es la que acude a remediar el seguro obligatorio que ha producido una obra de auxilio y justicia social, cuyo fundamento lo hace arrancar del cristianismo: la pensión de vejez de los económicamente débiles. Las leyes sociales permiten traer a la esfera del Derecho a los trabajadores; pero es ya un Derecho "reformado", "transformado" en un sentido más social. Su entronque con el catolicismo social se hace explicito en su "Estudio del retiro obrero en el aspecto cristiano", *Semanas Sociales*, Madrid, mayo de 1906), donde la postula la reforma social en el marco de la "acción social católica": "Ningún terreno hallaremos mejor preparado para hablar de sanas reformas a favor de los obreros que laborando en la esfera de la Iglesia católica fundada por el Dios de los ricos y de los pobres, de los débiles y de los poderosos, por el hombre-Dios, que vislumbrando desde aquella montaña ya para siempre célebre a los humillados y desvalidos de todos los tiempos y naciones, formuló en las Bienaventuranzas que en la infancia aprendimos sin apreciar bien su importancia, un Código universal y perenne de fraternidad universal y de significación de los humildes, cuya doctrina represente en el transcurso de los siglos, siendo de ella trasunto las admirables *Encíclicas acerca de las cuestiones obreras del sabio Pontífice León XIII*, y las leyes sociales de los pueblos todos, los cuales, aun respecto a los países que se consideren más distanciados de este centro mundial de caridad, *en cuanto tiene razonada y justificada protección a la clase trabajadora, son lejana derivación y débil corolario de las orientaciones sublimes del Evangelio cristiano".* Para él la Encíclica "Rerum Novarum" estaba inspirada en una "grande efusión de caridad, *a la vez* que de equidad social, siendo quien habla el Vicario de Cristo en la Tierra, enlázanse directamente las manifestaciones más

que ninguna de las antes expuestas con el sermón de la montaña". ("Geografía Social". "Trabajos y publicaciones de D.José Maluquer y Salvador, vol. III, págs.74-75).

Sin perjuicio de este inequívoco encuadramiento ideológico no cabe duda que en su modo de pensar –y de ser– influyo la mentalidad de la época, por lo que tuvo una impronta particular el principio de solidaridad social, el cual tenía un cualificado representante originario en León Bourgeois, Gide (1847-1932) y, después, León Duguit. Gide –al que citaba a menudo en sus Conferencias y ensayos– había seguido la secuencia en la solidaridad social desde los mecanismos más tradicionales e indiferenciados de las Cajas de ahorros hacia los medios de previsión más perfeccionados, como los seguros sociales y la Seguridad Social. Charles Gide fue un economista crítico de las doctrinas liberales individualistas, pero acabaría por ocupar la cátedra de política social a partir de 1898 en la Facultad de Derecho de París. Desde ella defendería la noción "solidarista" (el solidarismo) como principio inspirador de la organización social y jurídica. Desde ese punto de vista fomentó y difundió el cooperativismo.

La preocupación central era desde luego la previsión social pero enmarcaba esta dentro de un *programa de política social más amplio,* que comprendía los problemas educativos, la vivienda social, la representación proporcional en las elecciones tanto del Estado como de la totalidad de las asociaciones e instituciones sociales y jurídicas como reflejo de un ideal democratizador (Ibid., III, p.124), la formación de organismos paritarios de solución de los problemas sociales, etcétera. Esa política social en el sentido más amplio se abordaba desde un punto de vista *orgánico-evolutivo:* "Nunca entendemos que la continuidad signifique en modo alguno estacionamiento, sino un *progreso por evolución orgánica, como ideal*" (Ibid., II, p.287). En especial con referencia a la política previsora afirmaba contundentemente que "el régimen de previsión es una *política orgánica en incesante intensificación"* (Ibid., II, p.365). Esa perspectiva *orgánica e institucional* se reflejaría en las estructura y función del INP, el cual está en continuada transformación, adaptando sus normas a las necesidades nuevas, incorporando cada vez más elementos a su vida corporativa, con la que se fusionan, determinando sucesivos avances (Ibid.,II, p.253). *La idea de solidaridad es la que más fuertemente estructura todo su pensamiento socio-jurídico.* Para él el seguro –y especialmente el del retiro obrero– significa solidaridad ("Preparación del retiro obrero" (1924-1925), *Curso inicial de seguro obrero,* Barcelona, Eds. Orbis, 1986, pp.13 y sigs.; también en "Esquema de historia social del siglo XIX. Preparación del Retiro Obrero", en el volumen 2º recopilador de *Una campaña en pro del seguro y de la previsión popular. Publicaciones y Trabajos,* Madrid, Sobrinos de la Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, 1930, pp.1 y ss., y 239 y sigs.). Hace notar que la "solidaridad, fraternidad humana... son conceptos de un sentimiento, que en esta cátedra, que es de discreción para lo que es ajeno a la misma, tiene aspectos que se enlazan. Para muchos será una novedad la afirmación del propio Renán... de que en el fondo de toda obra de fraternidad humana, aun en la que se considere más ajena a un concepto religioso, hay en este aspecto una mayor o menor repercusión de la *idea cristiana".* Ese sentido de la solidaridad como valor social se opone al individualismo (Ibid.,pp.4-5). En esta dirección de pensamiento, coincide el eje directriz de Jaime Balmes en esta materia, que no es otro que el de considerar que la economía política, muy avanzada como ciencia de lo material, lo está poco como ciencia social, y en la necesidad de establecer cauces de armonización social (v.gr. los "tribunales de paz"). Ese espíritu balmesiano aparece caracterizado por reflejar la filosofía cristiana en opiniones que se anticipaban en mucho a su tiempo, que ofrecía un ambiente poco adecuado para su

completo desarrollo, aunque no dejaron de influir en casos individuales de patronos paternales (Ibid.,p.20). El enfoque organicista está servicio, pues se trata de encontrar una síntesis y armonía orgánica en el derecho social; aplicado al seguro implica una idea de progreso: "son el criterio colectivo e individual, esenciales a la personalidad humana, progresiva y armónicamente combinados" ("Curso inicial de retiro obrero", reedición de 1986, p.129). La solidaridad social, que representa el Estado (desde el punto de vista institucional) se resuelve en su compromiso de organización y provisión, aunque primariamente en el primitivo régimen de libertad subsidiada para constituir una pensión determinada el Estado que refleja institucionalmente esa solidaridad social este llamado a completar el esfuerzo del obrero mediante una bonificación especial (Ibid.,p.152). El reclamo de principio de solidariedad social, de ser inicialmente un principio simplemente secularizado de la fraternidad adquirió progresivamente una dimensión positiva, esto es, como motor efectivo de una racionalidad instrumental justificativa del intervencionismo. La solidaridad social es un elemento de legitimación del deber público de intervenir en materia social. Esa es la posición activadora de autores franceses como León Bourgeois, y también desde planteamientos propios de un solidarismo institucionalista León Duguit, que proponían esta opción de intervención solidarista como vía intermedia entre el liberalismo y el socialismo; pero también de una reforma del Estado hacia una Estado de "servicio público" como reflejo de la solidaridad organizada "en" el Estado. Después, la solidaridad será un elemento distintivo de los derechos de la "segunda" y "tercera generación".

José Maluquer se sitúa en la senda de aquéllos que pensaron la reforma social sobre bases "científicas", tratando de *atender a los hechos* y de incorporar las aportaciones de la ciencia económica y actuarial y de la sociología al estudio de las cuestiones sociales. Ya Adolfo Posada había entendido la reforma social como "sociología en acción", de manera que los sociólogos de acción pueden ser –debería ser– los reformadores sociales ("Principios de Sociología", 2º ed., revisada y aumentada, Madrid, Daniel Jorro, 1929, t. 2º, pp.268 y ss). Se buscaba la investigación de los hechos sociales, utilizando un método empírico (véase Tönnies, F.: "Principios de sociología", México, FCE, 1942, páp.381 y ss.; que el mismo proyectó a la cuestión social, "Desarrollo de la cuestión social", trad. de M.Reventos, Barcelona-Buenos Aires, Labor, 1927; lo estudios e informes sociales se venían abordando desde la sociología empírica también por Weber, M.: *Sociología del trabajo industrial*, Madrid, Trotta, 1994, en el marco de la Asociación para la política social inspirada en el socialismo de cátedra; y por Le Play, F.: *Les ouvriers europèens (1955)*, 6 vols., 2ª ed., Tours, Mame, 1877-1889, en el cuadro de un reformismo social más conservador; connotaciones de este enfoque de sociología empírica pueden apreciarse en Marvá y Mayer, J.: "El trabajo en las minas", Algorta, 1970; "Función técnico-social del Ingeniero", Madrid, Imprenta del Memorial de Ingenieros del Ejército, 1909; Sanz y Escartín, E.; Salillas y Panzano, R. y Puyol y Alonso, J.: "Informe referente a las minas de Vizcaya", Madrid, IRS, 1904; Sangro y Ros de Olano, P.: "Primer Congreso Nacional de Emigración. Memoria acerca de los trabajos del Congreso, presentada al Instituto de Reformas Sociales", Madrid, IRS, 1909). Las aproximaciones a la "cuestión social" desde la sociología y la economía eran bien significativas en todo el proceso de reforma social. Este enfoque –o, mejor, actitud– "cientificista" no era enteramente nuevo. Era el modo metodológico de pensar de los llamados "socialistas de cátedra" (Schmoller; Brentano; Sombart; Wagner; etcétera), el "socialismo agrario" de Henry George (el llamado "georgismo"), defendido desde una metodología económica y sociológica (señaladamente, sus obras "Pobreza y Miseria", 1881; "Economía…", introducido en España por Baldomero Argente). Ya con referencia a Schäffle

trató de diferenciar entre intervencionismo y socialismo (en una dirección próxima a la de Adolfo Posada). Los socialistas de cátedra aportarían los esquemas inspiradores de la acción tanto desde el punto de vista económico ("moralización" de la economía de mercado, y la consiguiente crítica al individualismo liberal) como desde la perspectiva social (legitimando política y económicamente la intervención). Este economista alemán de los llamados socialistas de la cátedra (que no eran propiamente socialistas, aunque reconocían mucha intervención del Estado, en su obra científica a favor del proletariado). Este autor defiende el seguro obrero obligatorio, esto es, como debe legal del seguro (Ibid.,p.24). También es significa su coincidencia con Cimbali en cuando propone la elaboración de un "derecho privado social" que permitiría conciliar lo individual y lo social, y con Menger (Ibid.,pp.27-28); véase MENGER,A.: "El derecho civil y los pobres", trad. Adolfo Posada y Est. Preliminar "Reformismo social y socialismo jurídico" de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 1998; CIMBALI,E.: "La nueva fase del Derecho civil en sus relaciones económicas y sociales", trad. Francisco Estaban García y Prólogo de Felipe Sánchez Román, Madrid, Est.tipográficos "Sucesores de Rivadeneyra", 1893; y sobre la tendencia del socialismo jurídico en la que esencialmente puede encuadrarse Menger y Cimbali, MONEREO PÉREZ,J.L.: "Fundamentos doctrinales del derecho social en España", Madrid, Trotta, 1999; en la perspectiva de la doctrina histórica, BUYLLA,A., "El obrero y las leyes. Estudios de la legislación protectora del trabajo en los principales países", Madrid, 1905; ID.: "La reforma social en España", en "Discursos R.A.C.M.P., XI). Todos estos pensadores encuentran sus "introductores" y traductores en nuestro país (Giner de los Ríos; Azcárate; Dorado Montero; Piernas Hurtado; Buylla; Posada; Sainz y Escartín, entre otros); una importación hecha sin duda con fines instrumentales de política del Derecho en materia social; esto, para legitimar una acción estatal armonizadora de los económico y de lo social. Es lo que se dio en llamar solución "intervencionista" y más impropiamente "socialismo de Estado" (denominación a-técnica que venía a reflejar el enfoque del intervencionismo germánico y la decidida intervención de Bismarck en la cuestión social, y especialmente en materia del seguro social. La influencia es más significativa en "hombres de acción" en el terreno social y político como José Canalejas, el cual desde un liberalismo social defendió la solución reformista armonizadora de los conflictos sociales (CANALEJAS,J., "El aspecto jurídico de la cuestión social", Madrid, 1894, "La Política Liberal en España", Madrid-Buenos Aires, Compañía Ibero-americana de publicaciones Renacimiento, 1912). Hace notar Canalejas que "la clave del progreso es la influencia moderadora ejercida por el Derecho, y quien dice sociedad habla de esfuerzos concertados por la solidaridad, sin la que no cabe concebir la permanencia y vigor de los Estados. Para nosotros, democracia significa *gobierno social;* un régimen político en que , sin destruir los sedimentos de la Historia, sin reemplazar la tiranía de los menos por la de los más –nótese el elitismo subyacente en esta reflexión–, la Ley, órgano del progreso y agente de la armonía social, inspirándose en la justicia y en la opinión, facilita la marcha ascendente de la colectividad hacia un ideal de fraternidad y de paz"; cfr. "La Política Liberal en España", cit., pp.125-126). Maluquer adopta una posición de intervencionismo moderado compatible con una amplia iniciativa privada. Su línea de pensamiento en este sentido (como modelo de intervencionismo moderado) no es esencialmente distinta de las que adoptarían los pensadores reformista de su tiempo (como los krausistas, Azcárate de la madurez, Posada, Buylla, Canalejas y los conservadores más lúcidos, como es el caso de Sanz y Escartín, Dato, el mismo Cánovas, y los católicos sociales, P. Vicent, M. Arboleda, Severino Aznar, Sangro y Ros de Olano, etc.). En Maluquer el intervencionismo tiene una dimensión social y ética y una dimensión política de "contención" (aspecto defensivo) de los conflictos sociales.

Pero, incluso antes, era la actitud mental de Le Play (1806-1882) y su época y de los pensadores de "mentalidad positivista". En particular Pierre-Guillaume-Frédéric Le Play (1806-1882) intentó introducir el método científico en el ámbito de las ciencias sociales en el siglo XIX. Este sociólogo economista francés fue ingeniero jefe (ingeniero de minas), alto funcionario (en calidad de tal intervino en la organización de varias exposiciones nacionales o internacionales) y catedrático de la metalurgia en las minas de la "Escuela de Minas de París" e inspector general de minas. Dedicó su tiempo a la investigación sociológica y a la reforma social, y escribió varias obras en este sentido. Fundó la "Sociedad de Economía Social", el primer gran centro de investigación privada en Francia y las "Uniones de la Paz Social" (1872). Creó también la revista *La Réforme Sociale* (1881), y con ella la llamada "Escuela de la Reforma Social". Ante la emergencia de la cuestión social le preocupó la paz social y la solución integradora de los conflictos sociales removiendo la mentalidad de la época y promoviendo, junto a Tocqueville y Lanjuinais, asociaciones voluntarias que impulsaran reformas democráticas en la organización de "lo social". Su posición es en gran medida paternalista respecto a "lo social", como se refleja es un actividad de formar instituciones protectoras del obrero como "Patronatos" desde la perspectiva de que el patrono es la primera autoridad después del de la del padre de familia; y la del Estado debe ejercitarse en "gestión patronal" correctora. Era una persona de grandes convicciones religiosas y un decidido partidario de la "reforma social"; una reforma social que debería realizarse sobre la base de un reforzamiento de las ideas religiosas y especialmente con el paradigma de la familia (su verdadero modelo es la "famille souche"), que trató de apoyo empíricamente con trabajos de campo (Véase LE PLAY,F.: *L' organisation de la famille selon le vrai modèle signalé par l' Histoire de toutes les races et de tous les temps,* París, 1871; y , en general, su obra más relevante, *La réforme sociale en France déduite de l'observation comparée des peuples européens*, 2ª ed., 2 vols, París, 1866 (la primera edición, igualmente en dos volumenes, es de París, 1864). Fue el creador de la ciencia de la economía social. Utilizó el "método de la observación" (*enquête*), especialmente en su obra más importante "Les ouvriers européens" (1854), donde se recogen informes y estadísticas sobre los presupuestos de familia trabajadora en distintos países; dicha obra tendría continuación por sus discípulos con el título "Ouvriers des Deux Mondes". Pero también en su último período defendería la necesidad de instaurar un control público del mercado, la formación de cooperativas de trabajo y la constitución de sindicatos libres; aunque veía en el esfuerzo privado bajo la dirección de élites conscientes y moralmente consecuentes la solución de la reforma social (véase su obra más importante "La réforme sociale en France, déduite de l' observation comparée des peubles européens", 1ª ed., 1864, con sucesivas ediciones, París, Plon, 2 vols.). En una dirección próxima a la idea de afrontar la reforma social desde una suerte de "ingeniería social" constructiva se sitúa el pensamiento de Maluquer y también en hacerlo unificando las distintas corrientes de pensamiento. Su aportación a la construcción de los seguros sociales fue proyectar los conocimientos científicos y técnicos a las instituciones de reforma social. En su opinión la previsión social en forma de seguro supone la aplicación cumplida de las leyes matemáticas (único modo para garantizar la solvencia del sistema), siendo necesario armonizar los aspectos doctrinales y prácticos enlazando lo técnico del seguro con lo político y administrativo ("Curso inicial de seguro obrero, Primer Tema, "Política Social de Previsión" (Octubre de 1924), reed., Eds. Orbis, 1986, pp.89 ss). De ahí su insistencia en la programación técnica, en las técnicas actuariales y en la estadística, que tenían un fácil entronque con los primeros enfoques de la "Comisión de Reformas Sociales" (1883) y del Instituto de Reformas Sociales (1904), en cuyo labor participó activamente, y después en el Instituto Nacional de Previsión (1908), por él impulsado y creado por el

Gobierno de Dato. Elemento de comprensión relevante teniendo en cuenta su innegable condición de fundador de la previsión social. Su visión pragmática le libera de hacer reclamo de una ideología específica como fundamento de la reforma social, prefiriendo acotar como idea-fuerza la mejora social y la seguridad del orden social, desde el presupuesto de la eficiencia de las técnicas actuariales. A la defensa de la idea del seguro le sigue la propuesta de una organización precisa para llevarla a la práctica. Pero el desarrollo de la técnica del seguro deberá respetar las reglas científicas de este instrumento técnico de organización provisora. Pero detrás de su planteamiento técnico Maluquer tenía la preocupación de la paz social y de la estabilización del sistema y la exigencia civilizar un sistema social que se había mostrado extraordinariamente injusto, al mismo tiempo que se evidenciaban las insuficiencias de las medidas de caridad y beneficencia pública. Este era un rasgo generalizable en Europa desde la segunda mitad del siglo XIX (véase HATZFELD,H., "Du pauperisme à la securité social, 1850-1940, París, 1971; ALBER,J.., "Dalla carità allo stato sociale", Bolonia, Il Mulino,1987; CASTEL,R.: *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Barcelona, Piados, 1997). El propio Maluquer, aprecia esa fundamentación político-jurídica de la creación de la legislación social: "Es una ley de organización del trabajo, que la inspira la experiencia germánica y las declaraciones de la parte permanente del Tratado de Versalles de que *la paz social requiere la equidad social, y esto varias medidas, entre ellas los seguros de vejez e invalidez, sin los que una nación podría ser un foco de inquietud peligroso para todos las demás que atiendan debidamente estos nuevos progresos"* ("Afirmación del Derecho constituido. Conferencia en el Ateneo de Gijón el día 25 de abril de 1921", en el Volumen 2º de *Una campaña en pro del seguro y de la previsión popular,* cit., pág.199.).

En el aspecto particular de su ideario previsor cabe señalar que Maluquer veía el ideal en un equilibrio y combinación entre el intervencionismo público y la iniciativa privada. Por ello pensaba, antes que lo hiciera Beverdige, que la previsión pública debería coexistir y respectar un espacio para la acción previsora privada, porque no eran incompatibles los seguros sociales con las formas de aseguramiento privado a través de entidades socio-económica como las entidades aseguradoras, las Cajas de Ahorros, las mutualidades de previsión, etc. En un texto que fue redactado por él señaló como uno de los fines del Instituto Nacional de Previsión el "difundir e inculcar la previsión popular" (art.10 de la Ley de 27 de febrero de 1908). Para él "la previsión se ha presentado siempre como factor de integración oficial, pero también como actuación popular complementaria" (Ibid., II, 371) (Volumen 2º recopilador de *Una campaña en pro del seguro y de la previsión popular. Publicaciones y Trabajos*, Madrid, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1930, p.371.). Defendía un eficaz intervencionismo del Estado en los seguros de utilidad pública o seguros obligatorios, en el marco de una política social. Afirmaba la neutralidad ideológico-política del INP, pues su objetivo era la previsión social en el marco de un reformismo social intervencionista y armonicista. Ese intervencionismo del Estado no es para Maluquer –como la fue también para otro reformador social, Adolfo Posada– socialismo, sino reforma social del orden existente, especialmente en el orden económico y en el campo de las relaciones de trabajo. En este sentido los seguros sociales constituyen un "régimen legal", sin perjuicio de su mejora voluntaria a través de la iniciativa privada.

Para él era fundamental la idea de movilización social de todas las personas, asociaciones e instituciones, conscientes de la necesidad de establecer un régimen de previsión social como sistema de seguridad. Ha de existir siempre una colaboración de la

acción social y del Estado. Su ideal era el establecer un Estado social, pero rechazando una completa estatización de las formas de aseguramiento social. Es más, podría decirse que adopta una posición de liberalismo social al afirmar que "Cuando hay mucha cultura en un país, todo se desenvuelve en perfecto engranaje y normalidad, y el Estado se limita a proteger, a encauzar la actividad colectiva" (Ibid., II, p.277). En esta dirección entiende que en lo social debe existir una correspondencia entre la acción legal y la acción social de los propios agentes implicados. Hasta tal punto es así que para él "En lo social, tal vez es mejor una institución que una ley" (Ibid., II, p.340). La sociedad no se deja "moldear" a través de meras iniciativas legislativas; es precisa la aceptabilidad social (Ibid., I, p.154; III, p.82). Por otra parte, la mejora del derecho vigente debe hacerse pausadamente atendiendo a la experiencia aplicativa y a sus enseñanzas más provechosas (Ibid., II, p.204). Por ello debe existir una constante colaboración entre el parlamento y la acción social en la preparación de las leyes y una constante cooperación en el trabajo. Al mismo tiempo defendía que la descentralización por servicios en la actividad de previsión social contribuiría a alcanzar un nivel más elevado de eficiencia y colaboración social (Ibid., II, p.275). Es esencial la creación de organismos autónomos para la gestión de lo social, pero piensa con Le Bon (ver buscador) que "*Una institución social difícilmente puede conservar un matiz propio de vida si no prepondera en la misma lo orgánico sobre lo personal"* (Ibid., II, .241; igualmente, LE BON,G.: "Psicología del socialismo", trad. de Ricardo Rubio, Madrid, Daniel Jorro, Editor, 1921). La visión organicista era querida por Maluquer, en el marco de sus concepciones de reforma social fuertemente influidas por su ideario cristiano. La idea complementaria es acometer la empresa ardua de "organizar una institución con vida sólida y que ésta perdure y progrese", mediante un proceso de adaptación a las condiciones y a los retos nuevos. La administración del cambio institucional supone también una dirección administrativa coherente y dotada de una mínima estabilidad para el ejercicio de sus cometidos (Ibid., II, pp.206 y 239). Su perspectiva de ingeniería social se muestra también en esa perspectiva de la orientación del cambio y la preparación social para las transformaciones sucesivas ("campaña social") cuando afirma que "acontece en la mecánica social algo semejante a lo que ocurre en la mecánica física, donde puede ser tan violento y aun contraproducente el efecto del clavo, como de sólida adaptación el del tornillo" (Ibid., I, 280). Es la forma de dotar de "flexibilidad" a un determinado sistema institucional (Ibid., I, 139). Por ello es para él tan importante la "opinión pública" para definir políticas y lograr consensos y apoyos sociales: "Sólo dirigiéndose a la opinión pública con completa sinceridad y atendiendo seriamente los compromisos contraídos se puede tener su indispensable confianza para la colaboración" (Ibid., I, p.73; véase también la opinión de otro autor próximo en no pocos aspectos como Sangro, y su obra sobre la opinión pública; también el propio Posada). Si no se puede lograr la unanimidad al menos podrá ser alcanzada una solución que en lo posible sea grata al mayor número de personas afectadas por una decisión (Ibid., II, p.156).

El Estado tiene un deber de intervenir en la organización de los seguros sociales. Ello encuentra para Maluquer el siguiente fundamento: 1º. Por su finalidad de auxilio a personas económicamente débiles; 2º. Por significar una protección al trabajo nacional, al que motivadamente se aplican diversas modalidades de intervencionismo, y 3º. Por la necesidad humanitaria de atender directamente por la administración pública a la vejez de los obreros sin pensión asegurada y desamparados, que constituyen las clases pasivas de la imprevisión, en asilos y hospitales, y que se remedian costosa e imperfectamente en las crisis de hambre y en atenciones emigratorias (Ibid., I, 278). Pero el establecimiento de un régimen legal de seguro encuentra también una fundamentación político jurídica en sentar "una base sólida a

la paz social" y con ello un vigoroso empuje a la producción germánica (como es el caso de la experiencia originaria de implantación en la Alemania de Bismarck). Maluquer pensaba que "la esencia de este novísimo derecho social declaró sencillamente Bismarck que era hacer cristianismo práctico" ("Preparación del retiro obrero" (1924-1925), p.28). En la perspectiva del análisis jurídico-social acoge como propia la reflexión de José Canalejas en el sentido de que "el impulso renovador surge por todas partes y la protección al débil, la tutela regeneradora, el patronato temporal, la cooperación altruista obtienen de consuno la bendición de Dios, el voto de la ciencia y las sanciones del Estado". Pero realza en este reclamo de reforma social la Encíclica (del griego *enkuklos*, en círculo) "Rerum Novarum" de 1891, que constituye el momento culminante del pontificado de León XIII. En esta circular dirigida por el Papa al mundo católico supuso una preparación doctrinal, y en gran medida ésta la tuvo ya en 1884, en la importante Unión de Friburgo, de significados elementos sociales de orientación católica, con la presencia de Cepeda, Mun y el obispo de empuje social Ketteler, Toniolo. Observa que Toniolo y Ketteler, con Balmes como precedente y anticipador de doctrinas católico-sociales, constituyen tres grandes figuras de la acción social cristiana del siglo XIX. Todo ello tuvo continuación en encuentros, congreso e instituciones católicas preocupadas por el problema social. Subraya Maluquer la necesidad de una intervención moderada del Estado en el problema social en coexistencia con las iniciativas de las asociaciones obreras y cristianas. Por otra parte, la encíclica significa la aplicación actual de la doctrina evangélica al problema social, y que *constituye un caluroso y eficaz llamamiento a la fraternidad ante las luchas de clases y la usura devoradora, explicando lo que entiende por derechos y deberes ineludibles de todos en esta materia* ("Preparación del retiro obrero", p.36). Él reclama al espíritu de la Encíclica para resolver correctamente el problema social de su tiempo, y pone como experiencia útil la actuación de los Círculos y Sindicatos católicos. Se muestra partidario de la economía popular cristiana defendida por el P. Antoine y por el P. Vicent ("apóstol del movimiento cooperativo español"; Ibid., p.72). En este senda el desarrollo en la cultura católica destaca la aportación de la Unión de Malinas y, entre nosotros, la labor llevada a cabo por Severino Aznar a través de la revista "Renovación Social", que se inserta en el pensamiento de la democracia cristiana (Ibid.,págs.36-37). La fundamentación de la previsión social en el ideal cristiano de comprensión de "lo social" se refleja nítidamente en los "Estudios de retiro obrero en el aspecto cristiano" (Conferencia en el Curso breve de Cuestiones Sociales, Madrid, mayo de 1906. Iniciación en España de las "Semanas Sociales" –actuación social católica–, en la que se confió a Maluquer varias conferencias en materia de seguros sociales; se cita por la reedición de Barcelona, Eds. Orbis, 1986, pp. 47 ss; En la edición originaria, en el volumen 2º recopilador de *Una campaña en pro del seguro y de la previsión popular. Publicaciones y Trabajos*, Madrid, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1930, pp.40 y ss., "Estudio del retiro obrero en el aspecto cristiano. Conferencias en el Curso Breve de Cuestiones Sociales, Madrid, Mayo de 1906, iniciación en España de las "Semanas Sociales" –actuación social católica– en la que se confió a Maluquer la colaboración del tema de Seguros). En él también reclama el pensamiento social de Balmes (Ibid.,p.49). Para él la Iglesia católica no puede ser indiferente a la cuestión social y a los progresos que en la solución de este problema plantean las nuevas técnicas de aseguramiento. El cristianismo no se limita a aconsejar resignación a los infortunados, sino ofrecer una solución a los problemas de la existencia humana. Por ello conecta la organización de los seguros sociales con la acción social católica ("Tercera Conferencia", Ibid., pp.77 ss). La misma expresión matemática constituye para él una fórmula de verdadera solidaridad económico-social (Ibid., p.66). El IRS no tiene un carácter de monopolio, sino la condición de organizar un motor de

la vida nacional en de protección social y de previsión popular (Ibid., p.69). Su idea es realizar un "cristianismo práctico": "Vamos a hacer cristianismo práctico", decía el príncipe de Bismarck al presentar al Parlamento alemán los proyectos de ley del seguro de invalidez por accidente, por edad y por enfermedad". Por ello mismo afronta las soluciones desde una perspectiva integradora y de armonía social: "Es preciso encarecer a los patronos la conveniencia de hacer también cristianismo práctico en estas materias. Y claro está que en dicha orientación no puede desatender la Iglesia las instituciones caritativas puestas bajo su solicito amparo, a las que puede llegar el capital constituido por las primas anuales y eventuales del seguro de vida, con menos extorsión que por los donativos en una sola y compleja entrega, ni puede olvidar a sus propios colaboradores y servidores, cuidando acaso, como se hace en varias naciones extranjeras, de poner al clero bajo la protección económica del seguro sobre la vida, especialmente en forma de jubilación". Él postula reformas sociales a favor de los obreros en el marco de la labora de la Iglesia católica, fundada por el Dios de los ricos y de los pobres, de los débiles y de los poderosos, por el Hombre-Dios que, vislumbrando desde aquella montaña, ya para siempre célebre, a los humillados y desvalidos de todos los tiempos y naciones, formuló en las bienaventuranzas, que en la infancia aprendemos sin apreciar bien su importancia, un código universal y perenne de fraternidad universal y de dignificación de los humildes, cuya doctrina repercute en el transcurso de los siglos, siendo de ella trasunto las admirables encíclicas acerca de las cuestiones obreras del sabio Pontífice León XII, y las leyes sociales de los pueblos todos, los cuales, aun respecto a los países que se consideren más distanciados de este centro mundial de caridad, en cuanto tienen de razonable y justificada protección a la clase trabajadora, son lejana derivación y débil corolario de las orientaciones sublimes del Evangelio cristiano (Ibid.,pp.84-85). Desde ese enfoque integrador se impone por la lógica de la vida; de ahí que nunca han faltado al Instituto relaciones de cordialidad, ni en el campo patronal ni en el obrero; pero su deber es también encontrar la mayor esfera de relación posible, no sólo por el imperio de la ley, que es norma del Estado, sino por el convencimiento, que tiene más modalidades sociales. Por esto, en vez de limitarse a actuar cerda del Gobierno, actúa también en centros de cultura popular. Así el INP tiene tanto una dimensión oficial como una vertiente popular (Ibid.,p.93). Desde esa perspectiva Maluquer no se agota en un enfoque de catolicismo socio-liberal, sino típicamente del "regeneracionismo" con un ánimo de renovación de cultural y no sólo específicamente "social"; porque "lo social" se integración dentro de un contexto más amplio de regeneración del país. Para ello busca el apoyo social y su reconducción a la dinámica político-institucional del reformismo social. Esa integración de los agentes sociales en el proceso reformista del agotado esquema de organización liberal de la sociedad era también propiciada e impulsada por la Organización Internacional del Trabajo, creada en la Parte XIII del Tratado de Versalles.

La concepción del catolicismo social está siempre presente en el pensamiento de Maluquer, en el año 1921 podría afirmar que la figura de León XIII se ofrece como cada vez más grande: el cual "ha contribuido providencialmente a una honda impresión en los espíritus con el famoso documento cristiano en que, a la vez que reconoce una justificada intervención del Estado para aminorar el malestar de los trabajadores, habla de una gran efusión de caridad, no cediendo esta visión de la gravedad del problema en proporciones a las declaraciones de equidad social que en el Tratado de Versalles que preconiza una gran parte del mundo civilizado, con expreso asentimiento de la otra, para ligar la paz social. Un rápido vistazo al mapa mundial permite afirmar que si un país de reformas sociales puede carecer alguna vez de paz pública, es dificilísimo que exista completa quietudes un pueblo

que no cuide de actualizar sus reformas sociales en estos tiempos de marcha acelerada. Y aun importa más pensar en imperativos de justicia que en conveniencias de paz".(cfr. MALUQUER, "*Contestación"* a al discurso de CREHUET DEL AMO, D. Mª.: *La tutela fiduciaria,* Madrid, Editorial Reus,-Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1921, pág.41). La idea de llevar a cabo un "Cristianismo práctico" está presente en gran de vida: señalaría que "contribuir al desenvolvimiento de la política social es hacer Cristianismo práctico, como dijo Bismarck; es cumplir elevados deberes del Cristianismo, según ha reconocido el Emperador actual de Alemania al conmemorar el vigésimoquinto aniversario de la gigantesca obra de Seguro popular preparada por el célebre Canciller". En dicho escrito ("Centenario de un sociólogo") se encuadra entre aquellos que "sienten la necesidad y la justificación de la reforma social –sea cualquiera la orientación de sus ideas para realizarla– "(Ibid., p.79). Maluquer cree la situación social deplorable de la clase obrera exigía una reforma social, una reforma de paz social, que rechazase el recurso a la violencia bidireccional (tanto de los poderes públicos como de las masas desposeídas). Por ello reclama los valores de la justicia social, la fraternidad universal (que impone el Cristianismo) y el deber social del rico con el pobre (caridad). Por ello recogiendo el pensamiento de Balmes, hace suya su reflexión, según la cual "la Economía política que, muy adelantada como ciencia puramente material, lo está muy poco como ciencia social". De él recuerda que su carácter anticipador de la que en su tiempo era la organización de la acción social-católica (precediendo al Obispo de Maguncia Keteller). Maluquer asume, pues, el ideal cristiano como elemento primordial para contribuir a la reorganización social fundada en las creencias católico-sociales (Ibid., p.82).

Corresponde al Estado la imposición legal del seguro a través de una organización administrativa específica; y establecer unas garantías económicas y de solvencia del sistema asegurador y un régimen de garantías frente a los acreedores del asegurado. La previsión es un régimen especial de política social ("Curso Inicial de seguro obrero", "Primer tema (octubre de 1924): "Política social de previsión", reedición 1986, p.89). A parte de ello, dentro de lo que se denomina función de alentamiento y apoyo público institucional, se considera preciso conceder ciertos beneficios fiscales a las operaciones de previsión. El régimen de previsión popular significa una organización nacional autónoma; un ente público instrumenta en el cual el Estado delega sus funciones de intervención en la materia atinente al seguro social. En tal sentido del INP asume funciones por delegación. La idea es crear una organización gestora fuerte del seguro popular. Decía, con la claridad de ideas que le caracterizaba, que "para que exista verdadera continuidad de una política de previsión, debe estar también fuera de la nave de la administración la delegación de una función pública, con vida propia, aunque deba ésta ir aneja a un departamento del Estado, como se halla también en el barco la brújula que lo relaciona con la fuerza que implica la continuidad de la dirección (Ibid., II, p.263). El INP significa un "sector autónomo de la administración pública", donde buscarse la colaboración permanente de todas las fuerzas políticas y sociales (el régimen de previsión popular como "federación de actuaciones sociales") y la comunicación constante con todo el país. Es un hecho verificable el pluralismo político e ideológico (liberales reformistas, krausistas-institucionistas, republicanos, socialistas, católico-sociales, conservadores reformistas, etc.) existente dentro de este organismo en la realización de la reforma social, incluso en el período de la Dictadura de Primo de Rivera y en la segunda república; aunque dicho pluralismo no se mantendría después durante la larga dictadura del franquismo. Para Maluquer y López Nuñez (Secretario de la Administración Central del Instituto desde su fundación en 1908, y uno de sus más grandes difusores y

divulgares de su labor previsora) el INP constituía un ámbito autónoma de la Administración Pública, donde es intensa y continuada la colaboración de *todas las fuerzas políticas y sociales* de cualquier tendencia; esto es, como una Institución típicamente pluralista de organización del intervencionista en materia de previsión social (SARTOU Y BAQUERO,J.: "El ideario de Maluquer", Madrid, Pub. INP, núm.427, 1934, pp.194-195). En el pensamiento de Maluquer, el INP era una prolongación institucional y espiritual del IRS (véase POSADA, A.: "Asamblea del INP y Cajas Colaboradoras del Régimen Legal de Previsión" (1932), Madrid, Pub. INP, núm.326, 1933, p.33); eso sí, con una adscripción finalista más específica, en cuanto organismo llamado a gestionar preferentemente el régimen de los seguros sociales (previsión social); constituyendo una institución aseguradora pública de carácter social.

La previsión presupone toda una política social (Ibid., t. II, p.108) y se inserta en el cuadro de una legislación social. Entiende que "las leyes sociales son verdaderas proposiciones que se hacen al país, dependiendo, en gran parte, su eficacia, de la relación que tengan con las necesidades públicas": deben ser la respuesta funcional adecuada a unas exigencias de regulación de los problemas sociales tal como se manifiesta en la realidad (Ibid. I, p.114 y 150). No tenía una visión elitista de la reforma social (lo cual debe destacarse por lo que tiene de contraste con una opinión distinta muy extendida en su época; y no sólo en España), por ello rechazaba el elitismo ilustrado ("las reormas sociales deben realizarse para el pueblo y con el pueblo"; Ibid. I, p.227), lo que supone que "la colaboración popular es tanto más interesante en las leyes sociales, porque sin la aceptación universal resultan ineficaces" (Ibid. I, p.231). La política social en su diseño y aplicación exigen siempre la colaboración de todos los sujetos implicados. En esta línea de pensamiento, señala Maluquer que "la política social de previsión considera que la cultura popular constituye una de sus bases esenciales" (Ibid., II, p.365), de manera que la acción principal ha de ser una labor de extensión de la *cultura social*, más eficaz que la mera presión oficial. La extensión de la cultura social preventiva facilitará la adhesión de los ciudadanos al sistema de previsión (Ibid., I, p.284) y ello ejercerá una influencia positiva en la integración y productiva del trabajador. Ello le permitía afirmar que "la característica general de nuestro sistema de seguro obligatorio es la de referirse a la organización del trabajo, es decir, a ser, antes que una ley de asistencia social, *una ley de perfeccionamiento de la vida económica",* porque, entre otros efectos beneficios, la reforma social de la previsión favorece la normalidad del trabajo (Ibid., I, p.177). Nuevamente aparece filtrado en el pensamiento de Maluquer la idea de "ingeniería social": "los elementos consagrados a la obra de la previsión popular significan *laboratorios sociales*, que prestan a la producción española servicios análogos, en su esfera, a los laboratorios químicos, sin los que no puede concebirse el movimiento industrial moderno" (Ibid., I, p.96). En este línea, "el retiro obrero representa una modalidad de la organización del trabajo, en la que se ha procurado primeramente el arraigo del régimen y después sus perfeccionamientos" (Ibid., II, p.365). Para Maluquer el seguro cumple una doble función; a saber: la reparación y la prevención del daño, tendiendo a prevalecer ésta última función preventiva en el marco más amplio donde se inserta el esquema del seguro que no es otro que es de una política social de previsión. No puede desconocer que en la práctica Maluquer lo quería establecer a través del INP es una ampliación de los seguros sociales para comprender las distintas contingencias de la vida humana social y políticamente más relevantes. De ahí la elaboración de varios Proyectos (que irían realizándose después) sobre los seguros populares de vida, de muerte e invalidez, paro involuntario y también la propuesta de creación de mutualidades de previsión respecto a

los riesgos profesionales (accidentes de trabajo). Lo que presidía en Muluquer es una *idea de programación de la reforma social de la previsión en el marco de una fuerte orientación racionalizadora tanto desde el punto de vista jurídico como institucional*. El tiempo le daría la razón porque la extensión material y la unificación de los seguros sociales se impondrían poco a poco.

Su aproximación al conocimiento de las cuestiones sociales y de la previsión social es interdisciplinar, enfocadas desde un cierto eclecticismo, buscando utilizar todos los conocimientos puestos al servicio de la realización de la reforma social previsora. En particular la regulación de las materias sociales debe atender a las enseñanzas de la vida económica (Ibid., II, p.342). Especialmente ello es así porque para él las *garantías de solvencia forman parte de la estructura técnica del seguro*, y por tanto la obra de previsión social de estar fundada en bases técnicas, en la *ciencia del seguro*. Cuando el régimen de previsión social se edifica sobre bases científicas puede garantizar su solvencia, eficiencia y función social típica. El seguro, pues, tiene que basarse necesariamente en las reglas matemáticas de la ciencia actuarial, porque *el seguro es la fórmula matemática de la solidaridad humana; tiene que someterse a reglas actuariales.* En particular, sólo un soporte matemático del seguro garantiza la viabilidad de una pensión de retiro concebida como operación de seguro de renta vitalicia diferida (Ibid., I, p.28). Es así que su gestión reclama dos grandes principios inspiradores: en orden al seguro en, el desarrollo de principios técnicos actuariales, y en el orden social, una absoluta neutralidad (Ibid., II, p.244; I, p.282). Para él toda la ciencia del seguro se basa en una *aritmética social; aritmética social de previsión* (Véase "Nociones de Mutualidad Escolar", en Volumen 2º de *Una Campaña en pro del seguro y de la previsión popular. Publicaciones y Trabajos*, Madrid, Sobrinos de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1930, pp.146 y sigs.). Para él nacimiento de los seguros sociales y, en general, de las legislación laboral había tenido efectos positivos no sólo en el aspecto más evidente y explícito de la mejora de la protección social, sino también desde el punto de vista económico y de la paz social en la vida económica (Ibid., I, p.84). El objetivo de reforma social se puede obtener mediante una "sistematización de intereses" del Estado, de la clase empresarial y de los trabajadores (Ibid., I, p.93).

La definición de la legislación social de uno de sus discípulos más eminente, López Núñez, podría ser atribuida al propio Maluquer: "En sentido más restringido, el concepto de legislación social puede abarcar todas aquellas disposiciones con que el poder público regula las relaciones del mundo del trabajo, ya consideremos al trabajo en sí mismo, es decir, referido al propio trabajador y como expresión de su actividad para realizar la perfección individual, ya en sus relaciones con otros agentes de la producción para ordenar jurídicamente estas relaciones, que en una sociedad debidamente organizada serían pacíficas y fraternales por hallarse reguladas según las normas de la moral. Así considerada la legislación social, en esta zona de la producción, ha recibido el calificativo de obrera, industrial o del trabajo, y comprende cuerpos de derecho de la mayor importancia jurídica". Sin embargo, "no es ése únicamente el solar de la legislación social, la cual ha de contener todas las normas con que el Estado realiza su necesaria función de tutela sobre los débiles en las relaciones del derecho y en la pugna de los intereses distintos para evitar que padezca la justicia integral. *La legislación social, así considerada, tiene siempre un aspecto de protección al débil, y no se contenta con las rígidas normas de la justicia conmutativa:* por eso se la llama *tutelar*, porque siempre viene a suplir la debilidad de quien por sus propias fuerzas no podría sostenerse en las vicisitudes de esta vida" (López Nuñez, A.: "Veinticinco

años de legislación social", cit., pp. 17-18). La legislación social debería armonizar todos los intereses (Ibid., p.23). Por otra parte, "en virtud de la solidaridad social, que no otra cosa que una resultante cinética de la fraternidad humana, la asociación multiplica la fuerza del débil, concentrando en él las fuerzas de todos, como una lente concentra en un foco la luz y el calor de los dispersos rayos solares" (Ibid., p.27). El enfoque integrador es también idéntico: "Compete al Estado, por medio de la legislación social, una función pacificadora en orden a los conflictos que pueden suscitarse en las muy complicadas relaciones del mundo del trabajo" (Ibid., p.28).

El nacimiento del derecho a la previsión pública deriva para Maluquer de la insuficiencia de la caridad y de los sistemas de previsión privada; constituye un intento de replantear la cuestión social, desde la perspectiva de los derechos sociales de la ciudadanía como cauce para alcanzar una "armonía" social. Este es también el sentido de los "Planes" de Seguridad Social (incluido el Plan Beveridge de 1942) (véase SCHALLER,F.: *De la charité privée aux droits économiques et sociaux du citoyen*, París, 1950; ALBER,J.: *Dalla carità allo Stato Sociale*, Bolonia, Il Mulino, 1987; RITTER,G.A.: *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, trad. de J. Abellán, MTSS, 1991; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996). Ello conduciría a organizar la Seguridad como servicio público (PÉREZ BOTIJA, E.: *La Seguridad Social como Servicio público*, Madrid, 1954).

En la cuestión específica de la Previsión Social (que fue el centro neurálgico de su actividad social y profesional), cabe señalar que, por encima de todo, trataba de presentar la obra del seguro social y en particular la del retiro obrero como una gran obra de *regeneración social, política y cultural de todo el País* (Maluquer, El país actuando como fuerza organizadora", en *Anales del INP*, núm.44, abril-junio, 1920). Es el influjo persistente de Costa y el "costismo". La referencia a Costa tenía también un sentido de realidad, por la disociación entre una constitución real (la oligarquía y el caciquismo) y la constitución formal de la Restauración. Hasta tal punto es así, que López Núñez constaba que las "Juntas de Reformas Sociales" estaban "maleadas por el caciquismo local", por lo que "no han dado de sí todo el fruto sano que de ellas podía esperarse. Cfr. López Núñez, A.: "Veinticinco años de legislación social", cit., p.21. Costa estuvo siempre presente en el pensamiento –y en el reconocimiento de su condición inspiradora del proceso de reforma social– en Maluquer, quien lo considera como una de los inspiradores y colaboradores constante y eficaces en la instauración del régimen legal del Seguro. Cfr. Maluquer, "Aspectos sociales del Retiro Obrero. El régimen del retiro obro significa una función pública de gran importancia para la clase trabajadora en la política social", Conferencia pronunciada en la Casa del Pueblo de Madrid el 14 de febrero de 1924, Madrid, Sobrinos de la Suc. De M. Minuesa de los Ríos, 1924, p.18 y también p.8. El regeneracionismo de Costa, como más matizadamente el de Maluquer, era reflejo de la convicción de una "crisis de época", detectadas las insuficiencias del liberalismo individualista como ideología aglutinante y pacificadores del orden social. Expresaba una idea de cambio y de modernización. La idea de regeneración nacional de Maluquer suponía una transformación cualitativa que implicaba el compromiso del Estado en el bienestar de los individuos más débiles, la participación más activa de los grupos sociales y un proceso de modernización de las estructuras económicas y sociales. Para él la regeneración es, ante todo, una regeneración social en el marco más amplio de una regeneración nacional. Muchas de las iniciativas tomadas por Maluquer en el plano social (significativamente en todo el campo de las inversiones sociales públicas y de la "Geografía

social") refleja la huella de esa idea de regeneración; comprometiéndose en las reformas prácticas y superando el enfoque meramente retórico de muchos discursos del regeneracionismo de nuestro país imperantes durante el siglo XIX e inicios del siglo XX en la época de la Restauración. Ese enfoque de regeneración nacional se evidencia en su Discurso "Ideas sociales y de previsión de Don Quijote de la Mancha", Discurso pronunciado en la Real Academia de Jurisprudencia de Madrid contestando al de ingreso, como Académico de Mérito, de D. Adolfo Pons Umbert. Sesión del 23 de abril de 1922, en el Volumen 2º de *Una campaña en pro del seguro y de la previsión popular,* cit., págs.209 y sigs.

El regeneracionismo de Joaquín Costa (que fue la figura más relevante de esa corriente heterogénea de pensamiento crítico) se centraba en la crítica en las estructuras socio-económicas y políticas del régimen de la Restauración, que formalmente se inspiraba en esquemas liberales, pero que en la realidad constituía un sistema oligárquico y caciquil, que acaba por desvirtuar toda pretensión de organización auténticamente liberal. También en él se aprecia el intento de operar con una metodología "cientificista" de análisis de la realidad. Ante la realidad de una sociedad decante y marcada por la corrupción –una de cuyas manifestaciones más significativas era el caciquismo– proponía como remedio un programa de regeneración del país, el cual intentaría aplicar a través de la Asamblea y la Liga Nacional de Productores, se refundiría en la Unión Nacional, como partido populista y de talante crítico respecto al régimen de la Restauración. Caracterizaba ese programa, por un lado, la reorientación funcional del Estado en el sistema económico y en el orden social (para afrontar la solución de la cuestión social, industrial y agraria), donde incluía la reforma de la Administración Pública; y, por otro, la reforma social, la cual comprendería una reforma agraria (necesaria para resolver la situación económico-social de la población campesina) y la reforma sociolaboral, que le hizo defender la promulgación de una legislación laboral protectora y la *constitución de un sistema de seguros sociales;* reformas intervencionistas que harían posible una mejora de la situación social y política de las clases trabajadoras. Costa, influido por el historicismo, el krausismo y el positivismo, partía de la idea de que el sistema de la Restauración debería ser superado ante su incapacidad para dar respuesta a los retos de re-ordenación que exigía de la regeneración completa de la sociedad española.

Estudia la experiencia de los "cotos de Previsión", esto es, la "protección de previsión al cultivo de la tierra". El "Coto social de Previsión, éstos es, del trabajo agrícola colectivo para fines de Previsión técnica de los propios trabajadores, lo que vislumbro el insigne *Joaquín* ***Costa*** y ha realizado el INP". Manifestación significativa es el Coto de Pedrola (pp. 24-25). En su propuesta de "Geografía Social Dinámica" y "Comparada", utiliza la experiencia comparada, destacando el ejemplo de Holanda y su seguro de vida aplicado funcionalmente: "Mientras las imposiciones, los fondos del seguro, van produciendo intereses para constituir los capitales asegurados, además de lo que significa el efecto de la mortalidad técnicamente calculada en las tablas que sirven de base a las tarifas de cuotas para el seguro, la aplicación de parte de los fondos ha transformado una gran comarca holandesa" (Utrecht) (pp. 25-26). También la experiencia belga, y las de trabajo cooperativo en la construcción de viviendas populares (pp. 26-27). No sin cierto talante paternalista: "constituyen como lo higiénico de las casas y el ánimo tranquilizado por la Previsión y paternal gestión municipal a hacer atractivas las viviendas campesinas" (p. 28). Destaca, todo el valor de la obra de Joaquín Costa: "todo el alcance de la propaganda extraordinaria de

Joaquín Costa sobre Escuela y Despensa, dirigida principalmente a defender la que se denominaba política de la blusa y el calzón corto, su semilla fructificada en gran parte de España sobre *Cotos sociales de Previsión*, enaltecidos por el Instituto Internacional de Agricultura de Roma, obras de riesgo como las del canal de Aragón y Cataluña que hemos visto transformar a Almacellas de Villa sedienta en un vergel donde se agradece el homenaje espiritual a sus viejos sin necesitar ninguno, como se dijo, de otro concurso material que el que encuentran en el ambiente familiar, legislación de *casas baratas con sus acción bienhechor, la obra magna del INP y sus Cajas Colaboradoras,* protegiendo con el empleo de parte de sus fondos las viviendas sanas, baratas y agradables, la *labor eficaz del régimen legal de Previsión en los seguros sociales en prudentes avances graduales*, llegando a atender los riesgos de enfermedad, con cooperaciones sociales aquí tan valiosas como la Federación de Sociedades de Socorros Mutuos de Cataluña y las entidades adheridas a la Quinta de Salud la Alianza, la educación que ahora se desea acentuar de la juventud para que sepa, pueda y quiera vivir en los pueblos y de su trabajo o dirección técnica agraria, el espíritu del inmortal Clavé..., la aplicación completa del Estatuto municipal y de las leyes en preparación en la parte de colaboración directa del pueblo agrícola a la misión de las Autoridades Locales, con espíritu amplio municipalista, social y agrario**,** expuesto por un ilustre colaborador de dicho Estatuto Don Luis Jordana..., reformas en la vida rural, la meritísima actuación de las asociaciones agrícolas de España y en especial de este prestigioso Instituto (Instituto Agrícola)..., y cuéntese que aún con la repercusión y coordinación de todo esto, impulsando una gran *campaña social y patriótica*, puesta bajo el patrocinio del Rey.., sería aún poco para contrarrestar la acción absorbente de las ciudades respecto a la vida que debe ser campesina y para que en muchos arraigue, lo que no digo en tono retórico sino porque ahora lo siento hondamente, el cariño a la tierra que fue un constante afecto del Santo Labrador y la que tuvo el acierto nuestro gran dramaturgo Ignacio Iglesias de denominarla la "Mare Eterna" (pp. 42-45). Estas reflexiones pondría en sí de relieve las profundas convicciones religiosas de Maluquer y su adscripción (aunque no sea "oficial") a las corrientes del catolicismo-social.

En realidad, Maluquer tiene una propuesta de "organización (social) ideal" basada en la justicia y armonía social, en el cuadro de una sociedad orgánica, que combine la tradición y el progreso: "Por lo tanto, no se atiende sólo a necesidades obreras, sino a necesidades de bien público, como son las de cultura y sanidad; con aumento de sus derechos y deberes, capacitándose para mayores funciones públicas la clase trabajadora, se comprende perfectamente la importancia, como estamos diciendo, de este régimen, en que atendemos, más que a la forma de organización puramente oficial, a aquella forma viva de Inglaterra, *de unir lo tradicional y lo progresivo y de hacer que del derecho consuetudinario vaya formándose la Ley…*Así es que, para terminar…, el régimen de retiro obligatorio significa, como decía al principio , "una función pública de gran importancia para la clase trabajadora en la política social" (MALUQUER, *Aspectos sociales del retiro obrero,* pág. 32.). Observa que "el régimen de Previsión es una *política orgánica* en incesante intensificación, a partir de la Ley fundacional de 27 de febrero de 1908". En esa dirección, afirma que "la intensificación gradual de esta Comisión Paritaria y de sus representaciones llegará a constituir, sin inconvenientes de adaptación técnica, la mayoría del Consejo Directivo". Hay que atender al hecho de que "el retiro obrero atiende a la utilidad social y a la individual coordinadas. La utilidad social se significa principalmente por las inversiones financieras (Escuelas, Sanatorios, etc.) y diferencia esencialmente el Seguro obrero del Seguro clásico" (MALUQUER, *Curso de Seguro Obrero, Labor Preparatoria,* Explicado en el Centro de

Lectura, de Reus, con la asesoría del profesor-Ponente Don José Maluquer y Salvador, Consejero-Delegado del INP, Reus, febrero, 1926, p.5. El Curso de Reus se dedicó a popularizar la idea de las posibilidades inmensas de dicho seguro, y se pensó en las inversiones financiero-sociales). Esa regeneración y reforma social "debe hacerse con el pueblo" ("Afirmación del Derecho constituido), Conferencia en el Ateneo de Gijón el día 25 de abril de 1921, en el Volumen 2º de *Una campaña en pro del seguro y de la previsión popular,* cit., págs.191 y sigs. Realza que así procede el INP en su continuado cambio de impresiones con elementos populares de toda España (Ibid., p.191).); y obedece una programación de política jurídica, no a una improvisación oportunista del momento. El régimen de la previsión social ha obedecido a evolución continuada, pero con una unidad de acción; un régimen de perseverancia y seriedad. Este régimen nacional de previsión se basa en un "funcionamiento orgánico" y un régimen de "imparcialidad", siendo obra del Estado dotada de autonomía respecto de la discontinuidad en la vida gubernamental. Es un régimen previsor basado en la participación social: "Así es que va a dirigir el régimen obligatorio el INP, pero estando su Consejo de Patronato integrado por representaciones del Gobierno y de las Cajas Postal y las regionales y teniendo una amplia Comisión asesora y patronal. Es decir, se trata de un sistema de fuerzas oficiales y sociales que constituyen la función principal, la directiva" ("Afirmación del Derecho constituido. Conferencia en el Ateneo de Gijón el día 25 de abril de 1921", en el Volumen 2º de *Una campaña en pro del seguro y de la previsión popular,* cit., pág.194).

3. BIBLIOGRAFÍA

A). Principal del autor: Archivo Maluquer (Casa solariega de los Salvador; de Maluquer), en San Joan Despí; MALUQUER Y SALVADOR, J.: Una campaña en pro del Seguro y de la Previsión Popular, 3 vols., Madrid, Sobr. Suc. M. Minuesa, 1926-1930; Reseña Histórica de la Real Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, Barcelona, Imprenta de Redondo y Xumetra, 1884 (Estudio importante para conocer la historia de la Academia, pero que también ofrece datos del período histórico y elementos biográficos de las personas más relevantes implicadas que asumieron cargos en la Academia); "Política Social de cordialidad nacional y regional", Conferencia dada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Jaime Ratés, 1919, 26 pp.; Aspectos sociales del retiro obrero, Conferencia Pronunciada en la Casa del Pueblo de Madrid el 14 de febrero de 1924, Madrid, Sobrinos de la Suc. De M. Minuesa de Los Ríos, 1924.

B). Secundaría sobre el autor y su época: ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* 7ª ed., revisad, renovada y ampliada, al cuidado de Mª. Emilia Casas Baamonde y Enrique Alonso Olea, Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 2013; AZNAR, S.: *Recuerdos de un tiempo viejo,* Madrid, INP, 1946; ID.: *Los seguros sociales. En busca de sus principios,* Madrid, 1947; BLANCO RODRÍGUEZ, J. E.: "La teoría de la previsión social española en sus iniciadores (1900-1936)", en *Cuadernos de Política Social,* núm. 18 (1953), pp.59 a 73; *ID.: Planificación de la Seguridad Social,* Marte, Barcelona, 1964; BORRAJO DACRUZ, E.: *Estudios jurídicos de previsión social,* Madrid, Aguilar, 1962; BUYLLA, A.: "El INP. Su funcionamiento e interés que para la clase trabajadora puede tener", en *Anales del INP,* octubre de 1909; BUYLLA, A.: *La protección del obrero (Acción Social y Acción Política),* Madrid, Lib. Victoriano Suárez, 1910; BUYLLA, A.: *La reforma social en España,* Discurso leído en la Real Academia de C.M. y Políticas, Madrid, 1917; BUYLLA, A., POSADA, A., y MOROTE,L.: *El Instituto del Trabajo. Datos para la*

historia de la Reforma Social en España, Prólogo de S. Castillo, Madrid, MTSS, 1986; CUESTA BUSTILLO, J.: "La previsión social pública en España, 1919-1939", en VV.AA.: *La previsión Social en la Historia*, Madrid, Ed. Siglo XXI, 2009; CHEYNE,G.J.G.: *Joaquín Costa, el gran desconocido*, Barcelona, Ariel, 1972; FERNÁNDEZ CLEMENTE,E.: *Estudios sobre Costa*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1989; GASCÓN Y MARÍN: *Los planes de Seguridad Social (De la Beneficencia al Seguro)*, Madrid, 1944; GEORGE,P.: *Geografía social del mundo*, Barcelona, Oikos-tau ediciones, 1971; GIDE, Ch.: *Las instituciones de progreso social*, (ver ensayo Duguit); GIDE, CH.,y RIST,CH.: *Historia de las doctrinas económicas desde los fisiócratas hasta nuestro días*, trad. de C. Martínez Peñalver, Madrid, Resus, 1927; GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los seguros Sociales*, 3ª ed., Madrid, Edersa,s/f.; HATZFELD, H.: *Du paupérisme à la Sécurité Sociales. 1850-1940*, París, A. Colin, 1971; JORDANA DE POZAS, L.: *El principio de unidad y los seguros sociales*, Madrid, 1941; ID.: *El Instituto Nacional de Previsión. Su obra, orientaciones presentes de los seguros*, Madrid, 1925; JUTGLAR,A.: *La era industrial en España (Aproximación a la historia social de la España contemporánea)*, Barcelona, 1963; LÓPEZ NUÑEZ, A.: *La ideología de Maluquer*, Madrid, RAJYL, 1932; LÓPEZ NUÑEZ, A.: *Veinte años de legislación social*, Madrid, Biblioteca Marvá, Juan Ortiz Editor, s/f.; ID.: *Ideario de previsión social*, Madrid, 1920 (hay también edición de 1943); MARAVALL, H.: *Previsión y Seguridad Social en su concepción y diferencias*, en *Revista de Trabajo*, núm.1 (1946); MARTIN GRANIZO, L.: *El Instituto de Reformas Sociales y sus hombres*, Madrid, Patronato de la Escuela Social de Madrid, 1947; ID.: *Biografía de sociólogos españoles*, Madrid, Servicio de Estudios del Ministerio de Trabajo, 1963; MARTÍNEZ GIRÓN, J.: "La etapa de previsión social en España", en VV.AA.: *Seguridad Social. Una perspectiva histórica*, Madrid, MTAS, 2001; ID.: *Introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, Pareces (Santiago de Compostela), 1990; MARVAUD, A.: *La cuestión social en España (1910)*, versión J. J. Garín, 1975; MEILAN GIL, J. L.: *El mutualismo laboral. Un estudio jurídico*, Madrid, CSIC, 1963; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007; *íd: La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; *íd.:* "Los (pre)supuestos histórico-institucionales de la Seguridad social en la Constitución social del trabajo", en ROJAS RIVERO, G. (Coord.): *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Ed. Bormarzo, 2012; MONEREO PÉREZ, J. L. y CALVO GONZÁLEZ, J.: "El pensamiento de León Duguit", Estudio Preliminar a DUGUIT, L.: *Manual de Derecho Constitucional*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005; MONTOYA MELGAR, A.: "La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica", en *Revista de Trabajo*, núms.54-55, 1977; *íd.: Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 2ª ed., 2009; MARTÍNEZ QUINTERO, E.: "El nacimiento de los seguros sociales en el contexto del reformismo y la respuesta del movimiento obrero", en *Studia Historica*, vol. II, núm.4 (1984); MONTERO GARCÍA, F.: *Orígenes y antecedentes de la previsión social*, Madrid, MTSS, 1988; ORTÍ, A.: *En torno a Costa*, Madrid, MAPA, 1996; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho del Trabajo e ideología*, 5ª ed., revisada, Madrid, Ed. Tecnos, 1995; PASCUAL DE FRANCISCO, M.: *El ideario de Maluquer*, Madrid, Pub. INP, núm.416, 1934; PULIDO FERNÁNDEZ, A.: *La biografía del excelentísimo señor don José Maluquer y Salvador*, Madrid, Imprenta de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1924; REVISTA DE LOS TRIBUNALES: *Legislación sobre casas baratas y económicas*, Madrid, Góngora, 1928; RUMEU DE ARMAS, A.: *Historia de la previsión social en*

España, Madrid, Edersa, 1944; SAMANIEGO BONEU, M.: *La élite dirigente del Instituto Nacional de Previsión. Un equipo pluriideológico durante la II República*, Salamanca, Edic. Universidad de Salamanca, 1954; SCHALLER, F.: *De la charité privée aux droits économiques et sociaux du citoyen*, París, 1950; TORRES, MANUEL DE: *Teoría de la Política social*, Madrid, Aguillar, 1946; UCELAY REPOLLES, M.: *Previsión y seguros sociales*, Madrid, Gráficas González, 1955; VILLA, L. E. DE LA.: *Los orígenes de la Administración laboral en España*, Madrid, Escuela de Administración Pública, 1969; VV.AA.: *Los Seguros Sociales en la España del Siglo XX*, Gómez Molleada, Mª. D. (Coord.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988; VV.AA.: *Cien años de Protección Social en España. Libro conmemorativo del Instituto Nacional de Previsión*, Tortuero Plaza, J. L. (Director-Coordinador), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007; ZARANDIETA Y MIRABENT, E.: *El espíritu de la jurisprudencia en los accidentes de trabajo*, Madrid, Ruiz Hermanos, 1928.

CRITERIOS DE ACEPTACIÓN DE ORIGINALES Y REGLAS DE ESTILO REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSTRUCCIONES DE USO)[1]

1. Los trabajos de investigación tendrán que ser efectivamente originales e inéditos, como condición imprescindible para la publicación de los mismos en la revista.

2. Configuración página

Margen superior:	2,50 cm
Margen inferior.	2,50 cm
Margen izquierda:	3,00 cm
Margen derecha:	3,00 cm
Encabezado:	1,25 cm
Pie de página:	1,25 cm

3. Encabezamiento

- Todo el título en versales, con todas las palabras en minúscula salvo la primera letra, negrita, centrado y en cuerpo time new roman 14, sin subrayado.
- Nombre y apellidos iniciales en versales, con todas las palabras en minúscula salvo la primera, normal, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.
- Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, minúscula, cursiva, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.
- Universidad de destino, minúscula, cursiva, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.

Ejemplo:

POLÍTICA DE SEGURIDAD SOCIAL Y POLÍTICA DE EMPLEO

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

4. Título

En castellano e inglés.

[1] Archivo: "Reglas estilo Revista Seguridad Social. Instrucciones de uso" (Estudio; Lápiz rosa).

5. Resumen / Abstract

En castellano e inglés, sin superar los mil caracteres.

6. Palabras clave / Keywords

Cinco palabras clave (en castellano e inglés)

7. Sumario

Índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos, no superando el triple apartado (p.ej.: 1.2.3) A partir de ahí, seguir con numeración alfabética (p.ej., a), b), c)…)

8. Títulos de los apartados

Siguiendo el índice, el titulo de los apartados se recogerá como sigue:

- en negrita, mayúscula los primeros apartados (1.)

- en negrita y minúscula los subapartados (1.1.)

- normal y minúscula los siguientes (1.1.1.; a)…)

En todos los casos, sin punto al final de cada título de apartado. Letra "times new roman" tamaño 12.

9. Texto

Tratamiento de texto microsoft word, utilizando el tipo de letra "times new roman", editado al cuerpo 12. Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio).

En la medida de lo posible, es deseable que estudio finalice con unas CONCLUSIONES

En las citas de doctrina judicial se utilizarán las referencias propias de la base de datos correspondientes y, en su defecto, se citarán con datos neutros que garanticen su localización (número de recurso, número de Sentencia, etc.).

La citas de Doctrina Judicial: 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, número de recurso, número de Sentencia, etcétera).

10. Extensión

A) Para los *"Estudios doctrinales" y "Derechos Comparado y Derecho Extranjero":* la extensión de los trabajos tendrá un mínimo de 15 páginas y un máximo de 25.

B) Para los *"Estudios de doctrina judicial"*: la extensión de los trabajos tendrá un mínimo de 10 páginas y un máximo de 15 páginas.

C) Para *"Crónica legislativa:* la extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

D). Para *"Crónica de Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas:* La extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

E). Para *"Economía de la Seguridad Social":* La extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

11. Notas y técnica de cita

Siempre que se considere necesaria y de una manera moderada se utilizará la técnica de cita a pie de página.

El texto incluido en ésta ha de ser escrito en "*times new roman*", tamaño 10, párrafo justificado, espacio de interlineado sencillo.

Los apellidos de los autores citados han de ir en "*times new roman*", tamaño 10, solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

Ejemplos:

-Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

> RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Murcia, Laborum, 2009, págs. 201-242.
>
> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, págs. 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, págs. 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, págs. 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.: *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, págs. 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.

12. Los originales remitidos –sean o no objeto de encargo por la dirección de la Revista– serán sometidos a evaluación siguiendo el orden de entrega y el criterio de oportunidad preferencial para su publicación en la Sección que corresponda. Se valorarán y seleccionarán por la dirección de la revista atendiendo al interés y calidad. Se dará cumplida información a los autores, en su momento, de la publicación o no de sus trabajos, y, en su caso, de la conveniencia de realizar los cambios que se estimen pertinentes.

13. Con la entrega del trabajo y después de la aceptación para su publicación en la Revista, el autor consiente la publicación, tanto en soporte magnético o informativo, como en soporte de papel o documental.