

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

3^{er} Trimestre 2023

nº 36

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- ☞ El Ingreso Mínimo Vital una valoración de su implantación

José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- ☞ Medidas para combatir la brecha de género en la reforma bifásica de las pensiones 2021-2023

Faustino Cavas Martínez

- ☞ La inclusión del alumnado en prácticas en el sistema de Seguridad Social: ¿una aplicación definitiva de la cobertura de protección social a las prácticas no laborales?

Raquel Vela Díaz

- ☞ La calificación de la incapacidad permanente en la silicosis de primer grado

Antonio M^a Puerto Barrio y Marta Tajadura Díez

Estudios de Doctrina Judicial

- ☞ Una revisión de la protección de la Seguridad Social del personal interino al Servicio de la Administración de Justicia, a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2022

Jose Francisco Blasco Lahoz

- ☞ Mejoras de la prestación de incapacidad temporal y derecho al subsidio. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20/12/2022 (RECU 4131/2019)

Celia Fernández Prats

- ☞ El ámbito subjetivo de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social: desigualdad de trato entre trabajadores. Comentario a la STS 877/2022, de 31 de octubre (recurso de casación 50/2019)

Enea Ispizua Dorna

- ☞ La cotización de la indemnización por despido en el exceso de la cuantía fijada por el Estatuto de los Trabajadores

Carlota Ruiz González

- ☞ A vueltas con el reconocimiento de incapacidad permanente por ceguera total, ¿una doctrina consolidada y unificada?

José Antonio Rueda Monroy

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- ☞ Un reto inaplazable para una Seguridad Social del siglo XXI, especialmente desde la perspectiva del derecho comparado: el reconocimiento de la dependencia como riesgo, y su configuración como contingencia contributiva

Alberto Ariufe Varela

- ☞ Social Security of Migrant Workers from Ukraine in EU Member States

Valeriy O. Zhuravel, Olena V. Karpushova, Volodymyr D. Bielousov, Hanna Platonova y Olha A. Dyachenko

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

María Nieves Moreno Vida

Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social

- ☞ Doctrina Administrativa en materia de prestaciones de Seguridad Social

Andrés Ramón Trillo García

- ☞ Novedades Normativas y de Gestión de la Tesorería General de la Seguridad Social

Javier Aibar Bernad

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

- ☞ El Real Decreto-Ley 4/2023 o la visibilidad normativa del estrés térmico laboral

Manuel Gámez Orea

- ☞ Sentencia del Tribunal Superior de justicia de Cataluña, sala de lo Social, nº 449/2023, de 16 de enero

- ☞ Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 598/2023, de 16 de mayo

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- ☞ El impacto de la subida del SMI sobre la desigualdad salarial

Luis Gómez Rufián y Daniel Pérez del Prado

- ☞ The Gig Economy and its Impact on Social Security and Social Protection of Employees

Volodymyr Bielousov, Anatolii Mykolaiets, Hanna Platonova, Olesia Buhlak y Anastasiia Chernysh

Clásicos de la Seguridad Social

- ☞ JUAN BAUTISTA RIVERO LAMAS (1937-2007): La comprensión del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social desde el enfoque de los Derechos Humanos

José Luis Monereo Pérez



Ediciones
Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

3^{er} Trimestre 2023

Nº 36

© Ediciones Laborum, S.L.

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

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

Revista de Derecho de la Seguridad Social
Depósito Legal: MU 1085-2014
Publicación Impresa: ISSN 2386-7191
Publicación Digital: ISSN 2387-0370

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:



<http://www.laborum.es/revsegsoc>



facebook.com/revistaseguridadsocial



[@RevSegSoc](https://twitter.com/RevSegSoc)



revsegsoc@laborum.es



www.linkedin.com/showcase/revsegsoc/

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

DIRECCIÓN:

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

SUBDIRECCIÓN:

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

COORDINACIÓN:

Belén del Mar López Insua, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

CONSEJO DE REDACCIÓN:

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

Inmaculada Ballester Pastor, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Jaume I de Castellón*

Paola Bozzao, *Profesora Titular -acreditada a Catedrática- de Derecho del Trabajo. Universidad La Sapienza de Roma. Italia*

Faustino Cavas Martínez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

Lourdes López Cumbre, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria*

Juan Antonio Maldonado Molina, *Catedrático (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Antonio Márquez Prieto, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

José Luis Tortuero Plaza, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense*

Cristina Sánchez-Rodas Navarro, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

CONSEJO ASESOR:

Belén Alonso-Olea García, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Miguel A. Almendros González, *Catedrático de Derecho de la empresa. Universidad de Granada*

Iciar Alzaga Ruíz, *Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

María José Añón Roig, *Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad de Valencia*

Joaquín Aparicio Tovar, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla La Mancha*

Cristina Aragón Gómez, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Ángel Arias Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*

Alberto Arufe Varela, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*

Gian Guido Balandi, *Catedrático Derecho del Trabajo. Universidad de Ferrara. Italia*

Susana Barcelón Cobedo, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*

Ángel Blasco Pellicer, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*

Jo Carby-Hall, *Abogado. Director de Investigaciones Jurídicas Internacionales. Universidad de Hull. Yorkshire. Inglaterra*

María Emilia Casas Baamonde, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*

María Antonia Castro Argüelles, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*

Wolfgang Däubler, *Catedrático de Derecho Laboral Alemán y Europeo, Derecho Civil y Mercantil. Universidad de Bremen. Alemania*

Susana de la Casa Quesada, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

Luis Enrique de la Villa Gil, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*

Ángel Luis de Val Tena, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Elena Desdentado Daroca, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Elisabet Errandonea Ulazia, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del País Vasco*

Gemma Fabregat Monfort, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

Maximilian Fuchs, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Católica Eichstätt-Ingolstadt. Alemania*

Carlos García de Cortázar, *Técnico de la Administración de la Seguridad Social*

Joaquín García Murcia, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Ignacio García Ninet, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*

María García Valverde, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Alessandro Garilli, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho Universidad de Palermo*

Mario Garmedia Arigón, *Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*

Rosa González de Patto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Santiago González Ortega, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo Olavide*

Esperanza Macarena Hernández Bejarano, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

Juan López Gandía, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*
 Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*
 Jesús Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III*
 Cristina Monereo Atienza, *Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Málaga*
 Ana Murcia Clavería, *Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valladolid*
 María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
 Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
 Sofía Olarte Encabo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
 Mari Carmen Ortiz Lallana, *Magistrada del TSJ de La Rioja. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
 Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
 Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
 Gloria Rojas Rivero, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
 Eduardo Rojo Torrecilla, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*
 Santos Miguel Ruesga Benito, *Catedrático de Economía Aplicada. Universidad Autónoma de Madrid*
 Carolina San Martín Mazzuconi, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*
 Yolanda Sánchez-Urán Azaña, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
 Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
 Elisa Sierra Hernaiz, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Navarra*
 Elena Signorini, *Profesora agregada de Derecho Laboral y de Seguridad Social. Universidad de Bérghamo. Italia*
 Andrés Trillo García, *Letrado Jefe de los Servicios Centrales del Instituto Nacional de la Seguridad Social*
 Daniel Toscani Giménez, *Profesor Titular -acreditado a Catedrático- de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
 María Dolores Valdueza Blanco, *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*
 Raquel Vela Díaz, *Profesora ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Universidad de Jaén*
 Raquel Vida Fernández, *Profesora Colaboradora del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Granada*
 Francisco Vila Tierno, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:

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

EDITOR:

Ediciones Laborum

RESPONSABLE DE TAREAS DE INDEXACIÓN Y REDES SOCIALES:

Alejandro Muros Polo

Destinatarios

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

Contenido

EDITORIAL

11

EL INGRESO MÍNIMO VITAL: UNA VALORACIÓN DE SU IMPLANTACIÓN (A PROPÓSITO DE LAS OPINIONES DE LA AIREF Y DEL IMPACTO “SISTÉMICO” DEL IMV EN EL PERFECCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL).....	13
---	-----------

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

1. LOS PRIMEROS PASOS EN SU IMPLANTACIÓN	13
2. LA LEY 19/2021, 20 DICIEMBRE, POR LA QUE SE ESTABLECE EL INGRESO MÍNIMO VITAL.....	18
3. LA OPINIÓN DE LA AUTORIDAD AIREF EN UNA PERSPECTIVA DINÁMICA.....	20
4. UNAS REFLEXIONES FINALES SOBRE EL INGRESO MÍNIMO VITAL DOS AÑOS DESPUÉS DE SU IMPLANTACIÓN: UNA BREVE PERSPECTIVA DE POLÍTICA DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	30

ESTUDIOS DOCTRINALES

35

MEDIDAS PARA COMBATIR LA BRECHA DE GÉNERO EN LA REFORMA BIFÁSICA DE LAS PENSIONES 2021-2023	37
--	-----------

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

1. INTRODUCCIÓN	37
2. LA DIMENSIÓN CUANTITATIVA DEL FENÓMENO: APROXIMACIÓN ESTADÍSTICA A LA BRECHA DE GÉNERO EN LAS PENSIONES	38
3. LA OBLIGACIÓN LEGAL DE INCORPORAR LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DISEÑO, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL	39
4. MUJER Y SEGURIDAD SOCIAL EN LOS INFORMES DEL PACTO DE TOLEDO Y EN EL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA	42
5. LA DIMENSIÓN EQUITATIVA DE GÉNERO EN LA PRIMERA FASE DE LA REFORMA DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES: LEY 21/2021	44
6. MEDIDAS PARA REDUCIR LA BRECHA DE GÉNERO EN LA SEGUNDA FASE DE LAS REFORMA DE LAS PENSIONES: RDL 2/2023.....	50
7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....	56
8. BIBLIOGRAFÍA	58

LA INCLUSIÓN DEL ALUMNADO EN PRÁCTICAS EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: ¿UNA APLICACIÓN DEFINITIVA DE LA COBERTURA DE PROTECCIÓN SOCIAL A LAS PRÁCTICAS NO LABORALES?	61
--	-----------

RAQUEL VELA DÍAZ

1. PLANTEAMIENTO INICIAL.....	61
2. LA IMPORTANCIA DE LA ADQUISICIÓN DE CONOCIMIENTOS PROFESIONALES PRÁCTICOS PARA LA INCORPORACIÓN AL MERCADO DE TRABAJO	63
3. LA NECESIDAD DE UNA PROTECCIÓN NORMATIVA ADECUADA PARA BECARIOS Y ESTUDIANTES EN PRÁCTICAS	66
4. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA INCLUSIÓN EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DEL ALUMNADO EN PRÁCTICAS.....	68
5. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL.....	77
6. BIBLIOGRAFÍA	78

LA CALIFICACIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE EN LA SILICOSIS DE PRIMER GRADO81

ANTONIO M^a PUERTO BARRIO

MARTA TAJADURA DÍEZ

1. LA SILICOSIS: EL RESURGIR DE UNA ENFERMEDAD PROFESIONAL.....	82
2. ASPECTOS MÉDICOS SOBRE LA SILICOSIS Y LA DISCAPACIDAD ASOCIADA: SILICOSIS COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL	84
3. EL CONCEPTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE APLICADO A LA SILICOSIS DE PRIMER GRADO	86
4. REGULACIÓN REGLAMENTARIA DE LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL.....	92
5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DIAGNÓSTICO DE SILICOSIS DE PRIMER GRADO SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL.....	96
6. CONCLUSIONES.....	98
7. ABREVIATURAS	99
8. BIBLIOGRAFÍA	99

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL101

UNA REVISIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL PERSONAL INTERINO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2022103

JOSÉ FRANCISCO BLASCO LAHOZ

1. LA PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL DEL PERSONAL INTERINO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	103
2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1506/2022, DE 16 DE NOVIEMBRE	108
3. BIBLIOGRAFÍA	111

MEJORAS DE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y DERECHO AL SUBSIDIO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20/12/2022 (RECUD 4131/2019).....113

CELIA FERNÁNDEZ PRATS

1. INTRODUCCIÓN.....	113
2. SUPUESTO DE HECHO Y SENTENCIA DE CONTRASTE: DESIGUALES PRONUNCIAMIENTOS EN TORNO A LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA.....	114
3. ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO	115
4. FINALIDAD Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL	116
5. LA CONTROVERTIDA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL SIN EFECTOS ECONÓMICOS VERSUS LA INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS DÍAS CUARTO AL DECIMOQUINTO	118
6. CONCLUSIONES.....	121
7. BIBLIOGRAFÍA	122

EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: DESIGUALDAD DE TRATO ENTRE TRABAJADORES. COMENTARIO A LA STS 877/2022, DE 31 DE OCTUBRE (RECURSO DE CASACIÓN 50/2019).....125

ENEA ISPIZUA DORNA

1. CUESTIÓN SUSCITADA.....	125
2. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES.....	126

3. PRONUNCIAMIENTOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL	127
4. CONCLUSIONES	129
5. BIBLIOGRAFÍA	130

LA COTIZACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN EL EXCESO DE LA CUANTÍA FIJADA POR EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.....131

CARLOTA RUIZ GONZÁLEZ

1. CUESTIÓN CONTROVERTIDA: LA INTERPRETACIÓN DEL TÉRMINO CONVENIO	131
2. ANTECEDENTES PROCESALES	132
3. SOBRE LOS CONCEPTOS A INCLUIR EN LA BASE DE COTIZACIÓN Y LA EXENCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO O CESE	134
4. UNA DISCREPANCIA NETAMENTE JURÍDICA. SAN (SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 11 MARZO 2020	136
5. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA EXENCIÓN DE COTIZACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO O CESE.....	137
6. CONCLUSIÓN.....	138
7. BIBLIOGRAFÍA	138

A VUELTAS CON EL RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE POR CEGUERA TOTAL, ¿UNA DOCTRINA CONSOLIDADA Y UNIFICADA? UN ANÁLISIS A PROPÓSITO DE LA STS 930/2022 DE 23 DE NOVIEMBRE Y A LA LUZ DE LA REVISIÓN DOCTRINAL EFECTUADA POR LA STS 199/2023 DE 16 DE MARZO139

JOSÉ ANTONIO RUEDA MONROY

1. INTRODUCCIÓN	139
2. LA RELACIÓN DE HECHOS.....	140
3. ANTECEDENTES PROCESALES Y DOCTRINA JUDICIAL SOBRE LA CUESTIÓN	141
4. VALORACIÓN FINAL DE LA SENTENCIA	146
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	148

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 149

UN RETO INAPLAZABLE PARA UNA SEGURIDAD SOCIAL DEL SIGLO XXI, ESPECIALMENTE DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO: EL RECONOCIMIENTO DE LA DEPENDENCIA COMO RIESGO, Y SU CONFIGURACIÓN COMO CONTINGENCIA CONTRIBUTIVA.....151

ALBERTO ÁRUFÉ VARELA

1. AGRADECIMIENTO. A LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, UN ALMA SIN CUERPO (EN ESPAÑA).....	151
2. PERSUASIÓN. POR EL CASO COMPARADO DE ALEMANIA, CONJUNCIÓN DE ALMA Y CUERPO	152
3. ACCIÓN (Y ACCIÓN Y MÁS ACCIÓN). EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA, UN CUERPO SIN ALMA.....	154
4. BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	156

SOCIAL SECURITY OF MIGRANT WORKERS FROM UKRAINE IN EU MEMBER STATES.....159

Valeriy O. Zhuravel
Olena V. Karpushova
Volodymyr D. Bielousov
Hanna Platonova
Olha A. Dyachenko

1. INTRODUCTION160

2. MATERIALS AND METHODS161

3. RESULTS162

4. DISCUSSION.....171

5. CONCLUSION.....173

6. REFERENCES174

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 179

María Nieves Moreno Vida

1. CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS181

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL202

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS.....208

CRÓNICA DE DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL 211

DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL.....213

Andrés Ramón Trillo García

1. ACCIÓN PROTECTORA213

2. ASISTENCIA SANITARIA215

3. INCAPACIDAD TEMPORAL.....215

4. CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE215

5. INCAPACIDAD PERMANENTE216

6. JUBILACIÓN.....217

7. PRESTACIÓN POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA222

NOVEDADES NORMATIVAS Y DE GESTIÓN DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....225

Javier Aibar Bernad

1. UNA BREVE RESEÑA DE LAS NOVEDADES NORMATIVAS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL225

2. NOTICIAS SOBRE LA GESTIÓN EN EL ÁMBITO DE LA AFILIACIÓN, DE LA COTIZACIÓN Y DE LA RECAUDACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES SOCIALES.....228

CRÓNICA DE ACTUALIDAD DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DE SEGURIDAD SOCIAL 233

EL REAL DECRETO-LEY 4/2023 O LA VISIBILIDAD NORMATIVA DEL ESTRÉS TÉRMICO LABORAL235

Manuel Gámez Orea

1. EL TRATAMIENTO DE UN RIESGO JURÍDICAMENTE OCULTO236

2. LA REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL RIESGO DE ESTRÉS TÉRMICO241

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DEBER DE EVALUAR EL RIESGO DE ESTRÉS TÉRMICO POR CALOR.....250

4. BIBLIOGRAFÍA	252
-----------------------	-----

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, SALA DE LO SOCIAL, N° 449/2023, DE 16 DE ENERO	253
--	------------

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, N° 598/2023, DE 16 DE MAYO	255
--	------------

1. APLICACIÓN DEL TIPO DE COTIZACIÓN REDUCIDO A LOS CONTRATOS DE INTERINIDAD	255
--	-----

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

EL IMPACTO DE LA SUBIDA DEL SMI SOBRE LA DESIGUALDAD SALARIAL **259**

LUIS GÓMEZ RUFLÁN

DANIEL PÉREZ DEL PRADO

1. INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ HA SUBIDO TANTO EL SMI?	259
2. LA EVOLUCIÓN DEL SMI EN LOS ÚLTIMOS AÑOS	261
3. CONCLUSIONES: HAY VIDA MÁS ALLÁ DE LOS EFECTOS SOBRE EL EMPLEO	276
4. BIBLIOGRAFÍA	277

THE GIG ECONOMY AND ITS IMPACT ON SOCIAL SECURITY AND SOCIAL PROTECTION OF EMPLOYEES **279**

VOLODYMYR BIELOUSOV

ANATOLII MYKOLAIETS

HANNA PLATONOVA

OLEZIA BUHLAK

ANASTASIIA CHERNYSH

1. INTRODUCTION	279
2. METHODOLOGICAL FRAMEWORK	281
3. RESULTS AND DISCUSSION	281
4. CONCLUSION	287
5. REFERENCES	288

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL **291**

JUAN BAUTISTA RIVERO LAMAS (1937-2007): LA COMPRENSIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DESDE EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS HUMANOS

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

1. SEMBLANZA INTELECTUAL Y UNIVERSITARIA	293
2. PRODUCCIÓN CIENTÍFICA	295
3. PENSAMIENTO JURÍDICO Y SOCIAL (I). UNA PERSPECTIVA DE CONJUNTO	298
4. PENSAMIENTO SOCIAL (II). LA POLÍTICA Y DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL	304
5. PUBLICACIONES CIENTÍFICAS DE JUAN BAUTISTA RIVERO LAMAS	307

Labourum

Editorial

El Ingreso Mínimo Vital: una valoración de su implantación (a propósito de las Opiniones de la AIReF y del impacto “sistémico” del IMV en el perfeccionamiento del Sistema de Seguridad Social)

Minimum Living Income: An Assessment of its Implementation (Regarding the Opinions of AIReF and the ‘Systemic’ Impact of MLI on the Improvement of the Social Security System)

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

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

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

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

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «El Ingreso Mínimo Vital una valoración de su implantación (a propósito de las Opiniones de la AIReF y del impacto “sistémico” del IMV en el perfeccionamiento del Sistema de Seguridad Social)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 36 (2023): 13-33.

“También la política es un arte gobernado por la composición en plano múltiples. Quien posee responsabilidades políticas, si tiene hambre y sed de justicia debe desear recibir esta facultad de composición en planos múltiples, y por tanto debe recibirla infaliblemente con el tiempo. Solo que hoy el tiempo apremia. Las necesidades son urgentes”

SIMONE WEIL¹

1. LOS PRIMEROS PASOS EN SU IMPLANTACIÓN

El RD-ley 20/2020, de 29 de mayo (LIMV/2020), vino a incorporar al sistema de Seguridad Social, en su nivel no contributivo, una nueva prestación denominada Ingreso Mínimo Vital (IMV). Lo primero que sorprendió fue la utilización de este extraordinario instrumento jurídico y si el fin perseguido justificaba una legislación de urgencia para ello². Pues bien, la LIMV/2020 ofrecía como justificación lo siguiente:

¹ WEIL, S.: *Raíces del existir: Preludio a una declaración de deberes hacia el ser humano*, trad. María Eugenia Valentié, revisión, edición y estudio preliminar, “Filosofía social y del trabajo y crítica política en Simone Weil”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023, p. 125.

² En este sentido recuérdese la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de una motivación explícita y razonada para considerar válida esta opción normativa por parte de un gobierno. En este sentido, puede verse STC 189/2005, de 7 julio (FD. 3): «...declaramos que “la necesaria conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante” conduce a que el concepto de extraordinaria y urgente necesidad que se contiene en la Constitución no sea, en modo alguno, “una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes”. Por ello mismo dijimos

“El impacto económico y social que la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 está ejerciendo sobre las personas en situación de vulnerabilidad, y el riesgo de cronificación y aumento de la pobreza en el futuro si no se adoptan medidas con carácter inmediato, ponen de manifiesto la concurrencia de los motivos que justifican la extraordinaria y urgente necesidad de adoptar la norma reguladora del ingreso mínimo vital”³.

En aquellos momentos se entendió qué si bien era necesario atajar la epidemia y evitar su propagación, también resultaba preciso adoptar medidas de contenido económico y social para afrontar sus consecuencias sociales, especialmente en las personas más vulnerables. Y en este sentido se amplió el contenido de la acción protectora del sistema de Seguridad Social *“columna vertebral de nuestro Estado social y democrático de derecho”*⁴ con una nueva prestación no contributiva denominada Ingreso Mínimo Vital (IMV).

La aprobación por Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, de la prestación del nivel ingreso mínimo vital supuso un hito extraordinariamente importante en la protección social dispensada por nuestro Sistema de Seguridad Social con el fin reducir la tasa de pobreza, la desigualdad y la exclusión social⁵. Se marcaba como objetivo principal *“...garantizar, a través de la satisfacción de unas condiciones materiales mínimas, la participación plena de toda la ciudadanía en la vida social y económica, rompiendo el vínculo entre ausencia estructural de recursos y falta de acceso a oportunidades en los ámbitos laboral, educativo, o social de los individuos ...”*⁶, es decir, se trata de buscar la salida del individuo de la exclusión social y una plena inclusión, lo cual para unas personas se conseguirá con el acceso a oportunidades educativas, para otras con la incorporación al mercado de trabajo e incluso con soluciones sanitarias. En el diseño de la prestación además de tener en cuenta las prácticas internacionales, se tomó en consideración las líneas apuntadas por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal en su informe de 2018⁷ buscando evitar las conocidas como «trampas de pobreza» y que la existencia de una prestación o incentivo económico conlleve hacer desaparecer el objetivo de inclusión social y económica de quienes lo reciban, permitiendo incluso la compatibilidad de su percibo con ayudas sociales de las comunidades autónomas. Para ello, es imprescindible la implicación y cooperación de las comunidades autónomas y entidades locales en

que es función propia de este Tribunal “el aseguramiento de estos límites, la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como de cualquier otra, los poderes se mueven dentro del marco trazado por la Constitución”, de forma que “el Tribunal Constitucional podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada” y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un Decreto-ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución (SSTC 11/2002, de 17 de enero, FJ 4; y 137/2003, de 3 de julio, FJ 3)». En similares términos y en relación con las medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, sobre si estaba o no justificada la urgencia en la adopción de las medidas implantadas por el RD-ley 5/2013, de 15 de marzo, véase la STC 61/2018, de 7 junio (FD7 y 8). O bien, en relación con la integración del régimen de Clases Pasivas sistema de Clases Pasivas en la Seguridad Social véase STC Pleno, 111/2021, de 13 de mayo de 2021, recurso de inconstitucionalidad 2295-2020, en relación con diversas disposiciones del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, en relación con la nulidad de los preceptos que modificaban el régimen de gestión de clases pasivas y los límites materiales de los decretos-leyes.

³ El preámbulo de la Ley 19/2021, 20 diciembre nada dice al respecto.

⁴ Apartado VI de la Exposición de motivos. En este sentido recuérdense también los artículos 1.1, 39.1 y 41 de la Constitución Española.

⁵ Más rimbombante, quizás exageradas, son las consideraciones que se hacían desde el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 *“La aprobación del Ingreso Mínimo vital supone el mayor avance en los derechos sociales en nuestro país desde, al menos, la aprobación de la Ley de Dependencia. Esta medida es una victoria de la gente. Pero no solo constituye un avance clave nacional, sino que hace de España un referente en materia de justicia social”*, en <https://www.mscbs.gob.es/ssi/covid19/ingresoMinVital/home.htm> (consultado en 18 octubre de 2020).

⁶ Exposición de motivos, apartado III.

⁷ Véase nota 8.

el establecimiento y diseño de itinerarios de inclusión flexibles y adaptados a cada situación para los beneficiarios del ingreso mínimo vital, a las que se les invita insistentemente a lo largo de la norma, apostando por un modelo de gobernanza compartida.

La necesidad de implantar esta prestación y hacerlo de forma inmediata llevó consigo a que la norma presentará múltiples defectos técnicos denunciados por un amplio sector de la doctrina científica⁸.

Puesto que se trataba de una prestación del nivel no contributivo⁹ no se entendía la necesidad de una ley “autónoma” para la misma. Técnicamente hubiera sido preferible –o suficiente- haber llevado a cabo una modificación de la Ley General de la Seguridad Social, incluyendo un nuevo capítulo III (el actual pasaría entonces a ser el IV) al título VI, como artículos 373 y siguientes y el actual art. 373 sería renumerado en un nuevo capítulo IV relativo a disposiciones comunes)¹⁰.

De igual forma resultaba llamativo que se estableciera una regulación específica de la potestad sancionadora, con olvido de la regulación contenida en el RD-Legislativo 5/2000, que aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS)¹¹ y de un singular autorización a la entidad gestora para revisar de oficio las prestaciones –en perjuicio de los beneficiarios- y consiguiente reintegro de prestaciones indebidas¹².

Aspectos negativos o deficientes del régimen jurídico inicial del IMV eran, entre otros:

A) El uso abusivo en la delegación de la potestad reglamentaria. La LIMV/2020 disponía o dejaba a futuro reglamento cuestiones tales como: a) Determinación de beneficiarios: arts. 4.1 b y 4.2; b) Titulares del ingreso mínimo vital: art.5.4; c) Unidad de convivencia: art. 6.2 c); d) Situaciones especiales: art. 6 bis c); e) Requisitos de acceso: art. 7.1.c, y d); art. 7.2; y art.7.3; f) Situación de vulnerabilidad económica: art. 8.4 y 5; g) Determinación de la cuantía: art. 10.3; h) Suspensión del derecho: art. 14.1.d) y e); i) Extinción del derecho: art. 15.1 g) y h); j) Reintegro de prestaciones indebidas: art. 17.3; k) Comisión de seguimiento del ingreso mínimo vital: art. 30.3 m); l) Consejo consultivo del ingreso mínimo vital: art. 31.3 e); m) Obligaciones de las personas beneficiarias: art. 33.1 h) y j) y art. 33.2. h); n) Colaboración de empresas al tránsito de los beneficiarios del ingreso mínimo vital a la participación activa en la sociedad: DA. 1.^a; o) Exención de pago de precios públicos por los servicios académicos: DT. 4.^a¹³.

⁸ Sin entrar a analizar ahora los múltiples defectos técnicos, de redacción, etc., que presenta su articulado, señalaremos solamente algunos: cuando se da una nueva redacción al art. 351 LGSS por la DF. Cuarta. Cinco, que confunde afiliación al sistema con encuadramiento y alta en los regímenes que la integran; o términos redundantes como que huérfano que sea “persona con discapacidad”, no sabemos de huérfanos no personas, hubiera bastado con decir huérfano con discapacidad, etcétera.

⁹ Art. 2.2 del RD-ley 20/2020, de 29 de mayo.

¹⁰ En este sentido puede verse la Proposición de Ley 120/000002, sobre establecimiento de una prestación de ingresos mínimos en el ámbito de protección de la Seguridad Social (se corresponde a los números de expediente 120/000035 de la X Legislatura y 120/000003 de la XI Legislatura), BOCG 9 de septiembre de 2016. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., RODRIGUEZ INIESTA, G., TRILLO GARCÍA, A.R.: *El Ingreso Mínimo Vital*, 2ª edición, Murcia, Laborum, 2023, *passim*. Un análisis del proceso de elaboración y de los modelos normativos de garantía de una renta mínima en discusión, en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRIGUEZ INIESTA, G., TRILLO GARCÍA, A.R.: *El ingreso mínimo vital en el marco del sistema de protección social. estudio de su configuración y régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2020. Véase también VV.AA.: MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M.N., y MÁRQUEZ PRIETO, A.: “La protección frente a la pobreza y exclusión social. La prestación de ingreso mínimo vital (capítulo 14)”, en *Manual de Seguridad Social*, decimonovena edición, Madrid, Tecnos, 2023, pp. 491 y ss.

¹¹ Véase su Capítulo III.

¹² Art. 17 LIMV/2020.

¹³ Téngase en cuenta que el problema que puede plantear esta generosa derivación a desarrollos reglamentarios posteriores ya lo ha advertido en numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional “... es doctrina reiterada de este

B) La regulación de un procedimiento de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas y la posición excesivamente privilegiada que se concede al INSS, que puede comprometer la seguridad jurídica¹⁴.

C) La improvisación con que se quiso implantar planteó en orden a su aplicación tal cantidad de problemas y controversias, en algunos casos irresolubles, que en el corto espacio transcurrió desde su entrada en vigor 1 de junio de 2020 a 31 de diciembre de 2021, la LIMV/2020, tendría que ser objeto de siete modificaciones, por Reales Decretos-leyes 25/2020, de 3 julio; 28/2020, de 22 septiembre; 30/2020, de 29 septiembre; RD-ley 35/2020, de 24 de diciembre; RD-ley 3/2021, de 2 de febrero; y la Ley 10/2021, 9 julio.¹⁵ Modificaciones todas ella que fueron sustanciales, pues

Tribunal que la reserva de ley es compatible con la colaboración reglamentaria. Hemos excluido, sin embargo, 'que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador Las habilitaciones o remisiones legales a la potestad reglamentaria deben, según nuestra doctrina allí expresada, restringir el ejercicio de dicha potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley, criterio contradicho con evidencia mediante cláusulas legales ... en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir', por todas véase la STC 139/2016, de 21 de julio, recurso de inconstitucionalidad 4123-2011. interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones

¹⁴ Art. 17 (actual art. 19 LIMV), téngase en cuenta además que este art. 19 ha sido modificado por RD-ley 20/2022, de 27 diciembre). Confróntese con la previsión general de reintegro de prestaciones indebidas recogida en el art. 55 LGSS; con el art.80 RD 1451/2004, de 11 de junio y art. 11 de la O. TAS/1562/2005, de 16 de mayo, normas reglamentarias sobre recaudación de los recursos del sistema de Seguridad Social; y RD.148/1996, de 5 de febrero y Orden de 18 julio de 1997, sobre procedimiento especial para el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas. En relación con las prestaciones por desempleo véase el art. 295 LGSS.

¹⁵ Téngase también en cuenta la Resolución de 16 de diciembre de 2020, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 2020, por el que se amplía el plazo de aplicación del régimen transitorio de aplicación del control financiero permanente, como única modalidad de control, para el reconocimiento del derecho y de la obligación de los expedientes de la prestación no contributiva del ingreso mínimo vital (BOE 19 diciembre). Las sucesivas modificaciones que se iban sucediendo repercutían sobre los efectos que provocaban sobre solicitudes rechazadas o reclamaciones sobre las mismas, lo que conllevaba a la necesidad de disponer soluciones a ello, ejemplo puede verse en el criterio de gestión del INSS 7/2021, de 2 de febrero, dispone lo siguiente:

"1. Solicitudes que debían ser desestimadas con arreglo a la legislación anterior a la entrada en vigor del Real decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, que podrían ser estimadas conforme a la nueva regulación.

Los principios de eficacia administrativa, racionalización y agilidad del procedimiento administrativo, aconsejan que aquellos supuestos que no estaban protegidos con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, pero que sin embargo sí lo están, con arreglo a la nueva regulación, puedan ser resueltos de conformidad con las nuevas disposiciones.

Ahora bien, en estos supuestos, la fecha de efectos económicos debe ser el primer día del mes de marzo de 2021, es decir, el día primero del mes siguiente al del cumplimiento de los requisitos establecidos en la nueva norma que permiten la estimación de la solicitud, haciendo constar en la resolución que se dicte al efecto la circunstancia que lleva a la gestora a reconocer la prestación con efectos de dicha fecha.

2. Desestimación de solicitudes por imposibilidad de acreditar los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho en el momento de su representación.

En aquellos supuestos en los que la dificultad acreditativa de los requisitos exigidos para el acceso al derecho impedía su reconocimiento, no se encuentra inconvenientemente en que dicha dificultad sea solventada admitiendo las certificaciones acreditativas emitidas por los servicios sociales o, en su caso, por los mediadores del Ingreso Mínimo Vital, en las supuestas previstas en el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero.

De este modo, acreditados todos los requisitos, si la solicitud se hubiera presentado antes del 31 de diciembre de 2020, se retrotraerán los efectos económicos conforme a lo establecido en la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo; y, en otro caso, sería de aplicación el artículo 11.1 del propio Real Decreto-ley 20/2020."

afectaron: 1) Al capítulo II -en su integridad- (arts.4 a 8 con inclusión de nuevos artículos 6 *bis*, *ter* y *quater*): beneficiarios; titulares de la prestación; unidad de convivencia y situaciones singulares, consideración de domicilio y convivientes sin vínculo de parentesco; y requisitos de acceso; 2) Al capítulo III (arts. 10, 13, 24 16, 19, nuevo art. 19 bis y 20): determinación de la cuantía de la prestación; modificación y actualización de la cuantía; incompatibilidad de la prestación con la asignación por hijo o menor acogido; acreditación de los requisitos; obligación de comunicación de datos a la entidad gestora y cesión de datos y confidencialidad; 3) Capítulo V (arts. 29, 30 y 31): tramitación de la prestación; 4) Capítulo VII -en su integridad- (art.33 e incluyendo un nuevo art. 33 *bis*: obligaciones de los beneficiarios y de los ayuntamientos; 5) Capítulo VIII (arts. 34 y 35): infracciones y sujetos responsables; y sanciones; 6) Y a sus Disposiciones Transitorias 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 7ª y 8ª.

D) También resultaba discutible ese detallismo en el que se incurría en muchos de sus preceptos cada vez que los mismos eran reformados, más propio de una norma reglamentaria que de una ley. Daba la impresión que conforme van surgiendo problemas o controversias en la aplicación de la LIMV/2020, se buscara la solución acudiendo a un nuevo Real Decreto ley que modifique el anterior, como si la realidad fuera en su plenitud aprehensible. En tal sentido, por ejemplo, llamaba la atención sucesivas modificaciones del art. 6 y la inclusión de nuevos arts. 6 *bis*, *ter* y *quater* en la LIMV/2020 en relación con los posibles domicilios, situaciones especiales y su acreditación. Y curioso que se elevara a categoría de rango legal la forma de acreditar los diversos requisitos exigidos por el IMV incurriendo además en incongruencias¹⁶. Por señalar un ejemplo, que la identidad, que para el caso de los españoles mayores de 14 años, solo consideraba como medio para ello el documento nacional de identidad¹⁷ cuando hay otros documentos oficiales que permiten acreditarla. O, siguiendo como el mismo tema, no deja de ser curioso que, por ejemplo, para una pensión contributiva se pueda acreditar la identidad con la presentación del pasaporte y que para el IMV no, o al menos que no esté previsto (cosa que sin embargo para ciudadanos extranjeros si está prevista).

E) Como novedad a reseñar, la LIMV/2020 anunciaba una futura reorganización de las prestaciones no contributivas con la finalidad de una *“focalización en colectivos particularmente vulnerables que contribuya a una mayor redistribución de la renta y riqueza en nuestro país”*¹⁸. Comenzando por una modificación de la protección familiar de la Seguridad Social, que consistirá en *“la eliminación de la prestación por hijo o menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33%”* con el objetivo, según se dice de *“evitar duplicidades de cara al ciudadano y en aras de una mayor efectividad de la política”*¹⁹, aunque no se precisaba o concretaba en qué consistía esa duplicidad de cara a ciudadano.

¹⁶ Con claro olvido de las previsiones recogidas en el art. 77.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas *“ Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

¹⁷ Art. 19.1 LIMV/2020. Por otro lado, téngase en cuenta lo dispuesto en el art. único. 1 del RD 522/2006, de 28 de abril, que dispone *“En los procedimientos cuya tramitación y resolución corresponda a la Administración General del Estado o a los organismos públicos vinculados o dependientes de aquélla, no se exigirá a efectos de comprobación de los datos de identificación personal, a quien tenga la condición de interesado, la aportación de fotocopias del Documento Nacional de Identidad.*

Lo dispuesto en el párrafo anterior será, asimismo, aplicable al documento acreditativo de la identidad o tarjeta equivalente de los extranjeros residentes en territorio español, expedido por las autoridades española de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.” Si bien y sobre su operatividad debe tenerse en cuenta su DF. 1.ª.

¹⁸ Véase apartado III Exposición de Motivos.

¹⁹ Véase apartado III Exposición de Motivos.

2. LA LEY 19/2021, 20 DICIEMBRE, POR LA QUE SE ESTABLECE EL INGRESO MÍNIMO VITAL

La Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital (LIMV), se publicó en el BOE de 21 de diciembre²⁰, con entrada en vigor en 1 de enero de 2022 y vino a suponer la sustitución del RD-ley 20/2020, de 29 de mayo²¹ por ella. En esta Ley se introducen importantes mejoras tanto de carácter técnico-jurídico como de política del Derecho Social de lucha contra la pobreza y las situaciones de exclusión social.

Al igual que antes se ha señalado para su antecesora, la LIMV también ha sido objeto de varias modificaciones, concretamente: a) Los arts. 17.1 (suspensión del derecho), 36 (obligaciones de las personas beneficiarias) y se ha incorporado una nueva disposición adicional 11 (remisión de la identificación de los beneficiarios de la prestación del ingreso mínimo vital a los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas para su inscripción, de oficio, como demandantes de empleo, por Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo; y b) La disposición adicional 5 (aplicación en territorios forales) por Ley 22/2021, de 28 de diciembre.

Además, debe de tenerse en cuenta, su desarrollo en aspectos tales como: a) El RD 789/2022, de 27 de diciembre²², por el que se regula la compatibilidad entre el IMV con ingresos procedentes de rentas de trabajo o actividad económica por cuenta propia; b) Por RD-ley 6/2022, de 29 de marzo, se suprime la obligación de acreditar la inscripción como demandante de empleo de las personas beneficiarias del IMV, estableciendo la obligación del INSS de remitir la identificación de los beneficiarios mayores de 18 y menores de 65 años a los Servicios Públicos de Empleo de la C. Autónoma donde tenga su domicilio, para que procedan a su inscripción de oficio y en su caso se apliquen los instrumentos de política de empleo que procedan; c) El RD 636/2022, 26 julio, que regula el Sello de Inclusión Social, de conformidad con la DA. 1 LIMV²³, concebido como una iniciativa de innovación pública en el ámbito de la colaboración público-privada y la responsabilidad social corporativa, cuyo objetivo es estimular a las empresas públicas y privadas y a otro tipo de entidades, a contribuir a la consecución de una sociedad inclusiva, justa e igualitaria, apoyando la generación de oportunidades de inclusión social para las personas beneficiarias de IMV²⁴; d) El RD 635/2022, de 26 de julio, por el que se regula la organización y funciones del Consejo Consultivo del ingreso mínimo vital, en desarrollo del art. 34 LIMV; y d) La Orden TER/253/2022, de 30 marzo, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias Administración del Estado-Comunidad Autónoma del País Vasco, de 16 de marzo de 2022, de establecimiento del convenio para la asunción por la Comunidad Autónoma del País Vasco de la gestión de la prestación no contributiva del ingreso mínimo vital, en desarrollo de la DA. Quinta de la LIMV.

También debe señalarse el RD-ley 6/2022, de 29 marzo y su prórroga²⁵ que: a) Incrementó la cuantía mensual del IMV entre los meses de abril y diciembre de 2022²⁶; y b) Modificó el art. 3 del

²⁰ Corrección de errores, con variación de preceptos modificadores, en BOE núm. 101 de 28 de abril de 2022. Téngase en cuenta que la Ley 19/2021, proviene de la tramitación como proyecto de ley del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo.

La LIMV ha sido objeto de dos recursos de inconstitucionalidad en relación con la Disposición Adicional Quinta, 2061/2022 y 1937/2022 presentados por Grupo Popular y VOX (BOE 22 abril 2022).

²¹ La disposición derogatoria de la LIMV, no hace referencia expresa al RD-ley 20/2020, aunque deroga todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se oponga a lo dispuesto en la misma.

²² Entrada en vigor el 1 de enero de 2023.

²³ Entrada en vigor el 16 de agosto de 2022.

²⁴ Ver Exposición de Motivos (justificación de la norma).

²⁵ Véase el art. 1.11 del RD-ley 11/2022, de 25 junio.

²⁶ Art. 45 del RD-ley 6/2022.

RD 897/2017, de 6 octubre, que regula la figura del consumidor vulnerable y se considera que son consumidores vulnerables los beneficiarios del IMV²⁷.

La situación del IMV, en orden a su gestión y cobertura (beneficiarios), de altas iniciales de prestaciones que han figurado en nómina junio de 2020 a agosto 2023 es la siguiente²⁸:

Expedientes aprobados	Sexo del titular		Número de beneficiarios	Tipo de beneficiarios		Sexo de los beneficiarios	
	Mujeres	Hombres		Adultos	Menores	Mujeres	Hombres
677.150	451.607	225.543	1.971.429	1.116.350	855.079	1.065.791	905.258

**El número de beneficiarios incluye, si existieran, beneficiarios en los que no consta el sexo o en su caso la edad. También incluye los datos referidos a las Comunidades Autónomas del País Vasco y Navarra con competencias sobre el IMV desde junio y septiembre de 2022 respectivamente.*

Y si atendemos a la tipología de la unidad de convivencia:

Unidad de convivencia	Número de beneficiarios
1 adulto	153.019
1 adulto y 1 menor	94.894
1 adulto y 2 menores	48.884
1 adulto y 3 menores	11.496
1 adulto y más de 3 menores	2.603
2 adultos	41.104
2 adultos y 1 menor	83.253
2 adultos y 2 menores	109.996
2 adultos y más de 2 menores	75.071
3 adultos	13.834
3 adultos y 1 menor	15.026
3 adultos y más de 1 menor	14.220
4 adultos	4.261
4 adultos 1 menor	3.873
otros	5.616

Y en relación con las prestaciones de IMV con complemento de ayuda a la infancia, la situación a 31 de agosto es la de 407.511 altas (incluyendo las prestaciones de hogares que ya venían percibiendo el IMV y que en febrero de 2022 se les reconoció de oficio dicho complemento).

Tras este breve recorrido histórico por la implantación y situación actual del IMV, parece oportuno su valoración, que se hará al hilo de las Opiniones sustentadas por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal en los años 2022 y 2023. Recuérdese que el art. 31.3 de la LIMV establece que “El resultado del ingreso mínimo vital y de las distintas estrategias y políticas de inclusión será evaluado anualmente por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, mediante la

²⁷ Véanse DF. vigésima tercera y DA octava del RD-ley 6/2022.

²⁸ Datos acumulados. Estadística accesible en <https://www.seg-social.es> (consultado en 10 septiembre de 2023).

*emisión de la correspondiente opinión, de acuerdo con la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal*²⁹.

3. LA OPINIÓN DE LA AUTORIDAD AIREF EN UNA PERSPECTIVA DINÁMICA

3.1. La primera Opinión de la AIREF

En cumplimiento de la previsión recogida en el art. 31.3 LIMV, la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF), en 19 julio de 2022, emitió su primera opinión sobre la implantación del IMV³⁰. El estudio analizaba el diseño del IMV y si era adecuado para alcanzar su principales objetivos; sus resultados desde la puesta en marcha en mayo de 2020 hasta diciembre de 2021; y otros aspectos sobre su implementación relevantes³¹.

²⁹ Véanse el art. 5.de la LO 6/2013, de 14 noviembre, relativo a la “Elaboración de informes, opiniones y estudios”, cuyo número 2 dispone lo siguiente:

“2. Las opiniones se formularán a iniciativa propia de la Autoridad sobre las materias previstas en el art. 23. La Administración o entidad destinataria de la opinión puede apartarse del criterio en ella contenido sin necesidad de motivación”.

Y también su art. 23 relativo a las “Opiniones emitidas por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal” que dice así:

“La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal podrá emitir opiniones sobre los siguientes asuntos:

a) El seguimiento de la información sobre la ejecución presupuestaria facilitada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en aplicación del principio de transparencia de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en relación con el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, de deuda pública o de la regla de gasto de todas las Administraciones Públicas.
b) La sostenibilidad de las finanzas públicas a largo plazo.
c) Sobre cualquier otro asunto cuando así lo disponga una ley.”

En el período 2021/2022, se analizaron tres módulos: 1) Diseño potencial; 2) Resultados; y 3) Implementación y gestión. Las previsiones para los siguientes años son el análisis de los siguientes módulos: A) Año 2022/2023: Módulo 4 Infancia y juventud; y Módulo 5 Personas con carencias materiales seV.as y familias monoparentales; B) Año 2023/2024: Módulo 6 Cobertura y alcance antes situaciones de pobreza sobrevenida; C) Año 2024/2025 Módulo 7 La capacidad inclusiva del IMV y sus efectos sobre el mercado de trabajo; y D) Año 2025/2026 ;Módulo 8 Complementariedad y solapamientos con otras prestaciones no contributivas; y Módulo 9 Comparativa internacional (eficacia y eficiencia).

También podrían junto a esta primera evaluación del IMV llevada a cabo por la AIREF, también deben reseñarse otras que pueden tener cierto interés. Sería el caso del llevado a cabo por la Comunidad Autónoma de Madrid “Análisis del IMV, complementariedad y solapamientos con la RMI en la Comunidad de Madrid. Estimación del impacto de la crisis en la pobreza en la Comunidad de Madrid”. Si bien debe tenerse en cuenta que este se hace antes de la entrada en vigor del Ingreso Mínimo Vital (IMV) y analiza la confluencia de esta nueva prestación con la Renta Mínima de Inserción de la Comunidad de Madrid. El estudio parte de un encargo de la Dirección General de Servicios Sociales e Innovación Social, responsable de la gestión de la Renta Mínima de Inserción (RMI), para la realización de un estudio que estimase el impacto probable del IMV sobre la población perceptora de RMI y, en sentido amplio, sobre las personas carentes de recursos económicos en la Comunidad de Madrid, teniendo en cuenta la situación sanitaria vivida y la necesidad de prever sus consecuencias económicas y sociales, dicho estudio incluye, asimismo, una estimación de los efectos probables de la pandemia de COVID-19 sobre los riesgos de pobreza y exclusión social en la Comunidad de Madrid.

³⁰ Véase Resolución de 11 de abril de 2022, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, A.A.I., para la cesión de información relativa al ingreso mínimo vital (BOE. 29 abril). La finalidad de esta cesión de información por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social a la Agencia Estatal de Administración Tributaria es la realización por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, AAI, de la evaluación anual del ingreso mínimo vital tendrá como finalidad exclusiva la anonimización de la misma por parte de la Agencia Estatal de Administración Tributaria para su envío a la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

³¹ El documento fue publicado en 18 julio de 2022 y se encuentra accesible en https://www.airef.es/wp-content/uploads/2022/07/OPINION/Primera_Opinio%CC%81n_IMV-D.pdf [consultado en 12 de agosto de 2022].

En síntesis, el informe ejecutivo de la AIREf, recoge (apartados 2 y 3) lo que denomina hallazgos (apartado 2) y realiza (apartado 3) las siguientes propuestas³²:

A) En relación con el diseño del IMV

Se parte de que la LIMV no establece, de forma explícita, un objetivo cuantitativo de reducción de la pobreza, aunque los importes que garantiza indican que se dirige a hogares con rentas por debajo del 40% de la mediana. Ahora bien, teniendo en cuenta los niveles de renta que garantiza el IMV, si llegase a toda la población objetivo, se estima que el IMV cubriría a 700.000 hogares y supondría un coste anual de 2.800 millones de euros. Y en relación con los beneficiarios se ampliaría la cobertura de los programas de rentas mínimas (se entiende las otorgadas por las CC.AA.) en cerca de 250.000 hogares y mejoraría la situación de más de la mitad de los beneficiarios que, estando cubiertos anteriormente por los programas autonómicos de rentas, pueden recibir el IMV. Singularmente en aquellas comunidades autónomas en las que sus programas de garantías de rentas para la lucha contra la pobreza son más limitados.

B) Incidencia del diseño IMV en la pobreza

Se entiende qué si el IMV estuviera completamente implementado, conseguiría que, al menos, el 52% de los hogares en pobreza de las comunidades autónomas de régimen común estuvieran cubiertos (700.000 hogares).

Los programas de rentas mínimas autonómicos seguirían cubriendo a un 8% de hogares en pobreza que no están cubiertos por el IMV (107.000 hogares).

Quedarían un 40% de hogares en pobreza que no estarían cubiertos por ningún programa de garantía de rentas para la lucha contra la pobreza (537.000 hogares). Ello podría variar si las CC.AA. que liberan recursos de sus programas de rentas mínimas lo orientaran a la implementación del IMV.

Además, si el IMV estuviera completamente desplegado tendría un papel relevante en homogeneizar la intensidad de la pobreza y, junto con los programas de RR. MM, contribuirían a que sus beneficiarios superaran el 80% del nivel de renta necesario para salir de la pobreza en todas las comunidades autónomas³³.

En cuanto a los costes se hace la siguiente valoración: a) El coste del IMV en las comunidades de régimen común ascendería a 2.800 millones de euros en caso de ser plenamente implementado. b) Al actuar como una prestación suelo, cubriría el 60% del coste potencial de las rentas autonómicas, lo que “liberaría” hasta un máximo de 1.680 millones de euros de los programas de rentas mínimas; y c) El coste de erradicar la pobreza aún no cubierta ni por el IMV plenamente implementado ni por las rentas mínimas, ascendería a alrededor de 2.200 millones de euros adicionales

C) Resultados a diciembre de 2021

El IMV desplegado hasta diciembre de 2021 ha alcanzado al 40% de sus hogares objetivo (284.000 hogares de un total de 700.000).

³² V. las págs. 8-12 de dicho informe.

³³ Los hogares se quedarían, en media, a 20 puntos porcentuales del umbral de la pobreza, salvo en el caso de los hogares monoparentales, donde la brecha se reduciría casi completamente hasta llegar al umbral de la pobreza gracias al IMV

Desde su implantación el IMV ha conseguido reducir la intensidad de la pobreza un 32% de lo que lo haría si se desplegara completamente.

El IMV ha ejecutado el 56% de lo presupuestado, lo que supone 1.600 millones anuales.

D) Su implementación

En relación con las solicitudes presentadas y el desarrollo de su tramitación se destaca lo siguiente:

- Hasta el 31 de diciembre de 2021, el INSS recibió 1,5 millones de solicitudes de IMV, que fueron muy numerosas en los primeros meses y luego han mostrado una tendencia decreciente.
- Inicialmente el tiempo de resolución de un expediente era de 150 días de media, descendiendo en el segundo semestre de 2021 a 60 días.
- La tramitación en los inicios de su implantación fue preferentemente digital (un 65%) para pasar después a un régimen mixto que combina el uso de web y manual.
- Hasta diciembre de 2021, se rechazaron unas 975.000 solicitudes de IMV. Los dos principales requisitos incumplidos han sido el criterio renta (42% de los expedientes rechazados) y el de unidad de convivencia (22%), sobre todo porque la unidad de convivencia declarada por el hogar no coincide con la que figura en el padrón en el domicilio de la solicitud.
- El porcentaje de hogares que se estima que podrían ser beneficiarios del IMV, pero aún no lo han solicitado asciende a 400.000 (el 57% de los 700.000 potenciales). La razón parece estar en tener algún tipo de renta (especialmente del trabajo o de actividades económicas) que reduce la probabilidad de solicitar el IMV en torno a un 30% o prestaciones por desempleo.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto AIRef propone una serie de medidas a corto o medio plazo.

A corto plazo se entiende que es necesario:

- Concretar los objetivos del IMV de modo que pueda evaluarse su cumplimiento especificando definiciones e indicadores que se utilizan³⁴.
- Analizar la naturaleza del patrimonio de los hogares en situación de pobreza, en particular, el grado de liquidez de sus activos reales y su valoración.
- Llevar a cabo un análisis detallado de los expedientes rechazados por incumplir los criterios de renta o unidad de convivencia para conocer las características de los hogares.

³⁴ Además, se debería incorporar de manera sistemática la información del IMV para el seguimiento de la prestación en el Portal de estadísticas de la Seguridad Social, como se hace para el resto de prestaciones no contributivas.

- Simplificar el proceso de solicitud del IMV, profundizar en el análisis de las causas por las que los beneficiarios potenciales del IMV, aun cumpliendo los requisitos, no lo solicitan y fomentar la publicidad institucional de esta prestación.
- En el marco de la Comisión de seguimiento del ingreso mínimo vital, seguir trabajando en el encaje entre el IMV y la renta mínima de cada comunidad autónoma de forma que se refuerce la eficacia en la consecución de los objetivos de inclusión y de reducción de la pobreza y se optimice el uso de los recursos públicos³⁵.

Y a medio plazo, se sugiere una vez que se vayan conociendo los efectos que el IMV está teniendo, entre otros, sobre la reducción de la pobreza, la inclusión y la participación en el mercado de trabajo, hacia una prestación que se inicie de oficio y que esté integrada con el resto de prestaciones e impuestos. Y para ello, es imprescindible incrementar la interoperabilidad de la información entre administraciones, con la finalidad de que se disponga de información de renta, patrimonio, prestaciones e impuestos de todos los hogares en un repositorio común, con el que se pueda proporcionar a todos los ciudadanos un borrador de declaración. Dicho borrador, una vez validado o rectificado por cada ciudadano, permitiría a la administración iniciar de oficio e integrar las prestaciones a las que se tuviera derecho, incluido el IMV.

3.2. La Opinión de la Autoridad AIREf tras el segundo año de implantación del Ingreso Mínimo Vital

La segunda *Opinión* de la AIREf se lleva a cabo en 15 de junio de 2023, se actualiza la del año anterior, en relación con los módulos 1 a 3 (Módulo 1: Diseño (cobertura, tasas, brecha o intensidad y coste); Módulo 2 resultados (cobertura, tasas, brecha o intensidad y coste); Módulo 3: Implementación (tramitación, solicitudes denegadas, bajas revisión rentas); y se analizan dos nuevos módulos, Módulo 4: Infancia y juventud (complemento a la infancia); y Módulo 5: Personas con carencias materiales severas y familias monoparentales, añadiendo además dos nuevas opiniones denominadas “recuadros” sobre “El empleo de los beneficiarios del IMV en los años previos a recibir la prestación”; y “El impacto de la inflación en los beneficiarios de IMV y la suficiencia de las medidas compensatorias”³⁶.

En síntesis, resulta de interés destacar de esta segunda opinión lo que allí se denomina “Hallazgos” y “Propuestas”:

A) Hallazgos

La AIREf los analiza en tres apartados: 1) Evolución del IMV; 2) Infancia y juventud; y 3) Personas con carencias materiales y sociales severas y familias monoparentales.

1. Evolución del IMV (actualización de los módulos 1, 2 y 3 de la “primera opinión”)

En este apartado la Opinión comienza por ofrecer las cifras actualizadas a 2022 de la evolución del diseño y los resultados del IMV y un seguimiento de la evolución en la tramitación de la prestación, llegando a las siguientes consideraciones:

³⁵ Siendo necesario además evaluar en detalle la complementariedad entre el IMV y las rentas mínimas en cada comunidad autónoma, compartir buenas prácticas sobre las medidas adoptadas en cada territorio para garantizar un encaje eficaz y eficiente de ambos programas y seguir trabajando para poner en marcha acciones que refuercen el vínculo del IMV con la inclusión social y su complementariedad con el empleo

³⁶ Disponible en www.airef.es (consultado en 28 de julio de 2023). Sobre la metodología y datos utilizados en la evaluación véase págs. 24 a 26 del informe.

a) La ley continúa sin establecer de forma explícita un objetivo cuantitativo de los hogares en pobreza que pretende alcanzar el IMV en términos de porcentaje de la renta mediana nacional, pese a la propuesta que hizo en anterior opinión. Con lo que difícilmente se puede evaluar el cumplimiento del diseño del IMV tal y como establece la estadística de Eurostat para la medición de la evolución de la pobreza.

b) El análisis que se realiza tiene un ámbito territorial limitado, solo a “territorio común”, por la falta de información de las comunidades forales del País Vasco y Navarra.

c) Desde la publicación de la primera Opinión once comunidades autónomas han introducido modificaciones en las normativas reguladoras de sus rentas mínimas, con una tendencia general a dotarlas de un carácter subsidiario del IMV y en la mayoría de su complementariedad de la prestación estatal. Es el caso de Andalucía, Aragón, Principado de Asturias, Islas Baleares, Cantabria, Castilla y León, Castilla La Mancha, Cataluña y Comunidad Valenciana han introducido modificaciones normativas en sus rentas mínimas para adaptarlas a la prestación estatal de IMV de cuyas reformas merece ser destacado lo siguiente:

- Andalucía, Islas Baleares y Castilla-La Mancha han establecido la incompatibilidad de su renta mínima con el IMV, con ciertas particularidades³⁷.
- Ocho de las once comunidades autónomas que han actualizado su regulación establecen la obligación de solicitar el IMV como requisito para que el hogar pueda percibir la renta mínima³⁸.

c) Se confirman escasos avances en el segundo año de implementación para alcanzar la potencialidad máxima del IMV. Se considera que de los 808.000 hogares posibles que lo podrían percibir, solo alcanza a 284.000, cifra similar al año anterior. Sobre la evolución en la tramitación se indica que las solicitudes han aumentado un 60% respecto al año anterior, debiendo tenerse en cuenta que las solicitudes son únicas y comprende tanto el IMV como el complemento de ayuda a la infancia (CAPI). Con independencia de los efectos del CAPI la tramitación tiene tiempos medios de resolución de 120 similares al año 2021. El INSS lo justifica en que para acreditar determinados requisitos precisa de la información de otras administraciones. En el año 2022 de las solicitudes resueltas, el 69% lo fueron en sentido negativo. En relación con los motivos de denegación, el motivo *renta*, con un 32 % del total de los expedientes denegados, sigue siendo el principal motivo seguido del empadronamiento que supone el 19 % de las denegaciones, aunque esta causa disminuye en importancia con respecto

³⁷ Ver págs. 30 y 31 de la segunda Opinión de la AIREf a partir del análisis de las normativas autonómicas de rentas mínimas autonómicas, que señala que: en Andalucía sin perjuicio de que su renta mínima pasa a ser incompatible con la percepción del IMV, se crea una nueva ayuda que sí será complementaria y podrán solicitar aquellos hogares que perciban menos de 100 euros mensuales de IMV; Por su parte en las Islas Baleares la incompatibilidad entre las prestaciones es total, si bien es importante destacar que esta comunidad autónoma ha incrementado los niveles de renta garantizada para el colectivo cubierto por su renta mínima hasta alcanzar los del IMV. Y en Castilla-La Mancha solo podrán ser beneficiarios de su renta mínima aquellos hogares que ya lo eran en el ejercicio anterior, ya que no se admiten nuevas solicitudes.

³⁸ Aragón permite la percepción simultánea de ambas prestaciones y no obliga a realizar la solicitud de IMV. Esta comunidad autónoma destaca por haber equiparado el test de rentas y patrimonio al del IMV, si bien fijando niveles de rentas garantizadas superiores a los del IMV para cada tipo de hogar.

a 2021³⁹. La causa de denegación relacionada con la documentación incompleta aumenta del 14 % al 16 %⁴⁰.

d) Se señalan como problemas principales:

- El elevado *non take-up*, un 58% (la diferencia entre los posibles beneficiarios “en papel” y los que finalmente acceden a la protección)⁴¹, concentrándose en las Comunidades Autónomas con mayor número de potenciales beneficiarios: Andalucía, Cataluña, Valencia y Madrid) y en hogares de solo adultos y en aquellos cuya ganancia potencial no supera el 30% de la renta garantizada.
- La limitada información de colectivos vulnerables;
- El desconocimiento del trasvase de las rentas mínimas autonómicas hacia el IMV, dada la escasa calidad de la información micro que las CC.AA. remiten a AEAT e INSS⁴².
- El retardo en la información fiscal que provoca que el 83% de los hogares vean revisados sus importes de IMV: al 27% se le revisa a la baja y al 40% al alza. Un 16% pasan a ser baja en IMV y se les solicita la devolución de la prestación (un promedio de 2.500 euros).

el problema de las revisiones en la nómina de la prestación que suponen que el 67% de las nóminas sea revisada su cuantía, causando baja el 16% y que se les solicite a devolver una media de 2.500 euros. Lo que no se llega a entender bien, dado que los hogares beneficiarios de IMV reciben el 97% de sus ingresos o de prestaciones con información disponible con frecuencia mensual por parte del INSS.

e) También se reconocen como aspectos positivos:

- El hecho de que el IMV está llegando a los hogares más vulnerables⁴³;
- Los pasos en orden a reducción de trámites en la solicitud, iniciativas en la difusión de la prestación⁴⁴.
- La compatibilidad con el empleo por cuenta ajena o propia que mitigará las bajas por revisión o reduce de la prestación.

³⁹ El informe advierte que la LIMV establece un nuevo requisito para el acceso a la prestación: que el valor de los activos no societarios sin vivienda habitual del hogar se encuentre por debajo de los umbrales fijados en la norma. El 13 % de las solicitudes presentadas en 2022 y denegadas a 31 de diciembre de 2022 se basan en este nuevo test de activos.

⁴⁰ Destaca dentro de este motivo la no acreditación del inicio de los trámites de separación o divorcio, la no acreditación de la condición de violencia de género, víctima de trata de seres humanos o explotación sexual, y la no acreditación del vínculo de la unidad de convivencia.

⁴¹ En 2021 era del 57%.

⁴² Se estima que el 80% de los hogares beneficiarios potenciales de las rentas mínimas autonómicas sería beneficiarios del IMV.

⁴³ Prueba de ello es que el 62% de los beneficiarios llevan percibiendo el IMV desde 2020; la duración media de la prestación es de 20 meses; y que el 54% de los beneficiarios no había percibido ningún salario en los 3 años anteriores.

⁴⁴ Un ejemplo de ello es la campaña “Es lo mínimo” que lleva acabo autobús y la carpa informativa del IMV que a fecha 31 de marzo de 2023 había atendido a más de 4.30 personas de 44 localidades de 18 comunidades y ciudades autónomas desde octubre de 2022.

V.: <https://revista.seg-social.es/-/balance-bus-y-carpa-imv0> personas de 44 localidades de 18 comunidades y ciudades autónomas desde octubre de 2022.

- Los proyectos piloto de inclusión vinculados al IMV.
- La puesta en marcha del Registro de Mediadores Sociales (que facilitan la acreditación de situaciones complejas de los hogares de solicitantes).

2. Infancia y juventud. Complemento de ayuda a la infancia –CAPI- (Módulo 4)

El informe parte del diseño querido por la LIMV y que entró en vigor en febrero de 2022. Este complemento de ayuda a la infancia (CAPI) va dirigido tanto a potenciales beneficiarios con hijos del IMV como no beneficiarios y tiene unos límites de renta y patrimonio mayores que el IMV. El CAPI otorga con periodicidad mensual 100 euros por cada descendiente menor de tres años, 70 euros por cada uno entre los tres y seis años y 50 euros por cada menor de más de seis años. Un hogar tiene derecho al CAPI si cumple con los requisitos de acceso regulados en el art. 10 de la Ley del IMV⁴⁵.

La AIReF estima que una la implementación completa del CAPI daría lugar a 1,5 millones de hogares beneficiarios, de los cuales 356.664, un 23 %, serían también perceptores de IMV. El gasto anual máximo del CAPI teniendo en cuenta las cuantías vigentes en 2022 sería de 2.000 millones de euros.

Ahora bien, las cifras de hogares potenciales que no lo han solicitado asciende al 76%. Se estima como hogares potenciales 1,5 millones y a 31 de diciembre de 2022 solo hay 273.318 hogares percibiéndolo⁴⁶.

Por los datos registrados en 2022 el complemento por el CAPI en 2022, el complemento ha alcanzado solo al 18 % de los hogares elegibles y ha desembolsado un 20 % del gasto anual potencial⁴⁷.

Otro dato negativo que denuncia el informe es que ley no precisa los objetivos concretos de política pública que persigue el CAPI en términos de reducción de la pobreza o pobreza infantil. Los límites de renta para acceder al CAPI se sitúan por encima del umbral de la pobreza, especialmente en los hogares monoparentales, por lo que resulta complejo deducir los objetivos que el CAPI persigue en términos de reducción de la pobreza.

3. Personas con carencias materiales y sociales severas y familias monoparentales (Módulo 5)

La LIMV proclama que el IMV va dirigido a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social. En situación de exclusión social se entiende comprendidas a las personas que integran una unidad de convivencia que se vean afectadas por una situación de carencia material y social severa. La tasa de riesgo de pobreza o exclusión social (AROPE⁴⁸) define a la población en riesgo de pobreza define a la

⁴⁵ No obstante, en lo referente a la situación de vulnerabilidad económica se amplían los umbrales con respecto a los fijados para poder percibir el IMV, por ejemplo: en un hogar con menores debe acreditar en el año anterior a la solicitud unos ingresos computables inferiores al 300 % de la renta garantizada del IMV, un patrimonio neto inferior al 150 % del umbral correspondiente y activos no societarios por valor inferior a 6 veces la renta garantizada

⁴⁶ De entre estos, 150.529 (un 55 % del total) reciben también el IMV, mientras que los restantes 122.789 hogares (un 45 % del total) perciben exclusivamente este complemento. En estos hogares perceptores conviven 502.994 menores de edad (un 12 % de menos de tres años, un 17 % de entre tres y seis años y el restante 71 % entre seis y dieciocho años). Por comunidades autónomas, Andalucía concentra el 34 % de beneficiarios del CAPI; le siguen Comunidad Valenciana, Madrid y Cataluña con un 12 %, 10 % y 9 % respectivamente.

⁴⁷ Andalucía, Comunidad Valenciana, Cataluña y la Comunidad de Madrid concentran el mayor número de hogares no solicitantes (tasa non take-up).

⁴⁸ Acrónimo del inglés “At Risk Of PoV.ty or Exclusion”.

población en riesgo de pobreza o exclusión social como aquella que vive en hogares bajo alguna de las tres siguientes situaciones:

- Ingresos totales por unidad de consumo inferiores al 60 % de la mediana (riesgo de pobreza).
- Personas en edad de trabajar lo hicieron menos del 20 % de su potencial (baja intensidad en el empleo).
- Sufren carencia material y social severa.

Estas últimas son las que dicen sufrir privación de al menos siete conceptos de la siguiente lista de trece:

A nivel de hogar:

- 1) No puede permitirse ir de vacaciones al menos una semana al año.
- 2) No puede permitirse una comida de carne, pollo o pescado al menos cada dos días.
- 3) No puede permitirse mantener la vivienda con una temperatura adecuada.
- 4) No tiene capacidad para afrontar gastos imprevistos (de 800 euros).
- 5) Ha tenido retrasos en el pago de gastos relacionados con la vivienda principal (hipoteca o alquiler, recibos de gas, comunidad...) o en compras a plazos en los últimos 12 meses.
- 6) No puede permitirse disponer de un automóvil.
- 7) No puede sustituir muebles estropeados o viejos.

A nivel de persona:

- 1) No puede permitirse sustituir ropa estropeada por otra nueva.
- 2) No puede permitirse tener dos pares de zapatos en buenas condiciones.
- 3) No puede permitirse reunirse con amigos/familia para comer o tomar algo al menos una vez al mes.
- 4) No puede permitirse participar regularmente en actividades de ocio.
- 5) No puede permitirse gastar una pequeña cantidad de dinero en sí mismo.
- 6) No puede permitirse conexión a internet.

La AIREF reconoce que el IMV totalmente implementado solo cubría en torno al 34% de las personas que sufren carencia material y severa. Y que la intensidad de la carencia material severa es mayor en los hogares que quedarían cubiertos con el IMV (siendo el retraso en la cuota de la hipoteca o del alquiler la causa más común para ser considerado en situación de carencia material y social severa entre los hogares IMV que en el resto).

En relación con los hogares monoparentales se estima (también en la anterior opinión) que la especial protección de la LIMV para ellos ha llevado que son los más cubiertos por el IMV (el 48%) frente al resto de los hogares con hijos (que alcanza el 38%). Por otro lado, se reconoce también que el acceso a la prestación de este grupo ha sido más temprano que en los hogares en que conviven menores de edad.

B) Propuestas

Tras expresar su Opinión, la AIReF formula varias propuestas⁴⁹:

- Como se indicó en la primera Opinión debe concretarse los objetivos del IMV en términos cuantitativos de modo que pueda evaluarse su cumplimiento tal y como establece la estadística de Eurostat para la medición de la evolución de la pobreza (porcentaje de la mediana)⁵⁰.
- También se reitera la conveniencia de acelerar la transformación hacia un nuevo modelo de gestión del IMV más automático basado en la integración de las fuentes de información administrativas de rentas, patrimonio, impuestos y el conjunto de las prestaciones (incluidas rentas mínimas de todas las administraciones) en torno a una base de datos común que se podría complementar con una declaración de rentas universal con el objetivo de:
 - a) Avanzar hacia un IMV que se inicie de oficio (o en el formato de impuesto negativo) contribuyendo así a la reducción del *non take-up*.
 - b) Permitir la transferencia inmediata de los beneficiarios de RRMM - CCAA al IMV o activarse en el momento que se identifica situación de pobreza sobrevenida (cruce de la información de AEAT y cotizaciones sociales, TGSS).
 - c) Servir de modelo-plataforma para otras prestaciones sociales o transferencias directas focalizadas.
- En relación directa con la evolución en la tramitación de la prestación se debe avanzar en la utilización de los datos disponibles con frecuencia mensual por parte de administraciones (AEAT y TGSS) con el objetivo de ajustar los importes de la prestación en tiempo real a la renta de los beneficiarios evitando la incidencia e importancia de las revisiones. Siendo complementario a ello la necesidad de valorar la posibilidad, pertinencia y factibilidad de simplificar la definición de renta computable para el acceso al IMV potenciándose así la capacidad del IMV de abordar situaciones pobreza sobrevenida.
- Enriquecer la estadística actual pública que proporciona la Seguridad Social del número de beneficiarios del IMV en su web de estadísticas. Sería conveniente proporcionar los datos del total de hogares percibiendo el IMV cada mes (saldo vivo) y su gasto, de modo que se pueda conocer la evolución en el grado de despliegue de la prestación. En la actualidad solo se proporciona información del total de altas, sin computar las bajas.

⁴⁹ Págs. 73 a 78.

⁵⁰ Se considera preciso que se especifiquen las definiciones y los indicadores que se utilizan, establecer de forma clara y realista los objetivos de proceso y resultado a los que aspira el programa y los plazos en los que se pretenden alcanzar, y garantizar que los objetivos formulados son cuantificables y medibles. Precisa que en concreto sería conveniente aclarar qué porcentaje de la mediana de renta neta equivalente se utiliza como umbral de pobreza sobre el que comparar los efectos desplegados por la prestación.

- Acelerar la creación de mecanismos o itinerarios de inclusión que favorezcan una menor permanencia de los hogares en el cobro de la prestación de IMV en línea con la evaluación experimental que se está llevando a cabo por parte del Ministerio.

En torno al CAPI se propone: concretar los objetivos del CAPI de modo que pueda evaluarse su cumplimiento; enriquecer la estadística pública actual de la Seguridad Social con los datos del total de perceptores de CAPI en cada mes, de forma que se pueda conocer la evolución temporal en el despliegue del complemento; profundizar en el análisis de las causas por las que los beneficiarios potenciales del CAPI no lo solicita; un análisis experimental consistente en diseñar una solicitud diferenciada del IMV; y obviamente fomento de la publicidad institucional de este complemento.

En relación con las propuestas de la AIREF en relación con la carencia material y social severa, está en profundizar en el estudio de dicha situación en todos los solicitantes del IMV y de su percepción de la pobreza. Además, se sugiere analizar otros indicadores de pobreza e incluirlos en el formulario de solicitud de la prestación para crear una base de datos y facilitar la interconexión de esta información con los servicios sociales.

Los Recuadros 1 y 2 de la AIREF

La segunda Opinión de la AIREF termina con lo que ella denomina Recuadro 1 *“El empleo en los beneficiarios del IMV en los años previos a la prestación”* y Recuadro 2 *“El impacto de la inflación en los beneficiarios del IMV y la suficiencia de las medidas compensatorias”*⁵¹

El primer *Recuadro* pretende examinar el desempeño laboral de los adultos beneficiarios de IMV antes y en los primeros años del cobro de la prestación. Se realiza una aproximación descriptiva (no causal) a partir de los datos de salarios anuales a nivel de persona recogidos en los registros fiscales de la AEAT. Opta por partir de la distribución de los adultos beneficiarios por edad y sexo. Las mujeres representan el 59 %, mientras que por franja de edad el 52 % de los beneficiarios tienen entre 35 y 54 años. Desde la puesta en marcha de la prestación en mayo de 2020, 575.761 adultos han sido beneficiarios del IMV en algún momento. El 54 % de los adultos beneficiarios de IMV no habían percibido salarios en ninguno de los tres años fiscales previos al inicio de la prestación. Del análisis de los cambios en la situación laboral (flujos del margen extensivo) se observa como del colectivo de beneficiarios que comienzan a percibir el IMV en 2020 y percibían salarios en 2019, un 38 % deja de declarar salarios positivos en 2020. En relación con la evolución de aquellos que perciben salarios en los tres años, en mediana los ingresos salariales de los beneficiarios IMV se reducen entre 2019 y 2020, mientras que aumentan entre 2020 y 2021.

El segundo *Recuadro* aborda el impacto de la inflación en los beneficiarios del IMV y la suficiencia de las medidas compensatorias. Parte de que la inflación soportada en 2022 por las rentas bajas ha sido superior que la de las altas, (si bien disminuyó a lo largo del año). Con el objetivo declarado de paliar los efectos de la inflación entre los más vulnerables, el art. 45 del Real Decreto 6/2022 aumentó un 15 % las nóminas de IMV de los meses abril a junio y posteriormente el RD-ley 11/2022, lo prorrogaría hasta diciembre de 2022. La AIREF estima que dicho incremento del IMV vino a compensar el 79 % del gasto adicional provocado por la inflación en los hogares beneficiarios del IMV. Dicho lo anterior, se advierte que el aumento del 15 % en la nómina de IMV podría no ser una medida eficaz para compensar la inflación en los beneficiarios cuya renta computable se sitúa en niveles cercanos a la renta garantizada.

⁵¹ Esta peculiar denominación quizás obedezca a que se recoge al final del informe dentro de un recuadro (págs. 64 a 67 el primero y 68 a 70 el segundo).

Teniendo en cuenta que la cuantía de la prestación es el resultado de restar a la renta garantizada la renta computable del hogar. Por lo tanto, en los hogares con renta computable estrictamente mayor que cero la subida del 15 % en la nómina supone un ingreso adicional inferior a si se indexara la renta total del hogar un 15 %.

4. UNAS REFLEXIONES FINALES SOBRE EL INGRESO MÍNIMO VITAL DOS AÑOS DESPUÉS DE SU IMPLANTACIÓN: UNA BREVE PERSPECTIVA DE POLÍTICA DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

-pendiente J. Luis- Recoger partir del Manual, pp. 491-493.

La creación de una Renta Mínima de ámbito estatal se hacía cada vez más necesaria. La LIMV la ha establecido en un nivel todavía de nivel muy básico, pero resulta innegable que el IMV está destinado a acrecentarse en su ideal de cobertura por las razones estructurales anteriormente indicadas. Se ha de poner un umbral mínimo de prestación económica para garantizar una vida digna y realizar así los fines inclusivos de esta nueva institución jurídica. Y se han de superar los obstáculos burocráticos para el reconocimiento de la esta renta mínima (IMV) a todas las personas en situación de pobreza o de exclusión social. Aun así es un prestación muy compleja en su gestión.

El modelo constitucional de Seguridad Social opta por la universalización subjetiva de la cobertura («régimen público [...] para todos los ciudadanos»), en el sentido de que en la CE se detecta una «vocación universalista», de forma que el «ideal de cobertura» constitucional será que toda la población esté protegida ante situaciones de necesidad. La universalización se asienta además sobre la idea de la ciudadanía social como título jurídico bastante para obtener una cobertura pública. En este sentido, la Ley 26/1990 supuso un importante salto cualitativo en el panorama de la protección social pública. Sin embargo, salvo en lo referente a la naturaleza de los derechos concedidos, realmente supuso una reordenación de algunas prestaciones de asistencia social que ya preexistían (paradigmática, FONAS), de modo que la Ley 26/1990 no colmaba el modelo constitucional de Seguridad Social, sobre todo habida cuenta que a pesar de que el art. 41 de nuestra Norma Fundamental se inclina por una cierta asistencialización de la protección, en esta Ley no quedan plenamente cubiertas las situaciones de necesidad en las que puede encontrarse el ciudadano, ni con mucho. Sólo se atendía a tres contingencias, y de una forma muy restrictiva. No se cubría el riesgo de pobreza y exclusión social severa, sino únicamente las necesidades económicas de personas mayores o con un alto grado de discapacidad, y de forma residual el de personas con hijos a cargo.

No solo esto, pues a ese vacío de cobertura, se unía la enorme desigualdad en la distribución de la renta en nuestro país. Como subraya la Exposición de Motivos del RDL 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el Ingreso Mínimo Vital, «los ingresos del 20 por 100 de los hogares de renta más baja representan solo una sexta parte de los ingresos del 20 por 100 con renta más alta, mientras en la Unión Europea esta proporción es solo de una quinta parte». Por ello, era generalmente admitida la necesidad de implantar una rama protectora dirigida a prevenir el riesgo de pobreza, lograr la inclusión social y suplir las carencias de recursos económicos para la cobertura de necesidades básicas, y esa es la llamada *prestación de ingreso mínimo vital*.

El riesgo de pobreza y exclusión social severa se atendía únicamente a través de políticas de rentas mínimas autonómicas, muy heterogéneas, y de efectos limitados. De hecho, el IMV no las reemplaza, sino que es un suelo de cobertura común para todo el territorio español. Es una prestación que tiene como objetivo prevenir y luchar contra la pobreza y la exclusión social, una «herramienta para facilitar la transición de los individuos desde la exclusión social que les impone la ausencia de recursos hacia una situación en la que se puedan desarrollar con plenitud en la sociedad». Este objetivo de inclusión condiciona de manera central el diseño de la prestación, que introduce un

sistema de incentivos buscando evitar la generación de lo que los expertos en política social han llamado «trampas de pobreza», esto es, que la mera existencia de prestación inhiba el objetivo de inclusión social y económica de los receptores. Así, al ser compatible con los rendimientos del trabajo y estar acompañado de un mecanismo incentivador al empleo, así como de las obligaciones de los beneficiarios de participar en las estrategias de inclusión que promueva el Ministerio, y de figurar como demandantes de empleo en caso de no trabajar, brindará la oportunidad de incorporarse a la economía formal a personas y colectivos que tradicionalmente han venido trabajando fuera de este ámbito. Además, los beneficiarios del IMV serán objetivo prioritario y tenidos en cuenta en el diseño de los incentivos a la contratación que apruebe el Gobierno. Para ayudar a esta finalidad inclusiva, se introduce la figura del Sello de Inclusión Social, con el que se distinguirá a aquellos empleadores de beneficiarios del IMV que contribuyan al tránsito de los beneficiarios del IMV desde una situación de riesgo de pobreza y exclusión a la participación activa en la sociedad.

Técnicamente, se incluye como prestación pública con el calificativo técnico de prestación económica de la Seguridad Social, de naturaleza no contributiva, de ingreso mínimo vital (art. 72.2.ñ) LGSS). Por tanto, se subraya que es una prestación inserta en el Sistema de Seguridad Social (artículos 42.1.d) LGSS y 2.2 Ley 19/2021), y de carácter no contributiva, financiada en consecuencia mediante aportaciones del Estado al presupuesto de la Seguridad social (arts. 109.3.b) LGSS y 35 Ley 19/2021). Como prestación de la Seguridad Social, constituye un derecho subjetivo, en este caso a una prestación de naturaleza económica que garantiza un nivel mínimo de renta a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad económica (art. 2.1 Ley 19/2021) mediante la cobertura de la diferencia existente entre la suma de los recursos económicos de cualquier naturaleza de que disponga la persona beneficiaria individual o los integrantes de una unidad de convivencia, y la cuantía de renta garantizada para cada supuesto (art. 3 Ley 19/2021).

Ello no obstante, su regulación ha quedado fuera del LGSS y la regulación de las infracciones y sanciones también ha quedado fuera de la LISOS. Desde que se aprobara en 2020, la norma que lo introdujo (el RDL 20/2020, de 29 de mayo) fue objeto de continuas reformas y correcciones, como lo atestigua el hecho de que solo en el primer año de su vigencia se reformara en cinco ocasiones (RD-ley 25/2020, de 3 de julio; RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre; RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre; RD-ley 35/2020, de 22 de diciembre; RD-ley 3/2021, de 2 de febrero), y otras dos durante el segundo (RD-ley 10/2021, de 9 de julio; RD-ley 18/2021, de 28 de septiembre), modificándose quince preceptos. Y el 20 de diciembre de 2021 finalizó la convulsa vida de esta norma, con su tramitación como Ley, materializada en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre.

En la perspectiva lógico jurídica y de política del Derecho, deberá insertarse en la LGSS, porque es lo pertinente desde el punto de vista técnico-jurídico, ya que IMV pertenece explícitamente al cuadro de prestaciones no contributiva del Sistema de Seguridad Social.

A pesar de las sucesivas modificaciones a través de reales decretos-leyes-, el desarrollo reglamentario de la LIMV se hace estrictamente necesario y urgente para alcanzar plenamente sus objetivos de protección preventiva y reparadora frente a las situaciones de pobreza y exclusión social severa.

En lo que se refiere al IMV y sus sinergias con ese plan racionalizador hacer algunas precisiones jurídicas:

A) El proceso de racionalización es imparable para la realización de sus fines a nivel estatal y como eje del sistema de prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social. Pero no tiene porqué arrasar (suprimir y absorber) con todos los instrumentos de protección no contributiva

ya existentes. En el caso de la protección por desempleo en sus niveles de protección, cabe decir que el no contributivo no es puro, pues tiene elementos contributivos ya en su puerta de entrada derivada del agotamiento previo del nivel contributivo de “entrada”. Aunque la lógica del principio de solidaridad social está presente en los dos niveles asistenciales impuros (subsidio no contributivo por desempleo; Renta Activa de Inserción-RAI). Todo lo más se podrían subsumir en el instrumento del IMV los subsidios de desempleo que no requieren como condicionante de su concesión haber cotizado previamente, como es el caso de los reclusos o incapacitados permanentes; el subsidio extraordinario por desempleo, etcétera. Más problemática podría ser la asimilación en el IMV el subsidio (temporal, como es el rasgo típico de la figura del “subsidio” frente a las prestaciones indefinidas o permanentes) anudado a la Renta Activa de Inserción (RAI) en el marco de la protección por desempleo de la Seguridad Social. No requiere una cotización previa, aunque en realidad adquiere una función subsidiaria que presupone el no acceso al nivel contributivo de la protección por desempleo y a los subsiguientes niveles de protección no contributiva de la protección legal por desempleo. En cualquier caso, siendo un nivel no contributivo de la protección por desempleo de la Seguridad Social podría ser un objetivo inmediato a perseguir en el plano de la política del Derecho de lucha contra la exclusión social por el trabajo la subsunción racionalizadora de la RAI en la institución del IMV. Sería coherente con la lógica racionalizadora y simplificadora que inspira actual política jurídica encaminada a que el IMV sea el eje sobre el que pivota el sistema de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social.

B). La necesaria y creciente penetración “interna” de las políticas activas de empleo en el IMV porque el IMV atiende también a la integración de los “pobres” y muy señaladamente a afrontar las “situaciones de exclusión social” y ésta encuentra su causa específica en la exclusión por el trabajo, sea por su falta o sea por su deficiente (“trabajadores pobres” o “trabajadores precarios”, cuyo trabajo “no decente” no les libera de la cobertura de las necesidades básicas). Con ello se da cuenta que el Estado Social no puede sino ser un “Estado Social Activo” que planifique la actividad económica y que este orientado al pleno empleo productivo y de calidad.

Para realizar su función típica el IMV tiene que tener necesariamente una dimensión pro-activa para evitar que las personas en situación de vulnerabilidad socio-económica (pobreza o exclusión social) puedan quedar instalados en la “trampa” de protección (y una suerte de nueva de “nuda vida”) para ello ha de hacerse efectivo el objetivo de la inclusión social, una de cuyas vertientes principales (aunque no la única) es garantizar el Derecho a un trabajo digno (“trabajo decente” en la terminología de la OIT) que confiera autonomía a la persona sobre su proyecto de vida y de subsistencia, y al propio tiempo la participación activa en todas las esferas de la vida social. Así se comprende que el IMV quiera evitar la “trampa de la pobreza” y se conciba como un cauce de transición hacia el empleo productivo y digno, en cuanto ha de tratarse de un trabajo de calidad y con la garantía de los derechos de la persona que trabaja. El art. 3.d) LIMV establece como una de las características tipificado del IMV que “se configura como una red de protección dirigida a permitir el tránsito desde una situación de exclusión a una de participación en la sociedad. Contendrá para ello incentivos al empleo y a la inclusión, articulados a través de distintas fórmulas de cooperación entre administraciones”. Se inserta, así, una dimensión pro-activa entre sus fines.

El derecho al trabajo también se interrelaciona con el deber de trabajar (art. 35.1 CE), y en este sentido al sujeto protegido o beneficiario se le debería exigir el “acuerdo de actividad” (el antes denominado “compromiso de actividad”), esto es un “Acuerdo documentado mediante el que se establecen derechos y obligaciones entre la persona demandante de los servicios públicos de empleo y el correspondiente Servicio Público de Empleo para incrementar la empleabilidad de aquella, atendiendo, en su caso, a las necesidades de los colectivos prioritarios (art. 3.f) de la Ley 3/2023, de Empleo) . Este compromiso “contractual” anulado a la protección pública por IMV se desarrolla con amplitud en el art. 58 Ley 3/2023. Teniendo en cuenta del que el IMV incorpora las políticas

activas de empleo, sería lógico extender el “acuerdo de actividad” a los sujetos beneficiarios del IMV, atendiendo a sus peculiaridades, y muy especialmente a las personas en situación de pobreza, porque para éstas será muy difícil suscribir este tipo de compromiso. No será lo mismo respecto a los sujetos protegidos o beneficiarios en situación de exclusión social, porque precisamente ésta se vincula a trabajo perdido o al trabajo activo de extrema precariedad. Respecto de los perceptores del IMV en situación de exclusión social por el trabajo lo más coherente es que se le exige ese “acuerdo de actividad” en el marco de la protección del IMV. Y sin embargo, por el momento, la norma se limita a la inscripción como demandantes de empleo en el Servicio Público de Empleo correspondiente. La cuestión es importante porque no tiene por qué verse como un elemento coactivo de empleabilidad, sino que tendría un efecto positivo al recibir los componentes formativos y reciclaje profesional que van unidos a dicho “acuerdo de actividad”. En una lógica de empleabilidad positiva, la centralidad no ha de ser la acepción de cualquier oferta de empleo, sino de una oferta de empleado adecuada a su formación y situación social y familiar. Se trata de activar no sólo al sujeto protegido, sino también objetivamente a las instancias responsables de garantizar la empleabilidad positiva y la aptitud para incorporarse al mercado laboral a través de un trabajo digno de la persona que trabaja. Y no se olvide que de manera análoga –pero no idéntica– a la protección no contributiva por desempleo de la Seguridad Social, la protección las personas en situación de exclusión social por el trabajo debe tener un doble componente, a saber: como política pasiva de recibir la prestación económica (el subsidio económico potencialmente indefinido hasta que el sujeto se incorpore al mercado de trabajo y con un criterio amplio de compatibilidad de percepción del IMV con dicho trabajo en tanto no se consolide como definitivo) y los servicios de ayuda de carácter accesorios, sino también como política activa de recibir una formación profesional adecuada y una transición hacia la inserción o incorporación adecuada al mercado laboral.

C). Las políticas de lucha contra la pobreza y la exclusión social deben atender preventivamente a las *causas sociales* de la vulnerabilidad socio-económica, no limitarse a establecer –sin dejar de ser ello absolutamente imprescindible– instrumentos jurídico-institucionales que atiendan a las consecuencias derivadas de dichas causas. De ahí que deben *coordinarse* con otras políticas redistributivas de rentas, políticas fiscales, políticas familiares (en su sentido más amplio), políticas de vivienda, etcétera.

Una vez establecida esta nueva prestación no contributiva dentro del Sistema de Seguridad Social, asumiendo un carácter estructural, pues está pensada para afrontar la nueva revolución tecnológica, la desestructuración del modelo trabajo fordista, la “crisis de la sociedad salarial” y la emergencia de la “sociedad del riesgo” tanto más intensa ante la transición digital propia de la cuarta revolución industrial, se inserta en el *ideal de cobertura del Sistema* y como tal está llamada a evolucionar con él atendiendo al desarrollo de las necesidades sociales y las exigencias de protección social que se impone deducir del art. 41 de nuestra Constitución (en conexión con el bloque de constitucionalidad formado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de dicha Norma Constitución). En este sentido debe recordarse que el art. 12 de la Carta Social Europea revisada de 1996, garantiza la obligación de mantener un régimen público de Seguridad Social y consagra, como parte de su contenido esencial, entre otros principios y garantías jurídicas, el principio de progresividad en la elevación del “ideal de cobertura”⁵².

⁵² En este sentido véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea*, Murcia, Laborum, 2021, pp. 11 y sigs., en particular pág. 34. Conforme al art. 12 (“Derecho a la Seguridad Social”): “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes se comprometen: 1. a establecer o mantener un régimen de seguridad social; [...] 3. a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social [...]”. Este instrumento de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, ha sido ratificado por España: «BOE» núm. 139, de 11 de junio de 2021.

Estudios
Doctrinales


Laборum

Medidas para combatir la brecha de género en la reforma bifásica de las pensiones 2021-2023

Measures to combat the gender gap in the 2021-2023 two-phase pension reform

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

 <https://orcid.org/0000-0002-2111-0693>

Cita Sugerida: CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Medidas para combatir la brecha de género en la reforma bifásica de las pensiones 2021-2023». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 36 (2023): 37-60.

Resumen

Las estadísticas muestran que la pensión de jubilación la perciben mayoritariamente hombres y por un importe superior al de las mujeres, mientras que ocurre justo lo contrario con la pensión de viudedad, sus perceptoras son mayoritariamente mujeres y sus cuantías superan a las que obtienen los viudos. Ello responde a una composición históricamente desequilibrada de nuestro mercado de trabajo, que es reflejo de un reparto de roles entre los sexos donde la responsabilidad de los cuidados familiares ha recaído y sigue pivotando mayoritariamente sobre las mujeres.

El propósito fundamental del presente ensayo es exponer y valorar las medidas que la reforma bifásica del sistema de pensiones (Ley 21/2021 y RDL 2/2023) ha diseñado para reducir la brecha de género hasta conseguir que la misma quede por debajo del 5%, así como plantear propuestas que podrían acelerar el proceso de convergencia entre los niveles de cobertura y protección que por vía de pensiones reciben mujeres y hombres en nuestro país.

Abstract

Statistics show that the retirement pension is received mostly by men and for an amount higher than that of women, while the opposite occurs with the widower's pension, its recipients are mostly women and their amounts exceed those obtained by male widowers. This responds to the historically unbalanced composition of our labour market, which reflects a distribution of roles between the sexes where the responsibility for family care has fallen and continues to fall mainly on women.

The fundamental purpose of this essay is to expose and assess the measures that the two-phase reform of the pension system (Law 21/2021 and RDL 2/2023) has established to reduce the gender gap to below 5%, as well as to bring forward proposals that could accelerate the process of convergence between the levels of coverage and protection that women and men receive through pensions in our country.

Palabras clave

Pensiones; brecha de género; discriminación; conciliación

Keywords

Pensions; gender gap; discrimination; reconciliation

1. INTRODUCCIÓN

Abundan los estudios en materia de pensiones versados sobre la necesidad de introducir reformas en el sistema público de protección social al objeto de preservar el equilibrio, tan difícil como inestable, entre la sostenibilidad financiera del sistema y la suficiencia de las pensiones reconocidas. Estos análisis suelen poner el foco en los requisitos de acceso a las prestaciones y en las reglas para la determinación de su importe, planteando propuestas para que el sistema de Seguridad Social se adapte a las nuevas realidades del mercado de trabajo y sea capaz responder a los retos de la transformación demográfica, familiar, social, tecnológica y económica, subsistiendo como uno de los pilares del Estado del bienestar. Pero no es habitual que, al abordar estas cuestiones, se tome en consideración el impacto de género de las medidas y las reformas legales que las implementan, pese a la extraordinaria relevancia que tal enfoque reviste.

Como inmediatamente se expondrá, los datos estadísticos muestran que la pensión de jubilación la perciben mayoritariamente hombres y por un importe superior al de las mujeres, mientras que ocurre justo lo contrario con la pensión de viudedad, sus perceptoras son mayoritariamente mujeres y sus cuantías superan a las que obtienen los viudos. Ello responde a una realidad que afortunadamente está cambiando, pero cuyos efectos aún perduran. La generación que ahora tiene edades superiores a la edad legal de jubilación repartía las labores de forma que un miembro de la pareja (el hombre) trabajaba y generaba pensiones, y el otro (la mujer) se quedaba en el hogar, al cuidado de la familia, con el consiguiente impacto en las pensiones que ahora se disfrutan¹.

A pesar de que el progreso ha sido muy importante y España se sitúa como uno de los países más avanzados en determinados terrenos y más igualitarios en lo social, sin embargo, como se afirma en el Plan español de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR)², “todas las estadísticas confirman una importante diferencia en tasas de actividad, ocupación y desempleo, una amplia brecha salarial y notables desigualdades en cuanto a indicadores más cualitativos, por ejemplo, relativos al trabajo a tiempo parcial no voluntario”.

El presente ensayo se propone analizar y valorar las medidas que el Gobierno ha implementado para combatir la brecha de género pensional en el marco del conjunto de reformas adoptadas durante el periodo 2021-2023 para desarrollar el Componente 30 del PRTR, relativo a la sostenibilidad del sistema público de pensiones, así como plantear propuestas que podrían acelerar el proceso de convergencia entre los niveles de protección social que reciben mujeres y hombres en nuestro país.

2. LA DIMENSIÓN CUANTITATIVA DEL FENÓMENO: APROXIMACIÓN ESTADÍSTICA A LA BRECHA DE GÉNERO EN LAS PENSIONES

Según fuentes oficiales³, a fecha 1 de abril de 2023, las pensiones en vigor en el sistema español de Seguridad Social eran 10.026.535, de las que 4.765.208 las percibían hombres y 5.261.288 mujeres. De aquella cifra, 5.952.459 tienen un importe inferior a 1.080 euros. Esto significa que el 59,37% de las pensiones, es decir, casi el 60% (seis de cada diez pensiones) son de cuantía inferior al SMI.

Respecto a los pensionistas de jubilación contributiva, 3.788.599 eran hombres y 2.565.956 mujeres. Estos resultados tienen claramente su origen en el hecho de que en pasadas décadas, antes del advenimiento de la democracia, las mujeres apenas trabajaban fuera del hogar. Son principalmente los varones nacidos en los años treinta, cuarenta y cincuenta del pasado siglo los que se benefician actualmente de la jubilación. No obstante, es previsible que en los próximos años se vaya acercando el número de trabajadores y trabajadoras pensionistas, debido a la masiva incorporación de la mujer al mercado laboral.

Pero existe una brecha tanto o más preocupante que la relativa al número de pensionistas hombres y mujeres, y es la diferencia que afecta a la cuantía de las pensiones que reciben unos y otras. La pensión media de los hombres ascendía en 2022 a 1.323,06 euros, frente a los 887,41 euros de las mujeres, lo que supone una brecha de género del 33%.

En cuanto a la pensión contributiva de jubilación, los hombres recibieron en abril de 2023 una media de 1575,74 euros por los 1074,39 euros de las mujeres, siendo la brecha de género del 31,81%. El 50,18 % (3.184.308) de las personas jubiladas en España percibían en abril de 2023 una pensión inferior a los 1.080 euros mensuales y el 46,90 % (2.975.724) una cuantía inferior a los 1.000 euros mensuales. En el caso de las **pensionistas mujeres el dato sube, y son el 68,81 % (1.765.862) las que cobran una pensión por debajo del SMI**. Además, hay un total de 515.564 pensionistas que

¹ BLÁZQUEZ AGUDO, E., “La evolución de las pensiones de jubilación y viudedad desde la perspectiva de género”, *Lan Harremanak*, núm. 38, 2017-II, p. 152.

² Aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021 (BOE 30 de abril de 2021).

³ Fuente: INSS. Subdirección General de Gestión Económico-Presupuestaria y Estudios Económicos.

cobran una pensión de jubilación **por debajo de los 500 euros, de las cuales 395.218 son mujeres**. Esto supone un **76,65 %** del total.

En cuanto a las pensiones contributivas por incapacidad permanente, los datos de abril de 2023 reflejan que los **945.690 beneficiarios de esta prestación, 602.384, lo hace por un importe inferior al salario mínimo**. De estos, 351.404 son hombres y 250.980 mujeres.

La situación es la contraria en el análisis de la pensión de viudedad. A 1 de abril de 2023, había 2.149.938 mujeres percibiendo esta modalidad de pensión frente a solo 200.227 hombres. Como son pocas mujeres que trabajaron y cotizaron en pasadas décadas, también son pocas las que, al fallecer, causaron en favor de sus cónyuges derecho a pensión de viudedad. Además, la esperanza de vida de las mujeres es mayor, razón por la cual hay, en general, más viudas que viudos. En cuanto al importe, la pensión media de viudedad de las mujeres fue de 873,92 euros en abril de 2023, frente a los 596,60 euros de media que obtuvieron los hombres, lo que se explica porque la de viudedad es una pensión “indirecta” o “derivada”, que se calcula teniendo en cuenta el historial de cotización de la persona fallecida y sus retribuciones, de modo que, de nuevo, la mayor cotización de los trabajadores masculinos hace que se causen pensiones de viudedad en cuantías más altas. En el resto de tipo de pensiones, los hombres reciben mayor cuantía de media de forma generalizada.

3. LA OBLIGACIÓN LEGAL DE INCORPORAR LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DISEÑO, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

En nuestro país se ha legislado profusamente en materia de Seguridad Social a espaldas de la perspectiva de género. Y ello a pesar de que existen mandatos legales inequívocos que imponen el deber de considerar el impacto de género, tanto en la conformación como en la interpretación y aplicación de la normativa de Seguridad Social.

A este respecto, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH) enuncia en su art. 14 unos “criterios generales de actuación de los Poderes Públicos” que se ponen al servicio del objetivo proclamado en el art. 1 de hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en todos los órdenes de la vida, y ello en cuanto que mecanismo para alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria. Asimismo, esta norma dispone en su art. 15 que “el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de los Poderes Públicos”. A tal efecto, en su art. 19 la LOIEMH prevé que los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros deberán incorporar un informe sobre su impacto por razón de género. Asimismo, el RD 931/2017, de 27 de octubre, en el que se regula la memoria del análisis del impacto normativo que debe acompañar a los anteproyectos de ley y proyectos de reales decretos-leyes, reales decretos legislativos y normas reglamentarias, dispone que dicha memoria debe contemplar un apartado referente a “impacto por razón de género”, que “analizará y valorará los resultados que se puedan seguir de la aprobación del proyecto desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres”.

Ahora bien, el compromiso de integración de la perspectiva de género en el proceso de elaboración normativa no es una aportación novedosa de la LOIEMH; ya lo había previsto la Ley 30/2003, de 30 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. A este respecto, la Ley 30/2003 modificó dos preceptos de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, concretamente los arts. 22.2 y 24.1.b), para establecer que todos los proyectos de ley impulsados por el Gobierno y los reglamentos

que el mismo apruebe deberán acompañar un informe sobre el impacto de género de las medidas contenidas en dichos instrumentos normativos.

Con todo, y por lo que interesa al objeto de este trabajo, no parece que el Gobierno haya calibrado adecuadamente el impacto de género de reformas aparecidas con posterioridad a la Ley 30/2003 y a la LOIEMH, en materia de protección social. Es destacable la existencia de una “recurrente vulneración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en las reformas del sistema de pensiones”⁴. Así, se ha señalado certeramente que las modificaciones implementadas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre reforma de pensiones y sobre integración en el régimen general del régimen especial de quienes trabajan al servicio del hogar familiar, no han tenido en cuenta el efecto perverso que genera en el colectivo de mujeres un sistema de cálculo de la base reguladora que alarga hacia el pasado el parámetro de referencia para su determinación y que establece mecanismos de relleno de lagunas que penalizan las bases más lejanas en el tiempo, como tampoco acierta la reforma en lo que guarda relación con el afloramiento del trabajo sumergido prestado para el negocio familiar, que generalmente suele llevarse a cabo por mujeres⁵.

Resulta evidente, por tanto, que el principio de integración de la dimensión de género en la actividad jurídica vincula a todos los Poderes del Estado -Legislativo, Ejecutivo y Judicial- y lo hace respecto a la totalidad de sus actuaciones⁶. Tanto la actividad de creación del Derecho como su interpretación y aplicación deben estar libres de sesgos o estereotipos que puedan producir discriminación, entre otros motivos, por razón de género.

En cuanto a la vinculación del Poder Judicial con el objetivo transversal de igualdad de género, además de lo dispuesto en el art. 15 de la LOIEMH, que consagra la igualdad de género como principio informador de la actuación de todos los poderes públicos (el judicial incluido), el art. 4 esta ley afirma de forma categórica que “*La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*”. En cuanto a los destinatarios de este mandato, en un sentido amplio podría estimarse que están comprendidos todos los agentes que llevan a cabo actos de concreción o aplicación del Derecho, lo que llevaría a considerar incluidos tanto a los poderes públicos en el ejercicio de las actividades administrativa y jurisdiccional, como a los particulares que realizan a diario singulares actos de cumplimiento de las normas. Pero, en sentido estricto y técnico-jurídico, la interpretación y aplicación de las normas es tarea que corresponde al Poder Judicial⁷, integrado por jueces y magistrados “independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley”, según establece el art. 1.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) con fundamento en el art. 117 CE, y que en su art. 2, con fundamento en ese mismo precepto constitucional, atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional, “juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (...) exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales”, los cuales “no ejercerán más funciones que las señaladas en el párrafo anterior, y las demás que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

⁴ LÓPEZ ANIORTE, M^a.C., “Hacia la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso y el disfrute de la pensión de jubilación”, *Jan Harremanak*, núm. 43, 2020, p. 129.

⁵ BALLESTER PASTOR, M^a. A., “Reformas en materia de Seguridad Social e impacto de género: un estudio crítico”, *Temas Laborales*, núm. 112, 2011, p. 51.

⁶ LOUSADA AROCHENA, J.F., “La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 76, 2016, p. 42.

⁷ Se asume aquí el lúcido planteamiento del profesor ALEJANDRO NIETO GARCÍA, en su *Introducción al Derecho* (Valencia, tirant lo blanch, 2020), que desde los postulados del realismo jurídico distingue dos planos en la actividad jurídica, el Derecho normado y el Derecho practicado, y dentro de este, tres niveles o realidades: el Derecho practicado por los jueces mediante sus decisiones de concreción y aplicación de las normas generales y abstractas a hechos concretos, el Derecho practicado por la Administración mediante actos y decisiones de ejecución de las normas y, en tercer lugar, el Derecho practicado por los particulares mediante actos de cumplimiento (o desobediencia) de las normas.

Como quiera que la consagración a nivel institucional de la igualdad entre los sexos, como derecho fundamental y como principio normativo, no impide en la práctica que sigan existiendo obstáculos y diferencias peyorativas contra las mujeres, el Poder Judicial se ha convertido en una pieza clave del sistema de garantías para combatir esas discriminaciones, integrando para ello la metodología jurídica de juzgar con perspectiva de género⁸. El enjuiciamiento con perspectiva de género y su aplicación en general, y en la rama social del Derecho en particular, no se reduce a una mera opción o recomendación para la buena práctica de la función jurisdiccional, sino que es “un mandato legal imperativo que emana tanto de instrumentos internacionales suscritos por nuestro país como de la legislación nacional, erigiéndose en un parámetro resolutorio vinculante para el Poder Judicial en función de su sumisión al imperio de la ley (art. 117 CE)”⁹.

En cuanto al alcance de este principio, significa que el órgano judicial debe aplicar la norma en aquella de sus variantes interpretativas que mejor se ajuste al principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres. La interpretación de la ley de conformidad con los valores constitucionales impone, desde esta perspectiva, interpretar el ordenamiento conociendo y comprendiendo las raíces culturales en las que se hunde la discriminación estructural de las mujeres y asumiendo como inexcusable la participación de la judicatura como motor de cambio de viejos desvalores para la plena efectividad de los derechos fundamentales de aquéllas, poniéndose al servicio de la totalidad de derechos fundamentales y libertades públicas del conjunto de la ciudadanía¹⁰.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, cuando en su Sentencia 3/2007, de 15 de febrero, señala que “los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes...”, de modo que el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra la sentencia recurrida en amparo “no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado”.

En cualquier caso, la perspectiva de género no tiene como efecto desbancar a los clásicos criterios de interpretación positivados en nuestro Derecho (art. 3 Código Civil), sino que les imprime un sentido unitario e integrador, para realizar de forma efectiva (art. 4 LOIEMH respecto de los arts. 9.2, 10 y 14, y 35 CE), no solo programático-formal, el principio/mandato de igualdad de sexos/género¹¹.

Aunque es sabido que en nuestros días impera una especial preocupación por la protección de la mujer en los diferentes ámbitos de su vida profesional y personal, y que en las dos últimas décadas el ordenamiento jurídico, en el marco de una inquietud internacional creciente, ha introducido una serie de medidas legislativas tendentes a contrarrestar las dificultades y desigualdades que sufren las mujeres como consecuencia de tradicionales estereotipos de género que las ha alejado, total o parcialmente, del mercado de trabajo, esos roles, si bien de manera progresiva se vienen abandonando,

⁸ Sobre la integración de la dimensión de género en la actividad de enjuiciamiento, es de consulta imprescindible la obra de POYATOS MATAS, G., *Juzgar con perspectiva de género en el orden social*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters-Aranzadi, 2022.

⁹ JIMÉNEZ HIDALGO, A., “Juzgar con perspectiva de género en la jurisdicción de lo Social. ¿Es necesaria una reforma legislativa?”, *Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 197, 2019, p. 33.

¹⁰ Así lo ha recordado el Tribunal Supremo, en un caso que examinaba un supuesto de discriminación por razón de sexo, en Sentencia de 21 de diciembre de 1989, de su Sala 1ª, haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial que “ha dispuesto la no aplicación de normas o criterios tradicionales que signifiquen vulneración de principios y valores consagrados en la Constitución y opuestos a la realidad social y jurídica del tiempo presente (artículo 3.1º del Código Civil)”.

¹¹ MOLINA NAVARRETE, C., *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020, p. 57.

aún representan un lastre para el acceso del colectivo femenino a ciertas prestaciones de Seguridad Social en términos de igualdad con los hombres¹².

El análisis de la jurisprudencia sobre problemas de Seguridad Social permite concluir que la perspectiva de género está siendo incorporada de manera progresiva como canon de enjuiciamiento, aunque la misma no siempre aparezca como el factor determinante para la solución del litigio¹³. En no pocos casos, actúa como criterio hermenéutico de refuerzo o apoyo a otros argumentos que conforman el verdadero núcleo de la *ratio decidendi*. Pero sea en uno u otro sentido, lo cierto es que no suele recurrirse a esta metodología hermenéutica como simple hábito o cláusula de estilo, si bien en algunas sentencias se echa en falta un mayor desarrollo de esta perspectiva de análisis jurídico. Junto a estas decisiones que aplican expresamente la perspectiva de género, bien aludiendo a la misma o al art. 4 de la LOIEMH donde se aloja, no escasean los pronunciamientos que han juzgado con técnicas propias de la perspectiva de género, pero tácitamente, aplicando directamente preceptos del derecho antidiscriminatorio.

4. MUJER Y SEGURIDAD SOCIAL EN LOS INFORMES DEL PACTO DE TOLEDO Y EN EL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA

Nuestros gobernantes hace tiempo que tomaron conciencia del serio problema que representa la diferencia de cobertura social que sufren las mujeres, derivada de su mayor dificultad para cubrir carreras laborales equivalentes a las de los trabajadores masculinos como consecuencia de su prevalente dedicación a las responsabilidades familiares.

Así, el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2011 ya ponía de manifiesto en su Recomendación 17 (*“Mujer y protección social”*) que el sistema de Seguridad Social debía valorar la dimensión de género en materia de pensiones, “en tanto en cuanto se ha constatado la existencia de retribuciones diferenciadas, de mayores periodos de interrupción por cuidados de hijos o familiares en situación de dependencia, o de mayores limitaciones en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entre otras discriminaciones que gravan más intensamente a las mujeres que a los hombres”. A la vista de las anteriores constataciones, y como ya hiciera en su Informe de 2003, la Comisión reclamaba entre otras medidas: “el impulso de los mecanismos que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos o personas dependientes como elementos a considerar en las carreras de cotización”; “un incentivo fiscal para generar pensiones a favor de los cónyuges no incorporados al mercado de trabajo, cuando el matrimonio tenga régimen de bienes gananciales”; el reconocimiento, en la carrera de cotización de la mujer, de periodos de tiempo que permitan generar derechos propios y no únicamente derivados, en los casos de ruptura familiar cuando concurriera la aportación de la mujer al mantenimiento de los negocios familiares; “la implantación de modalidades específicas de contratación para aquellas personas que, colaborando en negocios familiares, no generen derechos de pensión adecuados”.

Más recientemente, el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo 2020¹⁴ incorpora nuevas recomendaciones para combatir la brecha pensional, entre las que cabe destacar: un renovado tratamiento de los vacíos de cotización en las carreras laborales de las mujeres; potenciar

¹² MOLINA GUTIÉRREZ, S.Mª, “Trascendencia de la perspectiva de género en el ámbito de la Seguridad Social, en especial en la pensión de viudedad”, en VV.AA., *La incidencia de género en la jurisdicción social. Especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad y su aplicación por los tribunales españoles. Perspectiva de la Unión Europea*, CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación, vol. 17, 2020, p. 2.

¹³ Sobre el tema, CAVAS MARTÍNEZ, F., *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters Aranzadi, 2021; del mismo autor, “La interpretación del sistema de Seguridad Social con perspectiva de género en la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo”, *Laborum-Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 29, 2021, pp. 27-54.

¹⁴ El pasado 19 de noviembre de 2020, el pleno del Congreso de los Diputados aprobó el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo en el que, por tercera vez desde su aprobación inicial en 1995, se recogen un conjunto de recomendaciones que reivindican la centralidad del sistema público de pensiones dentro del entramado institucional

la corresponsabilidad a través del disfrute individual e intransferible de permisos parentales de la misma duración por ambos progenitores; reformar la regulación de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia; la equiparación de las condiciones laborales y de protección social del empleo doméstico y el afloramiento de la economía informal en este sector; implementar medidas para identificar y combatir las discriminaciones retributivas; la reformulación de las reglas sobre cálculo de pensiones de las personas trabajadoras a tiempo parcial para corregir posibles tratamientos discriminatorios; y, por último, asegurar a las mujeres unas rentas mínimas que les procuren una subsistencia digna, para lo que se propone la revisión del sistema de pensiones no contributivas, de los complementos por mínimos y de las pensiones de viudedad.

Por su parte, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia incorpora el enfoque de género e igualdad de oportunidades en la descripción de cada uno de los componentes (treinta) que dicho Plan recoge. A este respecto, el PRTR apuesta decididamente por la mejora de los servicios sociales y prestaciones, incluyendo el despliegue del Ingreso Mínimo Vital, en el convencimiento de que “(l)a modernización y mejora del sistema de prestaciones no contributivas y la creación del Ingreso Mínimo Vital son reformas claves que contribuirán de forma notable a la igualdad de género y, en general, a la igualdad de oportunidades.” El IMV conlleva “una especial protección para las familias con hijos y, especialmente, las monoparentales, que en el 90% de los casos están encabezadas por mujeres”, las cuales “forman un colectivo especialmente vulnerable al riesgo de pobreza y exclusión, con mayores tasas de desempleo y precariedad laboral”.

Asimismo, el PRTR prevé que el desarrollo del Componente 30, sobre “Sostenibilidad a largo plazo de del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo”¹⁵, tendrá un impacto directo en la reducción de la brecha de género. Tras afirmar que el sistema de pensiones es una de las bases del sistema del bienestar, reconoce que “la brecha de género en las pensiones es uno de los principales problemas estructurales de la acción protectora de la Seguridad Social”, un problema “que tiene su origen en el mercado de trabajo (en general, las mujeres tienen carreras de cotización más irregulares, más cortas y peor remuneradas; especialmente a partir del momento en el que tienen un hijo), pero que se agrava en el ámbito de Seguridad Social y, en particular, en el acceso a las pensiones”. Para afrontar esta situación, en la reforma del sistema de pensiones se tendrá en cuenta que “el efecto medio de calcular la pensión sobre un determinado período de referencia no es uniforme en las cuantías de las pensiones, pues depende de las características concretas de cada carrera de cotización”. En esta línea, y como una medida entre las varias a considerar, “se revisará el procedimiento de integración de lagunas de cotización, para atender a la realidad de unas trayectorias laborales cada vez más fragmentadas, especialmente asociadas a la temporalidad, que perjudica de manera muy señalada a los jóvenes, así como a las mujeres, que experimentan en la media más interrupciones en su vida laboral.” Por último, el PRTR refiere hechos pasados cuando manifiesta que ha sido necesario reconfigurar el complemento de maternidad aplicado desde 2016 tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 12 de diciembre de 2019, en la que se establece que su diseño era discriminatorio para los hombres al reconocerse exclusivamente a las mujeres. El complemento de maternidad para compensar la aportación demográfica ha sido reemplazado por el actual complemento para la reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas, cuyo régimen jurídico es obra del RDL 3/2021 y se aloja en el art. 60 del TRLGSS; un complemento al que, bajo determinadas condiciones, pueden acceder también los hombres.

que conforma nuestro Estado social y marca las líneas de actuación para la defensa y mejora del citado sistema en los próximos años.

¹⁵ Sobre las actuaciones programadas en el Componente 30 del PRTR en materia de Seguridad Social y su implementación normativa, cfr. las ponencias de GARCÍA ROMERO, B., “Las reformas de Seguridad Social previstas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia” (pp. 245-284), y ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. (pp. 285-319), en VV.AA., *Empleo y protección social. XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023, Madrid, MTES, Informes y Estudios Empleo, 2023.

5. LA DIMENSIÓN EQUITATIVA DE GÉNERO EN LA PRIMERA FASE DE LA REFORMA DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES: LEY 21/2021

Con el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo 2020 como marco político-institucional de referencia, con fecha 1 de julio de 2021, el Gobierno y los agentes sociales acordaron un conjunto de medidas para la reforma de la Seguridad Social, centradas básicamente en la pensión de jubilación –aunque extendiendo los compromisos a otras materias–, cuyo contenido se ha llevado a la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

La Ley 21/2021 regula un aspecto fundamental del sistema de pensiones, cual es la actualización de sus importes, a fin de garantizar la suficiencia de las mismas. Es este, con toda probabilidad, el logro más importante de la primera fase de la reforma de las pensiones que se instrumenta mediante la Ley 21/2021. Siguiendo al efecto las orientaciones del Pacto de Toledo, y exhibiendo un notorio cambio de filosofía política –transición de un modelo de austeridad a otro garantista¹⁶– se implanta la revalorización automática de las pensiones, a través de su actualización conforme a la evolución del IPC, con la finalidad de que se mantenga en todo momento el poder adquisitivo de las prestaciones (no garantizado con la regulación anterior). A su vez, se deroga el factor de sostenibilidad (un instrumento que con carácter automático permitía 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) que introdujo 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, y que de haberse puesto en marcha –estaba previsto que lo hiciera en 2019– habría supuesto una significativa rebaja en el importe de las pensiones para los futuros pensionistas, especialmente de quienes ahora pertenecen a las generaciones más jóvenes. En su lugar, se crea el denominado “Mecanismo de Equidad Intergeneracional”, aplicable desde 1 de enero 2023, y consistente en una **cotización finalista, destinada a nutrir el Fondo de Reserva de la Seguridad Social, con el propósito de contribuir a sufragar el exceso del gasto en pensiones que sobrevendrá como consecuencia de la jubilación masiva de los llamados baby-boomers.**

También se modifica la regulación de las modalidades de acceso a la jubilación, en especial en lo que se refiere a las modalidades de jubilación anticipada, penalizando en mayor medida las jubilaciones anticipadas voluntarias, al tiempo que se establecen nuevos mecanismos para favorecer el retraso en el acceso a la pensión, a través de nuevos incentivos en el cálculo de la pensión (jubilación “demorada”), ampliación de la edad de acceso al envejecimiento activo, así como la exoneración parcial de las cotizaciones en los casos de trabajadores de edad.

Ninguna de las medidas expuestas posee un impacto de género relevante en el ámbito prestacional, si bien no pueden ser caracterizadas tampoco como absolutamente “neutras”. Así, por ejemplo, la decisión de endurecer los coeficientes reductores aplicables en la jubilación anticipada voluntaria tendrá un impacto disuasorio mayor en el colectivo de las mujeres, al ser menores sus pensiones de partida a las de los hombres, además de que los requisitos exigidos por la norma para acceder a la jubilación anticipada voluntaria (35 años cotizados, pensión superior a la mínima) son, de entrada, más difíciles de acreditar en el caso de las mujeres. Es posible que esta sea una de las causas por las que solo un 33% de las pensiones de jubilación anticipada sean percibidas por mujeres y por las que la edad media de jubilación de las mujeres (65,4 años) es superior a la edad media de jubilación de los hombres (64,6 años)¹⁷. Sin embargo, según la STJUE de 21 de enero 2021, el art. 4 de la Directiva 79/7/CEE no se opone a una normativa nacional que, en caso de que un trabajador

¹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., “El modelo de pensiones tras la reforma: público y privado, entre la sostenibilidad y equidad”, en VV.AA., *La encrucijada de las pensiones del Sistema Español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*. Tomo I, VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Laborum, 2022, p. 55.

¹⁷ Datos referidos al mes de abril de 2023. Fuente: INSS. Subdirección General de Gestión Económico-Presupuestaria y Estudios Económicos.

afiliado al Régimen General de la Seguridad Social pretenda jubilarse voluntaria y anticipadamente, supedita su derecho a una pensión de jubilación anticipada al requisito de que el importe de esta pensión sea, al menos, igual a la cuantía de la pensión mínima que correspondería a ese trabajador a la edad de 65 años, “aunque esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores”¹⁸.

Más evidente -aunque insuficiente- es el impacto de género de otras medidas que recoge la Ley 21/2021. Se examinan a continuación.

5.1. Medidas para superar la segregación ocupacional por género en la nueva regulación de la jubilación forzosa establecida en la negociación colectiva

La Ley 21/2021 no solo modifica las previsiones contenidas en la LGSS, sino que también ha incidido de manera directa sobre el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Por un lado, cambiando la redacción de su disposición adicional décima (“*Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación*”). Por otra parte, incorporando una nueva disposición transitoria (la novena) para especificar el modo de llevar a cabo la “*Aplicación temporal de lo establecido en la disposición adicional décima*”.

Importa recordar que, tras muchos avatares normativos, el RDL 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, incorporó nuevamente la posibilidad de que los convenios colectivos prevean la jubilación forzosa, esto es, una edad máxima de permanencia en el trabajo. Este restablecimiento se vincula al cumplimiento de objetivos de política de empleo en las empresas, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo.

En aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, la disposición final 1ª de la Ley 21/2021 modifica la redacción de la disposición adicional 10ª ET, permitiendo a los convenios colectivos establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años (un año más que la edad legal de 67 años), frente a la regulación anterior que situaba dicha edad en la fijada para el acceso ordinario a la pensión de jubilación.

Se mantiene el requisito de que la persona trabajadora afectada por la extinción tenga derecho a pensión de jubilación del 100% en modalidad contributiva.

La extinción se vincula, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora.

Excepcionalmente, con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género, el límite de 68 años podrá ser rebajado hasta la edad ordinaria de jubilación (65 o 67 años, en función de cuál sea la concreta carrera de seguro) cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras, en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio, sea inferior al 20% de las personas ocupadas¹⁹. Cada extinción debe llevar aparejada, al menos, la contratación indefinida y a jornada completa de una mujer en la referida actividad.

¹⁸ Como ha puesto de relieve ARAGÓN GÓMEZ, C., “El impacto de género en las reformas de la Seguridad Social”, *Briefs de la AEDTSS*, publicado el 23/05/2022, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/cristina-aragon.pdf>

¹⁹ Las actividades económicas que se tomarán como referencia para determinar el cumplimiento de esta condición estará definida por los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) en vigor en cada momento, incluidos en el ámbito del convenio aplicable según los datos facilitados al realizar su inscripción en el

Se trata de una medida de acción positiva cuyo objetivo es el de contribuir a la superación de la segregación ocupacional existente en determinadas actividades económicas tradicionalmente masculinizadas, fomentando el relevo generacional (de los hombres) mediante la contratación indefinida de mujeres allí donde exista poca representación femenina. Ahora bien, tal y como se infiere del tenor literal de la norma, la decisión de rebajar la edad obligatoria de jubilación hasta el límite de la edad ordinaria es potestativa para los sujetos negociadores de los convenios colectivos, por lo que habría sido más efectivo que la medida se hubiera exigido con carácter preceptivo cuando se acreditara el presupuesto de subrepresentación femenina en la actividad económica en cuestión²⁰.

Con todo, reviste tal complejidad la redacción de esta cláusula que previsiblemente serán muy escasos los efectos que pueda tener de cara a conseguir una composición más igualitaria y equitativa del mercado de trabajo, al exigirse unos requisitos que no será fácil cumplir (existencia de un convenio colectivo que prevea la jubilación forzosa por debajo de los 68 años, que la ocupación femenina en la actividad económica sea inferior al 20%, que la persona a jubilar reúna todos los requisitos para alcanzar el 100% de la pensión...).

La decisión extintiva de la relación laboral será con carácter previo comunicada por la empresa a los representantes legales de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada.

La disposición final primera. Dos de la Ley 21/2021 añade en el Estatuto de los Trabajadores una nueva disposición transitoria novena, según la cual, lo establecido en la nueva disposición adicional 10ª ET solo se aplicará a los convenios suscritos desde el 1 de enero de 2022. Las cláusulas de jubilación forzosa previstas en convenios suscritos con anterioridad a esa fecha, se podrán aplicar hasta tres años después de la pérdida de vigencia inicial pactada del convenio en cuestión, decayendo a partir de ese momento.

5.2. Consideración como tiempo cotizado del periodo de prestación del servicio social femenino obligatorio

Normativizando la doctrina contenida en la STS 115/2020, de 6 de febrero, la Ley 21/2021 ha dispuesto que, a efectos de acreditación del período mínimo de cotización efectiva que se exige para poder jubilarse de manera anticipada, se compute el servicio social femenino obligatorio, hasta un máximo de un año [arts. 207.1.c) y 208.1.b) TRLGSS], en igualdad de condiciones con el servicio militar obligatorio y la prestación social sustitutoria, acabando así con la discriminación que sufrían las mujeres en este ámbito.

Posteriormente, la asimilación como tiempo cotizado del período de prestación del Servicio Femenino Obligatorio se extendió por la Ley 24/2022, de 25 de noviembre, a la figura de la jubilación parcial, con simultánea celebración de un contrato de relevo, a efectos de completar el período de cotización de 33 años exigido legalmente para optar a esta modalidad de jubilación [art. 215.2.d) TRLGSS].

Por último, el mencionado período también tendrá la consideración de tiempo cotizado a efectos de acreditar el período de carencia exigido para poder jubilarse de forma parcial y anticipada, con paralela celebración de un contrato de relevo, en el sector manufacturero, posibilidad que ha

Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad (REGCON), de conformidad con el artículo 6.2 y el anexo 1 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. La Administración de la Seguridad Social facilitará la tasa de ocupación de las trabajadoras respecto de la totalidad de trabajadores por cuenta ajena en cada una de las CNAE correspondientes en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio.

²⁰ SIRVENT HERNÁNDEZ, N., “El impacto de género en la reforma del sistema de pensiones: especial referencia a las cláusulas de jubilación forzosa para coadyuvar a superar la segregación ocupacional por razones de género”, *Briefs de la AEDTSS*, publicado el 23/05/2022, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/El-impacto-de-genero-en-la-reforma-del-sistema-de-pensiones-2.pdf>

prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2023, aplicando las reglas vigentes antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, conforme se establece en el apartado 6 de la Disposición Transitoria del TRLGSS, tras la modificación introducida en su texto por la disposición final 6.2 del RDL 1/2023, de 10 de enero.

Importa señalar que la entidad gestora (INSS) se anticipó a la aplicación de estos cambios a través de un Criterio de gestión 3/2020, de 18 de febrero, donde ya sostuvo que el Servicio Social de la Mujer debía computarse a efectos de la acreditación del periodo mínimo de cotización previsto en los arts. 207.1.c), 208.1.b), 215.2.d) y en la disposición transitoria cuarta, apartado 6, letra f) del TRLGSS, siempre que dicho periodo no figure como cotizado, en los mismos términos establecidos para el servicio militar obligatorio y la prestación social sustitutoria.

5.3. Mejoras en la pensión de viudedad para las parejas de hecho

A su vez, la Ley 21/2021 amplía su contenido a materias diferentes a las de la jubilación, teniendo especial relevancia la nueva regulación en el acceso a las prestaciones de viudedad por las parejas de hecho supervivientes, con el objetivo de acercar su regulación a la aplicable en los supuestos de uniones matrimoniales²¹.

Los cambios operados por la Ley 21/2021 en esta materia son los siguientes:

- a) Se mantienen los requisitos de periodo de convivencia y de formalización de la pareja de hecho en los términos previstos en el art. 221 del TRLGSS, de manera que, a efectos de la pensión de viudedad, se reconocerá como pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho, y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, salvo que –y es aquí donde radica la novedad– existan hijos en común, en cuyo caso solo deberán acreditar la constitución de la pareja de hecho de conformidad con lo previsto en el párrafo siguiente, sin exigirse el periodo de convivencia mínima de cinco años.

La existencia de pareja de hecho se continuará acreditando mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deben haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

- b) Se posibilita el acceso a la pensión de viudedad en los casos de disolución de la pareja de hecho, con carácter previo al fallecimiento del sujeto causante, acercando la nueva regulación a los supuestos de ruptura matrimonial. De modo que, cuando la pareja de hecho constituida se hubiese extinguido por voluntad de uno o ambos convivientes, el posterior fallecimiento de uno de ellos puede dar derecho a pensión de viudedad con carácter vitalicio al superviviente, siempre que no se haya constituido una nueva pareja de hecho, ni contraído matrimonio.

²¹ Una exposición sistemática y actualizada de los requisitos exigidos para que las parejas de hecho puedan acceder a la pensión de viudedad, en QUIRÓS HIDALGO, J.G., “Las prestaciones de viudedad para las parejas de hecho”, en VV.AA., *La encrucijada de las pensiones del Sistema Español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*. Tomo II, cit., pp. 919-953. Pueden consultarse asimismo las excelentes comunicaciones referidas a esta temática, compiladas en el mismo volumen.

En todo caso, será necesario que la persona supérstite sea acreedora de una pensión compensatoria y que esta se extinga con motivo de la muerte del causante. La pensión compensatoria ha de estar determinada judicialmente o mediante convenio o pacto regulador entre los miembros de la pareja, otorgado en documento público, siempre que para fijar el importe de la pensión se haya tenido en cuenta la concurrencia en el perceptor de las mismas circunstancias relacionadas en el artículo 97 del Código Civil.

En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se ha de minorar hasta alcanzar la cuantía de esta última.

En todo caso, tienen derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la extinción de la pareja de hecho mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

- c) Desaparece el requisito de dependencia económica respecto del sujeto causante de la pensión (haber ingresado durante el último año la persona supérstite menos que su pareja fallecida o, en todo caso, menos de 1,5 veces el SMI), que impedía a muchas parejas de hecho acceder a la pensión de viudedad, lo que constituía una clara discriminación respecto de las uniones matrimoniales, no afectadas por tal exigencia.
- d) Se extiende el acceso a la prestación temporal de viudedad a los casos de parejas de hecho, prestación que, en la legislación precedente, venía reservada a las uniones matrimoniales. En tal sentido, cuando la persona sobreviviente de la pareja de hecho no pueda acceder al derecho a pensión de viudedad, por no acreditar que su inscripción como pareja de hecho en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia, o su constitución mediante documento público, se han producido con una antelación mínima de dos años respecto de la fecha del fallecimiento del causante, pero concurren el resto de requisitos, tendrá derecho a una prestación temporal en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años²².
- e) El régimen de compatibilidad de la pensión y de la prestación temporal de viudedad con las rentas del trabajo se iguala para matrimonios y parejas de hecho²³.
- f) La Ley 21/2021 extiende los efectos de la nueva regulación, respecto del acceso a la pensión de viudedad en los casos de parejas de hecho, a hechos causantes anteriores al 1 de enero de 2022, estableciendo que, con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad, con efectos del 1 de enero de 2022, cuando, habiéndose producido el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja de hecho con anterioridad a esa fecha, concurren las siguientes circunstancias: 1) Que, a la muerte del causante, reuniendo este los requisitos de alta y cotización previstos en el TRLGSS, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad. 2) Que el beneficiario pueda acreditar en el momento de fallecimiento del causante la existencia de pareja de hecho, en los términos establecidos en el apartado 2 del art. 221 TRLGSS. 3) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho

²² Nueva redacción del artículo 222 TRLGSS por el apartado once del artículo 1 de la Ley 21/2021.

²³ Nueva redacción del art. 223 TRLGSS por el apartado doce del artículo 1 de la Ley 21/2021.

a pensión contributiva de la Seguridad Social. 4) Que la solicitud se la pensión se presente en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de la misma (es decir, antes del 1 de enero de 2023). En todo caso, la pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero del mes siguiente a la solicitud²⁴.

En la actualidad y en el ordenamiento jurídico español, no existe una delimitación de que haya de entenderse como pareja de hecho, con validez para todo el territorio nacional y a los efectos de las diferentes prestaciones y servicios.

En la legislación estatal, se ha venido utilizando con carácter general, la delimitación que efectúa el artículo 221 TRLGSS, mientras que, en el ámbito de las Comunidades Autónomas existe una delimitación propia, puesto que algunas de ellas han legislado sobre esta forma de convivencia con leyes específicas, mientras que en otras no existe esa regulación, lo cual provoca situaciones diferenciales según territorios²⁵.

Pero ni siquiera existe uniformidad sobre la delimitación de lo que sea una pareja de hecho en el ámbito protector de la Seguridad Social²⁶. En este sentido, el RDL 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, delimita en su art. 6.1 la noción de unidad de convivencia, considerando tal en su primer párrafo “la constituida por todas las personas que residan en un mismo domicilio y que estén unidas entre sí por vínculo matrimonial, como pareja de hecho o por vínculo hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad, adopción, y otras personas con las que convivan en virtud de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente”. En su segundo párrafo, el mismo precepto indica: “A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal con al menos dos años de antelación, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y hayan convivido de forma estable y notoria con carácter inmediato a la solicitud de la prestación y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años”.

Esta definición de pareja de hecho no coincide con la establecida en el art. 221 TRLGSS/2015, pues prescinde de concretar los medios o instrumentos hábiles para acreditar la existencia de la pareja de hecho y del período de convivencia mínimo, por lo que podría deducirse que cualquier medio de prueba es válido de cara a probar la constitución de una pareja de hecho en orden al devengo del IMV. Incluso podría plantearse la entrada en juego de la legislación autonómica para delimitar el concepto de pareja de hecho a estos efectos, generándose las consiguientes diferencias interterritoriales. Con todo, entiendo que esta interpretación no es admisible pues supondría vulnerar el principio de igualdad de los ciudadanos en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social (el IMV lo es), e iría en contra de la doctrina constitucional contenida en la STC 40/2014. De ahí que sea más razonable recurrir a la analogía y aplicar, en el ámbito del IMV, la noción de pareja de hecho y los medios de acreditación de su existencia que establece la regulación propia de la pensión de viudedad.

Por otro lado, y aunque más bien se trata de un derecho de ciudadanía vinculado a la residencia que desborda el ámbito prestacional propio de la Seguridad Social, a efectos del reconocimiento del derecho a recibir asistencia sanitaria, la disposición adicional única del RDL 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, incluye su propio concepto de pareja de

²⁴ Nueva disposición adicional cuadragésima del TRLGSS, incorporada por el apartado dieciocho del artículo 1 de la Ley 21/2021. Cfr. el Criterio de Gestión INSS/2022, de 4 de abril, que interpreta el alcance y condiciones para la aplicación de esta disposición adicional, obviamente, sin que sus indicaciones vinculen a los órganos judiciales.

²⁵ PANIZO ROBLES, J.A., “Una nueva reforma del Sistema Público de Pensiones del Sistema de la Seguridad Social: La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones”, *CEF- Laboral Social*, Diciembre 2021, p. 48.

²⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F., “La acreditación de la existencia de pareja de hecho en orden a devengar la pensión de viudedad”, en VV.AA., *La encrucijada de las pensiones del Sistema Español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*. Tomo II, cit., pp. 1025-1026.

hecho, al señalar que, a efectos de lo establecido en las normas internacionales de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, tendrán la condición de beneficiarios de las personas (aseguradas) a las que se refiere el apartado 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, entre otros sujetos, la “persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente”.

Consciente de la problemática generada por estas diferencias en la delimitación de lo que deba considerarse pareja de hecho, la Ley 21/2021 incluye una disposición adicional tercera, denominada “Concepto de pareja de hecho a efectos del sistema de Seguridad Social”, en la que mandata al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para que analice, en el plazo de un año, la configuración de la pareja de hecho desde el punto de vista de la Seguridad Social, a efectos de determinar su alcance en orden a garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional.

6. MEDIDAS PARA REDUCIR LA BRECHA DE GÉNERO EN LA SEGUNDA FASE DE LAS REFORMA DE LAS PENSIONES: RDL 2/2023

El ciclo de reformas en materia de pensiones de la XIV Legislatura²⁷ se ha cerrado con la promulgación del RDL 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

Publicado en el BOE del 17 de marzo, el RDL 2/2023 fue convalidado por el Congreso de los Diputados el pasado 30 de marzo, con 179 votos a favor, 104 en contra y 61 abstenciones. Además, el Congreso de los Diputados acordó, en la misma sesión, su tramitación como Proyecto de Ley, si bien esta iniciativa -al igual que otras muchas de hondo calado social que esperaban ver la luz (ley de familias, ley del olvido oncológico, ley de salud mental, ley ELA...)- ha decaído tras la disolución de las Cámaras como consecuencia del anuncio de nuevas elecciones generales a celebrar el día 23 de julio de 2023.

El Gobierno afirma en el preámbulo del RDL 2/2023 que la sostenibilidad financiera exige “elevar la mirada más allá del corto plazo, fundamentalmente porque nuestro país va a enfrentarse en los próximos años a una circunstancia demográfica excepcional: la jubilación de la macrogeneración del *baby boom*”. De ahí que este segundo bloque de reformas “tenga como objetivo fundamental un importante refuerzo de la capacidad financiera del sistema con el fin de establecer las bases que garanticen la sostenibilidad del sistema en los próximos treinta años”.

A tal efecto, el RDL 2/2023 contempla tres tipos de actuaciones: el incremento gradual de la base máxima de cotización, que se acompañará de una subida de la pensión máxima, si bien en menor proporción; el establecimiento de una novedosa “cotización de solidaridad”, que gravará la masa salarial que supere la base máxima de cotización, sin repercusión en el importe de la prestación; y, por último, el reforzamiento del denominado Mecanismo de Equidad Intergeneracional.

Asimismo, esta última parte de la reforma comprometida en el Componente 30 del PRTR se ocupa de “la equidad y suficiencia de las pensiones”, articulando un nutrido conjunto de medidas que, en muchos casos, muestran una relevante dimensión de género. Nos ocupamos de ellas seguidamente.

6.1. Reformulación del sistema de cálculo de las pensiones en el trabajo a tiempo parcial: supresión del coeficiente de parcialidad.

La mayor dedicación de las mujeres a la tarea de cuidados familiares explica la superior tasa de parcialidad del empleo femenino, con las consiguientes mayores dificultades para acceder a una

²⁷ En el BOE del pasado 29 de mayo de 2023 se publicó el RD 400/2023, de 29 de mayo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones.

pensión contributiva²⁸. El legislador ha introducido ajustes en las reglas comunes de cálculo de las pensiones para corregir esta discriminación indirecta sobre las mujeres, y lo ha hecho respondiendo a exigencias de los tribunales, internos y supranacionales. Así, el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, tras la declaración de inconstitucionalidad de la regulación contenida en la Disposición Adicional Séptima del TRLGSS 1994 por la STC 61/2013, de 14 de marzo, diseñó el nuevo método de cómputo de los períodos de cotización para estas personas (actualmente contenido en el art. 247 TRLGSS 2015), basado en dos coeficientes, el “coeficiente de parcialidad” y el “coeficiente global de parcialidad”. Previamente, la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (caso Elbal Moreno) había puesto de relieve el mismo reproche de discriminación indirecta por razón de sexo que dicha regulación suponía, lo que forzó al legislador a cubrir la laguna sobrevenida a través de una nueva normativa sobre el acceso a las prestaciones de Seguridad Social por parte de quienes realizasen trabajos por cuenta ajena bajo la modalidad de trabajo a tiempo parcial, adecuada tanto a las exigencias constitucionales como al ordenamiento de la Unión²⁹.

Sin embargo, los problemas de discriminación indirecta subsistieron, tanto a nivel de pensiones como de protección por desempleo. Afrontada la corrección en la protección del desempleo por el RD 950/2018, de 27 de julio, había que atender la crítica formulada por la STC la STC 91/2019, de 3 de julio, la cual, en línea con lo apuntado unos meses antes por la TJUE en sentencia de 8 mayo de 2019, ha considerado que esta forma de calcular la pensión de jubilación para las personas que han trabajado a tiempo parcial, aplicando un coeficiente de parcialidad para determinar el número de días cotizados del que resulta el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión (ya de por sí reducida al depender de cotizaciones que son inferiores a las de un trabajador a tiempo completo), sigue constituyendo una discriminación indirecta por razón de sexo. En consecuencia, y en referencia a la regulación de idéntico contenido contenida en la disposición adicional séptima, apartado 1, del TRLGSS aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994 (en la redacción dada a dicho precepto por el Real Decreto-ley 11/2013), declaró la nulidad e inconstitucionalidad del inciso “de jubilación” y de la remisión que el párrafo primero de la letra c) de la regla tercera (“Bases reguladoras”) (coincidente con el párrafo primero del actual art. 248.3 TRLGSS/2015) realiza, en la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación, al párrafo segundo de la letra a) de la regla segunda (“Períodos de cotización”) de la misma disposición adicional séptima [coincidente con el párrafo segundo del actual art. 247.a) TRLGSS/2015]. Con ello se consiguió que en la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación no se aplicara el referido coeficiente de parcialidad, el cual, cuando se queda por debajo del 67%, no es compensado mediante la aplicación del coeficiente multiplicador del 1,5, con lo que se reduce proporcionalmente la cuantía de la pensión por debajo de la base reguladora, efecto reductor que perjudica especialmente a las mujeres trabajadoras. En consecuencia –señala el TC– una vez acreditado el periodo de cotización mínimo, se aplicará la correspondiente base reguladora en su correspondiente escala general, sin reducir el periodo de alta con contrato a tiempo parcial mediante el coeficiente de parcialidad. Sobre el resto de prestaciones para las que legalmente se prevé la aplicación del coeficiente de parcialidad, el TC, en esta ocasión, no emitió pronunciamiento alguno por no haber sido objeto de la cuestión de inconstitucionalidad formulada, pero lo hará en un posterior pronunciamiento, la STC 155/2021, de 13 de septiembre, que invocando los mismos argumentos que en 2019, declarará nulo el inciso 3 del art. 248 TRLGSS donde alude a la determinación de la cuantía de las pensiones *de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común*, con los efectos indicados en su fundamento 6:

²⁸ Cfr. FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a.B., “La feminización del part-time y su repercusión en materia de Seguridad Social”, en VV.AA., (Mosalve Cuéllar, M. E., coord.), *Género y no discriminación. Análisis transversal e interdisciplinar*, Aldebarán, 2019, pp. 575-587.

²⁹ SOLÍS PRIETO, C., “Medidas paliativas frente a la brecha de género en materia de pensiones en España: crónica de su insuficiencia”, *Noticias CIELO*, núm. 4, 2019, p. 2/4.

“...declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común» del párrafo primero del vigente artículo 248.3 LGSS, en los términos antes precisados. En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad debe entenderse limitada a la aplicación del llamado coeficiente de parcialidad en la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común causadas por trabajadores a tiempo parcial; de modo que la determinación de esas pensiones habrá de realizarse sin tomar en cuenta el referido coeficiente de parcialidad ni la reducción derivada del mismo.

Eliminada la inconstitucionalidad, de la forma indicada, el precepto cuestionado puede ser aplicado a efectos de la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común, causadas por trabajadores a tiempo parcial.”

El círculo se ha cerrado con la promulgación del RDL 2/2023. Para adaptar nuestra normativa a la doctrina constitucional expuesta, el citado real decreto-ley ha modificado la redacción del art. 247 TRLGSS, equiparando los períodos trabajados a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos del cómputo de los periodos cotizados para el reconocimiento de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor, de modo que, a partir del 1 de octubre de 2023, se tendrán en cuenta los periodos cotizados, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. Se elimina, por tanto, el coeficiente de parcialidad. Esta modificación se complementa con la supresión del apartado 3 del art. 248 TRLGSS, que desaparece en su nueva redacción.

La modificación del art. 248 TRLGSS incorpora otras dos novedades que mejoran la protección social de las personas trabajadoras a tiempo parcial y fijas discontinuas. Por un lado, se clarifica en su apartado 1 la situación de los trabajadores fijos discontinuos, para la determinación de la base reguladora diaria de la prestación por IT. Y, por otro lado, la nueva redacción de su apartado 2, relativa a la integración de los periodos sin obligación de cotizar de las personas trabajadoras a tiempo parcial, que elimina la previsión de que la base de cotización a tener en cuenta para cubrir dichas lagunas deba ser, de entre las aplicables en cada momento, la correspondiente al número de horas contratadas en último término, lo que incrementa la base reguladora de las pensiones.

6.2. Ampliación de los períodos no trabajados por motivos familiares que se asimilan a cotizados

Nuestra legislación de Seguridad Social contempla una serie de beneficios que conforman el nivel contributivo de protección a la familia (arts. 235-237 TRLGSS). Unas medidas están dirigidas a la tutela específica de la maternidad (112 días cotizados por parto), mientras que otras ponen el foco en el trabajo reproductivo de cuidados de personas dependientes. En un sistema de seguridad social contributivo como el nuestro, el objetivo es que el tiempo que la persona trabajadora interrumpe su dedicación profesional por la atención de responsabilidades familiares no perjudique su carrera de seguro de cara al devengo de futuras prestaciones.

El RDL 2/2023 modifica el art. 237 TRLGSS, con fecha de entrada en vigor el 18 de marzo de 2023, en los siguientes términos:

- Se amplía a los tres primeros años (antes solo el primero) el periodo considerado como asimilado a cotizado a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, en caso de excedencia laboral para el cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que no puedan valerse por sí mismas (por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad) y que no desempeñen actividad retribuida.

Repárese en que la excedencia por esta causa que se contempla en el art. 46.3 ET es de solo dos años, si bien se habilita a la negociación colectiva para que pueda establecer una excedencia de superior duración. Por consiguiente, los efectos prácticos de la ampliación que ahora se produce quedan supeditados a que la excedencia ampliada a más de dos años se recoja en el convenio colectivo que sea de aplicación.

- Asimismo, se amplía a los tres primeros años el tiempo reconocido como cotizado en los casos de reducción de jornada por cuidado de hijo menor de 12 años o discapacitado que no desempeñe actividad retribuida (ante solo los dos primeros años) y para el cuidado de familiares (antes solo el primer año), de forma que las cotizaciones en el periodo que permanezcan en esa situación se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubieran mantenido sin dicha reducción de jornada.

6.3. Nueva conformación de la base reguladora de la pensión de jubilación e integración de lagunas

Con carácter general, las ampliaciones en el periodo de cómputo para determinar la cuantía de las pensiones constituyen, en ausencia de las necesarias correcciones, un factor de discriminación por razón de género, que conduce a una nueva y decisiva discriminación en las últimas décadas de la vida de la mujer: la reducción de la renta y del nivel de vida en la jubilación y la vejez, como consecuencia de haber soportado una mayor discriminación a lo largo de la vida laboral. Las menores retribuciones que suelen percibirse en los primeros años de vida profesional, sumadas a los vacíos de cotización como consecuencia de la retirada total o parcial del mercado de trabajo para dedicarse a la crianza de la prole y otros familiares dependientes (solo parcialmente corregidos a través del mecanismo de integración de lagunas), determinan que una base reguladora expansiva, que tenga en cuenta bases de cotización lejanas en el tiempo, así como periodos en los que no se ha trabajado y/o cotizado (o al menos no a tiempo completo), den como resultado pensiones para las mujeres inferiores a las de los hombres.

La segunda fase de la reforma de las pensiones que ha implementado el RDL 2/2023 ha optado por ampliar en dos años más el periodo computable para calcular la cuantía de la pensión de jubilación, pero esta decisión se acompaña con dos órdenes de medidas que persiguen mitigar su impacto desfavorable sobre los futuros pensionistas.

Por un lado, el art. 209 TRLGSS se modifica para ampliar a 27 años el período a tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, si bien tomando como referencia los 29 años anteriores al del mes previo al del hecho causante, de los cuales se seleccionan de oficio las 324 bases de cotización de mayor importe de todo el periodo, para lo cual primero se integran las mensualidades en las que no haya existido la obligación de cotizar y, posteriormente, se actualizan las bases de cotización del periodo de acuerdo con la evolución que haya experimentado el Índice de Precios de Consumo, excepto las correspondientes a los veinticuatro meses anteriores al del mes previo al del hecho causante, que se computan en su valor nominal. La nueva opción de considerar 29 años, excluyendo los dos peores, se desplegará progresivamente durante doce años, a partir de 2026 hasta 2037, con arreglo a lo establecido en la nueva disposición transitoria cuadragésima del TRLGSS.

Ahora bien, hasta 2040 se mantendrá un sistema dual, conforme a lo establecido en el nuevo apartado 7 de la disposición transitoria cuarta del TRLGSS, de modo que, a los solos efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, cuando el hecho causante se produzca con posterioridad al 31 de diciembre de 2025 y hasta el 31 de diciembre de 2040, la entidad gestora aplicará de oficio e íntegramente el anterior sistema (25 años) cuando resulte más favorable que el vigente en la fecha en que se cause la pensión. A partir de 2041 se empezaría un nuevo periodo transitorio hasta

2044. En esos años 2041, 2042 y 2043 se considerará una base reguladora que comprenderá las bases de cotización de los últimos 306 meses (25,5 años) en 2041, 312 meses (26 años) en 2042 y 318 meses (26,5 años) en 2043, cuando dicho cálculo resulte más favorable que el vigente en la fecha en que se cause la pensión. A partir de 2044, la base reguladora de la pensión únicamente se calculará con los últimos 29 años de cotización, de los que se descartarán los dos peores años.

Estas medidas persiguen fortalecer el principio de equidad y van a permitir que las personas que tienen carreras profesionales más volátiles e irregulares, para las que sus últimos años profesionales no tienen que ser necesariamente los mejores, no se vean perjudicadas, y al mismo tiempo, que aquellos a quienes beneficie más el sistema actual (considerar los últimos 25 años cotizados) puedan seguir acogidos al mismo.

Asimismo, favorece a las mujeres, y contribuye a reducir la brecha de género, la nueva disposición transitoria cuadragésima primera del TRLGSS, que establece un sistema mejorado de integración de periodos sin obligación de cotizar para el cálculo de las pensiones de jubilación de mujeres trabajadoras por cuenta ajena, así como para los hombres bajo determinadas condiciones, que se aplicará en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación sea superior al 5 por ciento.

De este modo, si bien las lagunas de cotización se seguirán computando con el 100% de la base mínima los primeros 48 meses, y con el 50% de la base mínima a partir del mes 49 según establece, con carácter general, el art. 209.1 TRLGSS, en cambio, para las mujeres trabajadoras por cuenta ajena, se aplicará el 100% de la base mínima desde la 49ª mensualidad hasta la 60ª sin cotización, y el 80% de la base mínima desde la mensualidad 61ª a la 84ª.

Si se trata de hombres, podrán integrar lagunas respecto a las mismas mensualidades y con igual importe, pero solo cuando acrediten que en relación con alguno de los hijos cumplen los requisitos para que se les reconozca el complemento para reducir la brecha de género (art. 60.1.b) reglas 1ª y 2ª TRLGSS), aunque no se exigirá que la pensión del hombre sea superior a la del otro progenitor ni que este deba tener derecho al complemento para la reducción de la brecha de género.

Estas medidas entrarán en vigor el 1 de enero de 2026 (DF 10ª RDL 2/2023).

6.4. Incremento del complemento para combatir la brecha de género

El RDL 2/2023 también se ha propuesto acelerar el proceso de convergencia de la cuantía de las pensiones de las mujeres respecto de los hombres.

A tal efecto, ha acordado en su disposición transitoria primera que el complemento previsto en el art. 60 TRLGSS y en la DA 18ª TRLCP, registre un incremento adicional del 10 por cien sobre la revalorización prevista en el art. 58.2 TRLGSS en el bienio 2024-2025, incremento que se distribuirá entre ambos ejercicios según determinen las respectivas leyes de presupuestos generales del Estado³⁰. Se trata, desde luego, de un incremento consolidable, que merece una valoración positiva, por más que resulte insuficiente para lograr el objetivo propuesto.

³⁰ Al propio tiempo, el RDL 2/2023 ha modificado la redacción del art. 60 ET para terminar con la discriminación que sufrían los hombres a la hora de optar a este complemento, siempre que cumplan determinadas condiciones, para lo cual se ha considerado preciso eliminar del cómputo de periodos cotizados y bases de cotización anteriores o siguientes al nacimiento, los beneficios en la cotización establecidos en el art. 237 TRLGSS (de otro modo, difícilmente podrían cumplir el requisito de que su pensión sea inferior a la del otro progenitor). La modificación del apartado 1. b) 3.ª de este artículo se acompaña de la incorporación al TRLGSS de una disposición transitoria cuadragésima cuarta, para que pueda beneficiar también a hechos causantes anteriores a la entrada en vigor de este real decreto-ley y desde la vigencia del complemento por brecha de género (4-2-2021). Asimismo, se precisa en el reformado art. 60 TRLGSS, apartado 7, cómo deben calcularse las pensiones de los respectivos progenitores para determinar cuál de ellas es más alta a efectos de acreditar los requisitos exigidos para obtener el complemento.

Además, se modifica la disposición adicional trigésima séptima del TRLGSS para ampliar la previsión sobre acciones positivas dirigidas a reducir la brecha de género en el cálculo de las prestaciones en relación con las mujeres.

6.5. Otras medidas que repercuten favorablemente en la protección social de las mujeres

Como se ha indicado, debido a la configuración esencialmente contributiva del sistema de Seguridad Social, las mujeres no solo tienen más dificultades para acceder a las prestaciones de Seguridad Social sino que, cuando lo hacen, revisten menor cuantía, lo que en muchos casos las mantiene sumidas en un estado de pobreza cronicada.

Ello explica, por ejemplo, que en noviembre de 2022, el 27,82% de las pensiones contributivas reconocidas a mujeres reciban un complemento a mínimos, mientras que solo el 15,36% de las pensiones devengadas por hombres tiene reconocido este complemento. De un total de 2.188.976 pensiones con complemento a mínimos, 730.660 corresponden a hombres y 1.458.301 a mujeres.

El complemento a mínimos es una cantidad complementaria, de naturaleza no contributiva, que se añade al importe de la pensión en su modalidad contributiva, cuando no alcance el mínimo fijado legalmente (pensión mínima). La condición *sine qua non* es que el beneficiario no perciba rentas de capital o trabajo personal, y, si las percibe, que no excedan de la cuantía que se establece anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. En este contexto, cualquier medida orientada a mejorar el contenido de esta institución repercutirá de forma especialmente ventajosa sobre las mujeres, que son sus principales beneficiarias.

Bienvenido sea, en este sentido, el incremento del 8,5 % que han experimentado en 2023 tanto las pensiones mínimas como el límite de ingresos que la persona beneficiaria no debe superar para optar al percibo de este complemento³¹. El problema es que, a partir de un cambio introducido por la Ley 27/2011, el importe del complemento por mínimos no puede exceder del valor de la pensión no contributiva del sistema, con lo que puede haber pensionistas contributivos que no alcancen el suelo de la pensión mínima sumando su pensión teórica (si esta es muy baja) y el complemento³². Por otro lado, como lo habitual es que las mujeres pensionistas no tengan cónyuge a cargo, las cantidades por pensión mínima que obtienen son las más bajas de la horquilla, siendo por este motivo el valor medio de las pensiones con complemento por mínimos que reciben las mujeres inferior al de los hombres³³.

Las mujeres son también las principales beneficiarias de las pensiones no contributivas (un 63,82% por un 36,18% de hombres)³⁴, de modo que, como ocurre con el complemento por mínimos, cualquier reforma que flexibilice el acceso a las mismas o mejore su importe (caso del incremento extraordinario del 15% operado en julio de 2022 y prorrogado durante 2023 por la LPGE de este año) tiene un impacto positivo singularmente favorable sobre las mujeres, especialmente sobre las de edad más avanzada, que son las más expuestas al riesgo de pobreza. Y lo mismo se diga del Ingreso Mínimo Vital, considerando que, en diciembre de 2022, según datos del INSS, en dos de cada tres

³¹ Art. 6 del RD 1058/2022, de 27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas en 2023.

³² La reforma, además de constituir un ataque frontal a la garantía de suficiencia de las pensiones exigida por la CE (arts. 41 y 50), pues permitirá que personas que tengan derecho al complemento no alcancen la pensión mínima establecida en la LPGE, genera un evidente impacto negativo de género, al ser las mujeres quienes perciben mayoritariamente dichos complementos. En este sentido, LÓPEZ ANIORTE, M^a. C., “Hacia la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso y el disfrute de la pensión de jubilación”, *cit.*, p. 138.

³³ En noviembre de 2022, la pensión media de los hombres que reciben complemento por mínimos era de 703,54 euros, mientras que la pensión media de las mujeres que reciben complemento por mínimos se situaba en 669, 01 euros. Fuente: INSS. Pensiones en vigor a 1 de noviembre de 2022 con complemento a mínimos.

³⁴ El beneficiario tipo de una pensión no contributiva se corresponde con el de una mujer casada, que vive integrada en una unidad económica formada por dos y tres personas. Fuente: IMSERSO. Perfil del pensionista no contributivo de la Seguridad Social. Diciembre 2022. Avance.

hogares el titular de la prestación es una mujer y, si se tiene en cuenta el total de beneficiarios, el 54,4% son mujeres (838.794).

Referencia singular merecen las previsiones contenidas en el RDL 2/2023, dirigidas a mejorar en los próximos años las pensiones mínimas y no contributivas de la Seguridad Social, en cuyo diseño está claramente presente la perspectiva de género.

A este respecto, la nueva disposición adicional quincuagésima tercera del TRLGSS incrementa progresivamente desde 2024 la pensión mínima contributiva de jubilación cuyo titular sea mayor de 65 años y tenga cónyuge a cargo, a fin de que en 2027 no pueda ser inferior al umbral de la pobreza calculado para un hogar compuesto por dos adultos³⁵. Asimismo, se prevé la equiparación desde el año 2024 de las pensiones mínimas de viudedad con cargas familiares, pensiones con cónyuge a cargo, salvo incapacidad permanente total cuyos titulares sean menores de 60 años, a la cuantía de la referida pensión de jubilación. El resto de las pensiones mínimas se incrementará anualmente al igual que las anteriores, pero en un 50 por ciento. En cuanto a las pensiones no contributivas, una vez revalorizadas conforme dispone el art. 62 TRLGSS, se incrementarán adicionalmente cada año, en el mismo período y por el mismo procedimiento, pero con la referencia de multiplicar por 0,75 el umbral de la pobreza de un hogar unipersonal.

7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

En el marco de un sistema de Seguridad Social eminentemente contributivo, las incidencias en la trayectoria laboral de las mujeres por la asunción de responsabilidades familiares (interrupciones en la carrera profesional, trabajos a tiempo parcial...) provocan dos consecuencias claras: a) una mayor dificultad para acceder a las prestaciones de carácter contributivo; y b) una menor cuantía de las prestaciones. Además, los menores salarios de las mujeres (respondan o no a una situación discriminatoria) se traducen en bases de cotización más bajas, con su consiguiente reflejo en la base reguladora, provocando que la intensidad de la cobertura sea menor. En lo que a la pensión de jubilación se refiere, hay que tener en cuenta que un historial de cotización más breve no solo determina un menor porcentaje aplicable sobre la base reguladora, sino que además puede minorar el importe de la base por la existencia de lagunas de cotización³⁶.

En los últimos tiempos, dando respuesta a compromisos dimanantes de nuestra pertenencia a organismos internacionales y, *ad intra*, a los requerimientos del Pacto de Toledo, el legislador ha implementado un conjunto de mecanismos y medidas de acción positiva para combatir la brecha de género en el Sistema de Seguridad Social y fomentar la generación de derechos propios por parte de las mujeres, compensando así una mayor dedicación al trabajo no retribuido de los cuidados que les impide o dificulta, en muchos casos, desarrollar sus propias carreras de seguro o las aboca a pensiones insuficientes. Pero, al propio tiempo, y de forma contradictoria, se vienen aprobando cíclicamente reformas paramétricas orientadas a preservar la sostenibilidad del sistema de pensiones que, pese a estar diseñadas con carácter general, han endurecido las exigencias de cotización e impuesto otro tipo de limitaciones que suponen una discriminación indirecta para las mujeres.

En definitiva, “envejecimiento de la población, dificultades de conciliación y el refuerzo del carácter contributivo de las pensiones son factores que tienen un impacto negativo en el desarrollo profesional y perspectivas de promoción de las mujeres, y conllevan una menor percepción de retribuciones durante su etapa de actividad, así como la obtención de futuras pensiones más bajas”³⁷.

³⁵ Según el INE, el umbral de pobreza para el conjunto nacional en un año determinado se calcula como el 60% de la mediana de los ingresos anuales por unidad de consumo (o renta equivalente) de todos los hogares a nivel nacional.

³⁶ ARAGÓN GÓMEZ, C., “El complemento de pensiones para reducir la brecha de género”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 30, 2022, p. 23.

³⁷ GARCÍA ROMERO, B., “Retos pendientes en materia de igualdad: reducción del impacto de género en las pensiones de Seguridad Social”, en VV.AA. (Selma Penalva, A., coord.), *Retos en materia de igualdad de género en el siglo XXI: Un análisis multidisciplinar*, Madrid, Dykinson S.L., 2019, p. 82.

En este contexto, “diseñar un sistema de pensiones con perspectiva de género no es una opción sino una exigencia constitucional, del Derecho internacional y de la normativa de la Unión Europea, de lo que habrá de tomarse buena nota de cara a futuras reformas normativas en la materia”³⁸. Así lo han entendido y puesto en práctica el Gobierno y las organizaciones sindicales que han consensuado el RDL 2/2023, el cual recoge varias medidas que tienen por finalidad combatir la brecha de género en las pensiones: mejoras en las reglas sobre integración de vacíos de cotización en la base reguladora de las pensiones de jubilación que causen las mujeres trabajadoras; incrementos en el importe del complemento sobre brecha de género, en las pensiones mínimas y en las no contributivas; equiparación del trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos de cálculo de las pensiones; mejoras en los beneficios que conforman la protección familiar de nivel contributivo.

Una vez identificadas las causas de la brecha de género en materia de pensiones, y a pesar del progreso que indudablemente representan las medidas para mitigarla recogidas en el RDL 2/2023, son varias las actuaciones que aún podrían emprenderse en para lograr una mayor equidad en materia de pensiones entre mujeres y hombres:

- Reducir la brecha salarial de género, pues, no siendo el único factor causante de la brecha de género en las pensiones, sí es el que más influye en la misma.
- Actuar en el ámbito de la corresponsabilidad en la asunción de las labores de cuidado, de modo y manera que los hombres asuman con normalidad dichas tareas y las mujeres no vean mermados sus derechos de protección social como consecuencia del abandono del mercado de trabajo en ciertas etapas de su vida profesional para atender a descendientes u otras personas familiares³⁹.
- Incrementar significativamente el importe del complemento para reducir la brecha de género.
- Ampliar la duración del tiempo asimilado a cotizado en los casos de reducción de jornada para cuidado de menores de doce años o familiares dependientes.
- Revalorizar y dignificar el empleo doméstico y los trabajos extrafamiliares relacionados con el cuidado y atención de personas dependientes, mayoritariamente realizados por mujeres.
- Considerar la posibilidad de que el trabajo realizado en el propio hogar reciba cierta cobertura a efectos de Seguridad Social, o propiciar su transformación directa en trabajo productivo mediante su externalización, recuperando así el objetivo -en su día abandonado- de la Disposición Adicional Primera de la Ley 24/1997, de 15 de julio, que pretendía incorporar a la Seguridad Social a quienes “trabajen al cuidado de su propio hogar y no estén amparados por otras prestaciones contributivas”⁴⁰.
- Reforzar la red pública de servicios públicos, profesionalizados y adecuados, para la atención y cuidado de hijos y familiares dependientes⁴¹.

³⁸ LÓPEZ ANIORTE, M^a. C., “Hacia la igualdad de trato y de oportunidades...”, *cit.*, p. 153.

³⁹ GRAU PINEDA, C., *La brecha de las pensiones en España*, Albacete, Bomarzo, 2020, p. 66.

⁴⁰ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones”, *Lan Harremanak*, núm. 38, 2017-II, p. 122.

⁴¹ García Romero, B., “Necesidades de cuidados, derechos laborales de conciliación y medidas para mitigar su impacto en la protección social”, en VV.AA. (García Romero, B. y López Anierte, M^a.C., dirs.), *Protección social del trabajo de cuidados*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2022, p. 69.

- Promover fórmulas de organización/prestación del trabajo flexibles, como el teletrabajo, de asunción voluntaria para las personas trabajadoras, que permitan solucionar/mitigar/disuadir el abandono del mercado laboral por motivos familiares, con el consiguiente impacto en futuros derechos prestacionales⁴².
- Introducir criterios correctores con perspectiva de género en las reformas normativas que incidan sobre los parámetros de cálculo de las pensiones, a fin de que los ajustes no causen mayores perjuicios a las mujeres que a sus homólogos masculinos.
- Desarrollar reglamentariamente la normativa sobre jubilación anticipada por razón de la actividad (art. 206 TRLGSS) con perspectiva de género, pues muchos de los trabajos tradicionalmente feminizados (limpieza, cuidados...) revisten caracteres de especial penosidad y esfuerzo y, sin embargo, quienes los realizan no tienen reconocida oficialmente la posibilidad de jubilarse de forma anticipada sin penalizaciones en el importe de la pensión.
- Reformar el art. 205.1 b) del TRLGSS para establecer expresamente la aplicación de la teoría del paréntesis en el cálculo de la carencia específica (dos años en los últimos quince) exigible para acceder a la pensión de jubilación, en aquellas situaciones vinculadas a los cuidados de hijos/as o personas dependientes, pues el no hacerlo supone una discriminación indirecta para las mujeres⁴³.
- Computar el tiempo empleado en la prestación del Servicio Social Femenino Obligatorio, el Servicio Militar Obligatorio y la Prestación Social Sustitutoria para el cálculo de la pensión de jubilación.

A la postre, la brecha de género en pensiones solo desaparecerá cuando se consiga que mujeres y hombres tengan unas trayectorias profesionales equivalentes, sin mayores interrupciones en perjuicio de aquellas por su prevalente dedicación a las tareas intrafamiliares, y una vez que hayan desaparecido las desigualdades retributivas⁴⁴. A tal efecto, las medidas que se articulen en el ámbito de la Seguridad Social deben ir enmarcadas en una política integral que incida en otros ámbitos (laboral, educativo...), pues solo esta actuación coordinada contribuirá a reducir eficazmente la desigualdad aún existente entre mujeres y hombres⁴⁵. Y todo ello procurando evitar el efecto boomerang que todos estos mecanismos aparentemente protectores puede tener sobre el colectivo presuntamente protegido, a fin de no perpetuar el tradicional reparto de roles entre mujeres y hombres⁴⁶.

8. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CORTÉS, J.A., “La Seguridad Social más allá del Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia”, en VV.AA., *Empleo y protección social. XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023*, Madrid, MTES, Informes y Estudios Empleo, 2023, pp. 285-319.

⁴² GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en las pensiones*, Valencia, tirant lo blanch, 2015, pp. 79-86.

⁴³ En este sentido, POYATOS I MATAS, G., “Cuidados, pensión de jubilación y perspectiva de género”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 458 (mayo 2021), pp. 111-126.

⁴⁴ GARCÍA ROMERO, B., “Retos pendientes en materia de igualdad: reducción del impacto de género en las pensiones de Seguridad Social”, *cit.*, p. 83.

⁴⁵ VILLAR CAÑADA, I. M^a., “La reforma del sistema de pensiones. ¿Dónde queda -una vez más- la dimensión de género?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 468, mayo-junio 2022, p. 125.

⁴⁶ GARCÍA ROMERO, B., “Retos pendientes en materia de igualdad...”, *cit.*, p. 91.

- ARAGÓN GÓMEZ, C., “El complemento de pensiones para reducir la brecha de género”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 30, 2022, pp. 20-48.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., “El impacto de género en las reformas de la Seguridad Social”, *Briefs de la AEDTSS*, publicado el 23/05/2022, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/cristina-aragon.pdf>
- BALLESTER PASTOR, M^a. A., “Reformas en materia de Seguridad Social e impacto de género: un estudio crítico”, *Temas Laborales*, núm. 112, 2011, pp. 51-90.
- BLÁZQUEZ AGUDO, E., “La evolución de las pensiones de jubilación y viudedad desde la perspectiva de género”, *Lan Harremanak*, núm. 38, 2017-II, pp. 152-177.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters Aranzadi, 2021.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “La interpretación del sistema de Seguridad Social con perspectiva de género en la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo”, *Laborum-Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 29, 2021, pp. 27-54.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “La acreditación de la existencia de pareja de hecho en orden a devengar la pensión de viudedad”, en VV.AA., *La encrucijada de las pensiones del Sistema Español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*. Tomo II, *cit.*, pp. 1009-1026.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a. B., “La feminización del part-time y su repercusión en materia de Seguridad Social”, en VV.AA., (Mosálve Cuéllar, Martha Elisa, coord.), *Género y no discriminación. Análisis transversal e interdisciplinar*, Aldebarán, 2019, pp. 575-587.
- GARCÍA ROMERO, B., “Retos pendientes en materia de igualdad: reducción del impacto de género en las pensiones de Seguridad Social”, en VV.AA. (Selma Penalva, Alejandra, coord.), *Retos en materia de igualdad de género en el siglo XXI: Un análisis multidisciplinar*, Madrid, Dykinson S.L., 2019, pp. 81-92.
- GARCÍA ROMERO, B., “Necesidades de cuidados, derechos laborales de conciliación y medidas para mitigar su impacto en la protección social”, en VV.AA. (García Romero, B. y López Anierte, M^a.C., dirs.), *Protección social del trabajo de cuidados*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 25-73.
- GARCÍA ROMERO, B., “Las reformas de Seguridad Social previstas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia”, en VV.AA., *Empleo y protección social. XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023*, Madrid, MTES, Informes y Estudios Empleo, 2023, pp. 245-284.
- GRAU PINEDA, C., *La brecha de las pensiones en España*, Albacete, Bomarzo, 2020.
- GRAU PINEDA, C. Y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en las pensiones*, Valencia, tirant lo blanch, 2015.
- JIMÉNEZ HIDALGO, A., “Juzgar con perspectiva de género en la jurisdicción de lo Social. ¿Es necesaria una reforma legislativa?”, *Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 197, 2019.
- LÓPEZ ANIERTE, M^a. C., “Hacia la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso y el disfrute de la pensión de jubilación”, *Lan Harremanak*, núm. 43, 2020, pp. 120-155.

- LOUSADA AROCHENA, J. F., “La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 76, 2016.
- MOLINA GUTIÉRREZ, S. M^a., “Trascendencia de la perspectiva de género en el ámbito de la Seguridad Social, en especial en la pensión de viudedad”, en VV.AA., *La incidencia de género en la jurisdicción social. Especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad y su aplicación por los tribunales españoles. Perspectiva de la Unión Europea*, CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación, vol. 17, 2020.
- MOLINA NAVARRETE, C., “«Brechas de género» y sistema español de seguridad social: balance crítico y algunas propuestas de corrección”, *iQual. Revista de Género e Igualdad*, núm. 3, 2020, pp. 1-26.
- MOLINA NAVARRATE, C., *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020.
- PANIZO ROBLES, J.A., “Una nueva reforma del Sistema Público de Pensiones del Sistema de la Seguridad Social: La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones”, *CEF.- Laboral Social*, Diciembre 2021.
- POYATOS I MATAS, G., *Juzgar con perspectiva de género en el orden social*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters-Aranzadi, 2022.
- POYATOS I MATAS, G., “Cuidados, pensión de jubilación y perspectiva de género”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 458 (mayo 2021), pp. 111-126.
- QUIRÓS HIDALGO, J.G., “Las prestaciones de viudedad para las parejas de hecho”, en VV.AA., *La encrucijada de las pensiones del Sistema Español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*. Tomo II, cit., pp. 919-953.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones”, *Lan Harremanak*, núm. 38, 2017, pp. 93-125.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “La perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, *Trabajo y Derecho*, nº 76, 2021, ref. LA LEY 3607/2021.
- SIRVENT HERNÁNDEZ, N., “El impacto de género en la reforma del sistema de pensiones: especial referencia a las cláusulas de jubilación forzosa para coadyuvar a superar la segregación ocupacional por razones de género”, *Briefs de la AEDTSS*, publicado el 23/05/2022, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/El-impacto-de-genero-en-la-reforma-del-sistema-de-pensiones-2.pdf>
- SOLÍS PRIETO, C., “Medidas paliativas frente a la brecha de género en materia de pensiones en España: crónica de su insuficiencia”, *Noticias CIELO*, núm. 4, 2019, pp. 1- 4.
- VILLAR CAÑADA, I. M^a., “La reforma del sistema de pensiones. ¿Dónde queda -una vez más- la dimensión de género?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 468, mayo-junio 2022, pp. 97-128.

La inclusión del alumnado en prácticas en el sistema de Seguridad Social: ¿una aplicación definitiva de la cobertura de protección social a las prácticas no laborales?

The inclusion of trainees in the Social Security system: a definitive application of social protection coverage to non-work placements?

RAQUEL VELA DÍAZ *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén*
 <https://orcid.org/0000-0003-1150-3183>

Cita Sugerida: VELA DÍAZ, R.: «La inclusión del alumnado en prácticas en el sistema de Seguridad Social: ¿una aplicación definitiva de la cobertura de protección social a las prácticas no laborales?». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 36 (2023): 61-80.

Resumen

El presente estudio aborda un análisis de la nueva regulación de la inclusión en el sistema de Seguridad Social del alumnado que realice prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación, contenida en la Disposición adicional quincuagésima segunda que se añade a la Ley General de Seguridad Social por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones. Dichas prácticas formativas incluyen tanto las realizadas por el alumnado universitario, como las realizadas por el alumnado de formación profesional, quedando comprendidas las personas que realicen estas prácticas como asimiladas a trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social.

Abstract

This study addresses an analysis of the new regulation on the inclusion in the Social Security system of students who carry out training placements or external academic placements included in training programmes, contained in the fifty-second additional provision that is added to the General Social Security Law by Royal Decree-Law 2/2023, of 16 March, on urgent measures for the extension of pensioners' rights, the reduction of the gender gap, and the establishment of a new framework for the sustainability of the public pension system. These training practices include both those carried out by university students and those carried out by vocational training students, including people who carry out these practices as employees in the General Social Security Scheme.

Palabras clave

Alumnado de prácticas; becarios; prácticas formativas; prácticas académicas externas; Seguridad Social; Estatuto del Becario

Keywords

Internship students; interns; training internships; external academic internships; Social Security; Interns' Statute

1. PLANTEAMIENTO INICIAL

No cabe duda de que en los últimos años estamos asistiendo a un estado permanente de reformas de nuestro sistema de Seguridad Social. Desde la última renovación del Pacto de Toledo de 2020 y en especial a partir de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones¹, se está generando una importante producción legislativa con considerables

¹ A esta ley le sigue la aprobación de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre; la aprobación del Real Decreto-ley

repercusiones en el ámbito de la protección social², siendo la más reciente el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones³.

La Exposición de Motivos del citado Real Decreto-ley 2/2023 afirma que “*esta parte final de la reforma debe servir para culminar el refuerzo de los principios vertebradores del sistema que han inspirado las iniciativas normativas aprobadas a lo largo de 2021 y 2022: equidad, suficiencia y sostenibilidad*”, con el fin de afrontar el cumplimiento de los últimos hitos del Componente 30 relativo a la sostenibilidad del sistema público de pensiones del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Las reformas se articulan principalmente mediante modificaciones introducidas en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), debiendo prestarse una especial atención a las distintas fechas de entrada en vigor recogidas en la norma, dado que aunque en la primera parte de la disposición final décima se dispone que su entrada en vigor tendrá lugar “el día primero del mes siguiente al de su publicación en el BOE”, es decir, el 1 de abril, hay muchos preceptos cuya entrada en vigor será distinta, estableciéndose en la norma hasta ocho fechas diferentes, lo que supondrá una importante complejidad en su aplicación.

Así, son muy diversas las cuestiones abordadas en esta reciente reforma legislativa⁴, fundamentalmente, y sin ánimo de exhaustividad, introduce importantes cambios en el sistema público de pensiones, incluye modificaciones en algunas prestaciones como la incapacidad temporal o en la protección de los menores con cáncer u otra enfermedad grave, introduce medidas dirigidas a reducir el impacto que la brecha de género tiene en materia de pensiones, así como modificaciones en relación con el Mecanismo de Equidad Intergeneracional y el Fondo de Reserva de la Seguridad Social⁵.

Una de las novedades incluidas en la norma, si bien no vinculada a la reforma del sistema de pensiones, está relacionada con los estudiantes que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.

13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad; y la aprobación del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

² Véase un análisis detallado de las distintas reformas y novedades introducidas en materia de Seguridad Social a finales del año 2021, en el año 2022 e inicios de 2023 en MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El trepidante proceso de reformas fin de año 2021 y esperanzador año 2022 para la garantía efectiva del derecho a la Seguridad Social”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº 30, 2022; en MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Reformas en la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y para los trabajadores al servicio del hogar familiar”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº 32, 2022; y en MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Reformas en las pensiones de la Seguridad Social a cierre del año 2022 e inicios de 2023”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº 34, 2023.

³ Como ha señalado un sector de la doctrina, son una suerte de leyes ómnibus que afectan a un amplio abanico de materias, más o menos relacionadas con el título de la norma. GÓNZÁLEZ ORTEGA, S.: “El segundo (por ahora) paquete de reformas en materia de Seguridad Social”, *Briefs AEDTSS*, nº 26, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023.

⁴ La reforma ha contado con el visto bueno de las organizaciones sindicales, sin embargo no ha contado con el apoyo de las organizaciones empresariales.

⁵ Véase un cuadro comparativo de las distintas reformas y modificaciones introducidas por la norma en Boletín Laboral-Social Cef: “Reformas para la sostenibilidad del sistema público de pensiones”, Centro de Estudios Financieros, 21 de marzo de 2023.

<https://www.laboral-social.com/rdl-2-2023-reforma-pensiones-seguridad-social-cuadro-comparativo.html>

Concretamente, el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, introduce una disposición adicional quincuagésima segunda a la Ley General de Seguridad Social (incluida por art. único Treinta y cuatro), que determina la inclusión en el sistema de Seguridad Social, y los términos de dicha inclusión, de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas comprendidas en programas de formación, que incluyen las realizadas por alumnos universitarios y de formación profesional.

Esta nueva regulación aprobada se produce mientras se ha estado debatiendo entre el Ministerio de Trabajo y Economía Social y las organizaciones sindicales y empresariales la aprobación del Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa, conocido como Estatuto del becario, llegándose a un acuerdo tras más de seis meses de negociación desde la propuesta presentada en octubre de 2022 y tras sucesivas modificaciones en los borradores del texto⁶, que únicamente se ha alcanzado entre dicho Ministerio y los sindicatos UGT y CCOO en junio de 2023.

El citado Estatuto pretende regular las condiciones laborales de los estudiantes en prácticas para evitar nichos de fraude laboral y que las becas puedan encubrir trabajo precario. Entre las novedades que incluye el acuerdo alcanzado cabe destacar, entre otras: los límites establecidos en las horas de prácticas según se trate de prácticas curriculares o extracurriculares; el derecho de los estudiantes en prácticas a la compensación de gastos tales como gastos de desplazamiento, alojamiento o manutención; la limitación del número de personas becarias en una empresa o entidad en función de su plantilla o la existencia de un régimen sancionador ante posibles incumplimientos por parte de las empresas⁷.

En el presente trabajo se pretende abordar la nueva regulación de la inclusión en el sistema de Seguridad Social del alumnado que realice prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.

2. LA IMPORTANCIA DE LA ADQUISICIÓN DE CONOCIMIENTOS PROFESIONALES PRÁCTICOS PARA LA INCORPORACIÓN AL MERCADO DE TRABAJO

La adquisición de conocimientos profesionales prácticos en la fase de finalización de los estudios académicos y la sucesiva plena incorporación al trabajo son decisivas tanto para el logro de un empleo de calidad entre los jóvenes, como para la realización de un trabajo productivo acorde con las actuales demandas de las empresas. La transición entre la formación profesional o universitaria y la integración en la vida laboral resulta cada vez más compleja, incluso con riesgo de que se tarde mucho en encontrar un empleo, se sufra un peregrinaje por diversos trabajos precarios que no permiten una

⁶ El debate ha venido centrándose, entre otras cuestiones, en la regulación o en la desaparición de las prácticas extracurriculares, siendo uno de los motivos del desacuerdo de la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE). El comunicado de la CRUE de 18 de octubre de 2022 sobre la negociación del estatuto de las personas en formación en el ámbito de la empresa, manifestó su rechazo al proceso de negociación indicando que pese a representar a la práctica totalidad del sistema universitario, apenas se haya contado con Crue para realizar aportaciones y escuchar su opinión. Consideran que no se puede justificar que, si el objeto de dicho proyecto normativo es la regulación de las prácticas académicas (universitarias), todo se esté decidiendo en el marco del Diálogo Social protagonizado por Gobierno, sindicatos y patronales.

Crue Universidades Españolas: “Comunicado sobre la negociación del estatuto de las personas en formación práctica en el ámbito de la empresa”, 18 de octubre de 2022. <https://www.crue.org/2022/10/comunicado-negociacion-estatuto-del-becario/>

⁷ El comunicado de la CRUE de 10 de junio de 2023 sobre el proyecto de Estatuto del becario señala que las prácticas de estudiantes universitarios son un asunto estrictamente académico, considerando que puede peligrar la continuidad de la oferta de prácticas ante algunas de las novedades incorporadas al mismo. <https://www.crue.org/2023/06/crue-rechaza-proyecto-estatuto-becario/>

carrera profesional satisfactoria, o se pierda el empleo tras una primera experiencia laboral fallida⁸. Y es que, por muy efectiva que sea la formación académica, por sí sola no puede proporcionar las competencias que se obtienen con una experiencia real y directa en el ámbito empresarial, de ahí la trascendencia de la realización de prácticas formativas en las empresas.

De hecho, la puesta en marcha por la Declaración de Bolonia de 1999 del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) puso de relieve la importancia de no proporcionar únicamente una formación de carácter teórico, tal y como hasta entonces se venía potenciando en las universidades europeas. Por el contrario, estableció la necesidad no sólo de incorporar nuevas metodologías docentes que redujesen las tradicionales clases magistrales y favoreciesen un mayor protagonismo del alumnado en su proceso de enseñanza-aprendizaje, sino de impulsar también una formación práctica para conseguir una mayor empleabilidad del alumnado universitario y facilitar su inserción en el mercado de trabajo.

Con este objetivo, las Universidades han incorporado en sus planes de estudios de grado y máster la posibilidad de realizar prácticas externas que permitan a sus estudiantes adquirir algunas de las destrezas profesionales que no se pueden obtener en las aulas, concertando así convenios de prácticas tanto con empresas privadas, como con Administraciones Públicas. A este respecto, el Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, distingue en su artículo 4 dos modalidades de prácticas externas: las prácticas curriculares, que se configuran como actividades académicas integrantes del Plan de Estudios de la titulación universitaria cursada; y las prácticas extracurriculares, que son aquellas que los estudiantes pueden realizar con carácter voluntario durante su periodo de formación y que, aun teniendo los mismos fines que las anteriores, no forman parte del correspondiente Plan de Estudios. El régimen jurídico de ambas modalidades comparte numerosas cuestiones en común. A modo de ejemplo, en ambos casos se debe suscribir un convenio de cooperación educativa entre la Universidad y la entidad en la que se vayan a realizar las prácticas; los estudiantes en ambas modalidades de prácticas deben contar con un tutor académico de la universidad y un tutor externo de la empresa u organismo colaborador que supervisen su actividad; o la obligación de emitir un informe final de valoración de las prácticas por parte del tutor externo.

El aprendizaje en el trabajo constituye un sistema dirigido fundamentalmente a sectores de población situados en las primeras etapas de la vida profesional, principalmente de edad joven, lo que implica la necesidad de articular políticas de empleo y particularmente de acceso al mercado de trabajo adecuadas a las características de esta población, capaces de coordinar los procesos de acceso al primer empleo, los niveles de cualificación demandados y los objetos en la planificación de la carrera profesional⁹. Por ese motivo, es constante la necesidad de adaptar el modelo de formación a la evolución de los sistemas formativos externos y de adecuar el sistema a la evolución de las profesiones y a la situación del mercado de trabajo.

Así, se contemplan dos fórmulas para la adquisición de la práctica profesional. Por un lado, la realización de prácticas en las empresas llevadas a cabo por lo que coloquialmente se conocen como “becarios/as”, que no tienen la condición de trabajadores puesto que no han formalizado un contrato de trabajo y, por tanto, no se les aplica la legislación laboral. Al hablar de becas se hace referencia a programas que se destinan a las personas jóvenes -egresadas o en periodo educativo- con la finalidad de facilitar su entrada al mercado laboral desde el título formativo, llevando a cabo su formación

⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: “La trascendencia del Estatuto del Becario”, *El nacional*, 17 de febrero de 2023. https://www.elnacional.cat/oneconomia/es/opinion/trascendencia-estatuto-becario-jesus-cruz-villalon_972474_102.html

⁹ PRADOS DE REYES, F.J.: “Contratos formativos en la Reforma Laboral de 2021”, Briefs de la AEDTSS, 17 de enero de 2022. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/Contratos-formativos-en-la-reforma-laboral-2021.pdf>

práctica en la realidad empresarial o dentro de la administración pública¹⁰. Por otro lado, la prestación de servicios en las empresas a través de los contratos de trabajo formativos regulados por el art. 11 del Estatuto de los Trabajadores, que en términos generales, pueden constituir una primera etapa de vinculación contractual con una empresa para la adquisición de las competencias necesarias de una profesión.

Ello explica el protagonismo que la formación en el trabajo ha tenido en las sucesivas reformas de la ordenación laboral, puesto que el contrato formativo ha estado sometido a numerosos cambios, también en la última reforma aprobada por el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, que entró en vigor en nuestro Ordenamiento Jurídico con fecha 4 de febrero de 2022, y que introdujo una serie de modificaciones que han supuesto un impacto importante en la regulación de diferentes ámbitos del mercado laboral, entre ellas, las que se han introducido en las modalidades de contratación, incluido el contrato formativo.

Sin embargo, pese a su importancia, los contratos formativos son una tipología contractual que no ha terminado de funcionar, siendo la tónica general de los contratos formativos desde su creación y el objetivo de cada una de las reformas laborales o modificaciones legislativas que lo han abordado. Y es que, para que pudiera ser una herramienta valiosa en la lucha contra el elevado desempleo juvenil, era fundamental que fuera utilizado por las empresas, pero pese a las numerosas reformas legislativas que lo han modificado, no se ha conseguido ni lo uno ni lo otro¹¹.

El desempleo juvenil sigue siendo un auténtico problema estructural de nuestro mercado laboral, y los contratos formativos no han sido capaces ni siquiera de paliar esta realidad. Así, si el uso abusivo de la temporalidad es una preocupación constante para el legislador español, no lo es menos superar las enormes dificultades que encuentran los jóvenes para acceder al mercado de trabajo. Según la encuesta de población activa del primer trimestre del año 2023, la tasa de paro en España de menores de 25 años se sitúa en el 30,03%. Esta cifra, atendiendo a los datos oficiales ofrecidos por Eurostat, es una de las más altas de todos los países de la UE-27 y casi el doble de la media de los países de la UE-27.

En este sentido, se ha señalado por un sector de la doctrina que son diversos los factores que han venido generando estos malos resultados, entre ellos, la gran variedad de figuras que permiten a las empresas conseguir los mismos resultados con menor complejidad y coste, tales como prácticas y becas o diferentes modalidades de contratos temporales¹². Dicho de otro modo, han convivido de manera desconectada múltiples figuras y medidas en el ámbito de la formación y la práctica profesional que pueden denotar cierta descoordinación, solapamiento e incoherencias entre sí, y que pueden suponer incluso una competencia entre ellas mismas, generando confusión en los sujetos jurídicos y económicos.

Se requiere así una regulación adecuada de las diferentes fórmulas, tales como las prácticas no laborales, para coordinar adecuadamente un uso apropiado de todas las figuras existentes en nuestro Ordenamiento Jurídico laboral. En este sentido, el espíritu de la reforma laboral introducida por el Real Decreto-ley 32/2021 parece que ha ido dirigido a una regulación más integral de los diversos instrumentos vinculados a la formación y la experiencia profesional, puesto que si sólo se introducen

¹⁰ SANZ DE MIGUEL, P.: “Falsos autónomos y falsos becarios: una aproximación institucional al caso español”, *Cuadernos de relaciones laborales*, 37(1), 2019. <https://doi.org/10.5209/CRLA.63820>

¹¹ PÉREZ DEL PRADO, D.: “La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: ¿la propuesta definitiva?” *Revista Labos*, Vol. 3, 2022, pág. 9.

¹² COSTA REYES, A.: “La reforma de la contratación laboral temporal y formativa. Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 32/2021”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 467, 2022, pág. 57.

reformas en la regulación del contrato formativo y no en el resto de fórmulas que están a disposición del tejido empresarial, de poco habrá servido lo anterior.

No olvidemos que las becas, al igual que el contrato formativo, colocan a la formación como eje y nexo común. Y ello supone, al tiempo, que presenten una serie de rasgos que hacen compleja la labor de distinción ante un caso controvertido, como puede ser que ambas relaciones sean actividades objeto de remuneración o que se orienten a la inserción laboral de los jóvenes¹³. De ahí que la jurisprudencia del Orden Social haya venido evidenciando la difusa línea existente entre las relaciones formativas de carácter no laboral y las que sí son relaciones laborales, por lo que ha identificado las diferencias entre las becas y los fraudes que se pueden producir a este respecto¹⁴.

Al hilo de lo anterior, la reforma laboral contempló, por un lado, una nueva regulación de la contratación temporal desde una perspectiva más restrictiva y limitada, y por otro lado, introdujo la necesidad de abordar el Estatuto del Becario en su disposición adicional segunda, señalando que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta reforma, el Gobierno convocaría a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para, en el ámbito del diálogo social, abordar dicho Estatuto que tendrá por objeto la formación práctica tutorizada en empresas u organismos equiparados, así como la actividad formativa desarrollada en el marco de las prácticas curriculares o extracurriculares previstas en los estudios oficiales. Ello supone una revisión más equilibrada e integral para tratar de hacer frente a algunos de los problemas estructurales y enquistados de nuestro mercado de trabajo¹⁵.

3. LA NECESIDAD DE UNA PROTECCIÓN NORMATIVA ADECUADA PARA BECARIOS Y ESTUDIANTES EN PRÁCTICAS

Como ya se ha señalado, la jurisprudencia del Orden Social ha venido evidenciando la difusa línea existente entre las becas y relaciones formativas de carácter no laboral y las que sí son relaciones laborales, dada la frecuente utilización por parte de las empresas, e incluso de las instituciones públicas, de la figura de los estudiantes universitarios en prácticas o los becarios para, bajo el pretexto de proporcionarles una formación profesional práctica, cubrir necesidades de personal sin apenas coste, encubriendo así una relación laboral. En ocasiones, encadenando incluso varios acuerdos formativos de prácticas para eludir los límites de duración establecidos en la normativa. Ello pone de manifiesto el insuficiente marco normativo por el que se han regido estas relaciones formativas que se viene arrastrando durante décadas, y la necesidad de abordarlo definitivamente para evitar estas situaciones abusivas que en muchos casos terminan resolviéndose en los órganos jurisdiccionales, siendo cada vez mayor la judicialización de estas conductas fraudulentas.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha reiterado en diversas ocasiones la doctrina de la Sentencia del propio Tribunal de 29 de marzo de 2007 (rec. 5517/2005), de manera reciente en la Sentencia 508/2022, de 1 de junio (rec. 1063/2020), recordando con claridad a empresas e instituciones públicas -se podría añadir que incluso al legislador- la idea de que toda actividad desarrollada por un becario (o por un estudiante universitario en prácticas), que en caso de no ser realizada por el mismo debiera ser desempeñada por las personas trabajadoras de la organización, supone la existencia de relación laboral.

¹³ MONTES ADALID, G. M.: “La relación del becario frente a la nueva regulación del contrato formativo. Zonas de concurrencia y elementos de distinción”, *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, 12(2), 2022. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7443>

¹⁴ STS de 13 de junio de 1988; STS de 22 de noviembre de 2005; STS de 4 de abril de 2006; STS de 29 de marzo de 2007; STS de 29 de mayo de 2008; STS de 20 de enero de 2015; STS de 24 de enero de 2018; STS de 8 de febrero de 2018; STS de 14 de marzo de 2019; STS de 4 de febrero de 2020; STS de 15 de febrero de 2022.

¹⁵ VELA DÍAZ, R.: “La nueva regulación de los contratos formativos tras la reforma laboral: ¿un impulso definitivo a esta fórmula contractual?”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 27, 2022, pág. 128. <https://doi.org/10.25115/ridj.vi27.8135>

Pese a la reiteración de la mencionada doctrina del Tribunal Supremo, este tipo de abuso empresarial respecto a estudiantes universitarios en prácticas y becarios no parece haber disminuido, y aunque puede parecer que este tipo de actuaciones son predominantes en el sector privado, se han venido dando también con frecuencia en el sector público.

Así lo pone de manifiesto la STS 945/2022, de 30 de noviembre, en la que se analizó el posible despido colectivo de 180 estudiantes de la Universidad Carlos III de Madrid que habían realizado prácticas extracurriculares en las instalaciones de la propia Universidad. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tras una visita *in situ*, comprobó diversas irregularidades, tales como: que los acuerdos formativos con los estudiantes no recogían ningún sistema para la evaluación de las prácticas realizadas ni establecían un calendario de las actividades a realizar; que las prácticas extracurriculares realizadas en la biblioteca siempre recogían las mismas competencias genéricas a adquirir, con independencia de la titulación cursada por el alumnado; que las personas responsables de dichas prácticas tenían ubicado su puesto de trabajo en uno solo de los campus, por lo que no podían atender sus obligaciones con los estudiantes que realizaban las prácticas en los otros campus de la universidad; que se estaba produciendo la concatenación de estos acuerdos de prácticas por parte de la universidad para el desarrollo de un mismo proyecto formativo, prolongándose durante dos años o más. Se constató además que el porcentaje que representaban dichos alumnos sobre la plantilla total de cada área o servicio en el momento de la visita de la Inspección alcanzaba unas cifras desmesuradas¹⁶.

De igual modo, la reciente Sentencia 234/2023, de 14 de marzo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, confirmando el fallo de instancia, ha condenado a una empresa por tener mayor número de becarios que personal de plantilla en todos los departamentos -31 becarios frente a 27 trabajadores por cuenta ajena- a reconocerlos como trabajadores, afirmando que lo esencial para distinguir la relación laboral de la vinculación del becario es que la actividad que lleva a cabo debe ir dirigida a su formación. Sin embargo, en este caso se ha probado que las personas becarias realizaban tareas en las mismas condiciones y con las mismas características que las demás personas trabajadoras, lo que ha evidenciado que se han cubierto necesidades de mano de obra con esta figura. Señala así la sentencia con claridad que las funciones de un becario no se pueden corresponder con las de un puesto de trabajo concreto, ni pueden confundirse en su labor con las de los demás trabajadores, no debiendo tener la figura del becario autonomía en su actividad.

En definitiva, como se puede comprobar, se ha producido una utilización en ocasiones abusiva de estas figuras formativas, que se ha acentuado en ciertos sectores que han normalizado un uso inadecuado. Dado que estas figuras han sido y siguen siendo objeto de debate, constatándose en numerosos casos, como hemos señalado, su utilización irregular simulando la inexistencia de una relación laboral, el diseño del nuevo y esperado “Estatuto del Becario” debería de establecer un marco normativo claro y de referencia para la formación práctica tutorizada en empresas y organismos equiparados, así como de la actividad formativa desarrollada en el marco de las prácticas previstas en los estudios oficiales, que regulara adecuadamente su desarrollo para evitar un posible uso incorrecto y fraudulento de las mismas, reforzando así los derechos de este colectivo y su protección.

De hecho, la importancia de una regulación que refuerce los derechos del alumnado en prácticas, y que al mismo tiempo posibilite una mejora de su formación también ha sido puesta de manifiesto desde instancias de la UE, como se puede comprobar, entre otras, en la reciente Resolución del Parlamento Europeo de 15 marzo de 2023 (apartado 30)¹⁷.

¹⁶ Vid. un análisis detallado en Ramírez Bandera, C.: “Cuando los abusos empresariales se convierten en costumbre: la insuficiente protección normativa dispensada a becarios y estudiantes universitarios en prácticas. Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo 508/2022, de 1 de junio”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 473, 2023. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.11549>

¹⁷ Parlamento Europeo: Resolución de 15 de marzo de 2023, sobre el Semestre Europeo para la coordinación de las políticas económicas: prioridades sociales y en materia de empleo para 2023. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0079_ES.html

4. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA INCLUSIÓN EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DEL ALUMNADO EN PRÁCTICAS

La disposición adicional quincuagésima segunda que se ha incluido en la Ley General de Seguridad Social por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, que viene a determinar la inclusión en el sistema de la Seguridad Social del alumnado que realice prácticas formativas o prácticas académicas externas comprendidas en programas de formación, tenía inicialmente prevista su entrada en vigor el 1 de octubre de 2023, conforme lo establecido en la Disposición final décima, que detalla las fechas de entrada en vigor de las distintas reformas y novedades introducidas por el Real Decreto-ley 2/2023. No obstante, el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio¹⁸, ha modificado mediante su art. 212 el citado Real Decreto-ley 2/2023, quedando prevista su entrada en vigor el 1 de enero de 2024. El preámbulo del Real Decreto-ley 5/2023 justifica esta modificación en los siguientes términos: “La entrada en vigor de esa previsión, inicialmente fijada para el 1 de octubre de 2023, ha de demorarse hasta el 1 de enero de 2024 puesto que las prácticas formativas, remuneradas o no, no se realizan con carácter general al inicio de los cursos académicos sino en el segundo o tercer trimestre de dichos cursos. La ampliación temporal de la *vacatio legis* permitirá, además, facilitar los trabajos técnicos de adaptación de los centros formativos y, en general, de quien deba asumir la condición de sujeto responsable del cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social respecto a quienes realicen las prácticas”.

Tal y como se indica en la Disposición derogatoria del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, dicha disposición adicional quincuagésima segunda añadida a la LGSS conlleva la derogación de la disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, que regulaba esta materia bajo la rúbrica “Seguridad Social de las personas que desarrollan programas de formación y prácticas no laborales y académicas”, a la que haremos referencia de manera más detenida en el siguiente apartado.

4.1. Antecedentes normativos de la inclusión en el sistema de Seguridad Social de los estudiantes que realicen prácticas

Bajo la rúbrica “Seguridad Social de las personas que participan en programas de formación”, la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, establecía que en el plazo de tres meses a partir de la publicación de esta Ley y en base a las previsiones contenidas en el art. 97.2.m)¹⁹ de la Ley General de la Seguridad Social y en los términos y condiciones que se determinaran reglamentariamente, el Gobierno establecería los mecanismos de inclusión de la misma de los participantes en programas de formación financiados por organismos o entidades públicos y privados, que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, conllevaran contraprestación económica para los afectados, siempre que, en razón de la realización de dichos programas, y conforme a las disposiciones en vigor, no viniesen obligados a estar de alta en el respectivo Régimen de la Seguridad Social.

¹⁸ Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. BOE núm. 154, de 29 de junio de 2023.

¹⁹ Dicho precepto contenido en ese momento en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, contemplaba la posibilidad de asimilar a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su integración en el Régimen General de la Seguridad Social, a determinados colectivos de personas que por razón de su actividad se determinara por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo e Inmigración.

Como aplicación de esta previsión legal, se aprobó el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social. El art. 1 del citado decreto sobre “Asimilación a trabajadores por cuenta ajena”, establece que “quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, quienes participen en programas de formación financiados por entidades u organismos públicos o privados que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, no tengan carácter exclusivamente lectivo sino que incluyan la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades y conlleven una contraprestación económica para los afectados, cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba, siempre que la realización de dichos programas no dé lugar a una relación laboral que determine su alta en el respectivo régimen de la Seguridad Social”.

También en cumplimiento de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, el Real Decreto 1493/2011 regula en su disposición adicional primera, la suscripción de convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social por parte de las personas que con anterioridad a su fecha de entrada en vigor se hubieran encontrado en la situación regulada por el mismo, a fin de permitir el cómputo de cotización por los periodos de formación realizados antes de esa fecha, hasta un máximo de dos años. La realización de tales periodos de formación se acredita mediante certificación expedida por el organismo o entidad que los financió en la que debe constar que el programa de formación reúne los requisitos exigidos, así como su duración.

Como se puede comprobar, de las distintas opciones que se permiten en nuestra normativa para incluir en el sistema de protección social a los estudiantes que participen en programas de formación, el Real Decreto 1493/2011 se inclinó por la inclusión de este colectivo en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena. Además, entre los programas formativos incluidos en esta previsión legislativa, se incluían las prácticas no laborales del alumnado universitario y de formación profesional²⁰.

Por su parte, el Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, actualmente anulado, regulaba en su disposición adicional primera la exclusión del ámbito de aplicación de la Seguridad Social, en los términos contemplados en el Real Decreto 1493/2011, de los estudiantes universitarios que realizaran las prácticas académicas externas incluidos en su ámbito de aplicación. No obstante, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 2013 (Rec. núm. 171/2012), declaró su nulidad²¹.

Dado lo anterior, el Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, introduce un cambio normativo sustancial en lo relativo a la protección social de los estudiantes universitarios que realizan estas prácticas, aspecto que se había configurado como el principal punto de conflicto de esta norma, y al no preverse nada en contrario, supuso la aplicación a todos los estudiantes universitarios que realicen prácticas

²⁰ El art. 3.5 del Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas establece que a las personas jóvenes participantes en las prácticas no laborales, reguladas en este real decreto, les serán de aplicación los mecanismos de inclusión en la Seguridad Social contemplados en el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

²¹ Ante la nulidad de esta disposición, posteriormente han sido reguladas por el Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios.

académicas externas de los mecanismos de protección previstos en el Real Decreto 1493/2011²². A este respecto, el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, reguló expresamente dicha circunstancia previendo en su disposición adicional vigesimoquinta una bonificación a la cotización a la Seguridad Social por las prácticas curriculares externas de los estudiantes universitarios y de formación profesional, que tienen el carácter exclusivamente de asimilados a trabajadores por cuenta ajena a efectos de su integración en el Régimen General de la Seguridad Social de acuerdo con el RD 1493/2011, del cien por cien en la cotización a la Seguridad Social.

Continuando con la evolución del tratamiento normativo de esta materia, con posterioridad se aprobó el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo. Bajo la rúbrica “Seguridad Social de las personas que desarrollan programas de formación y prácticas no laborales y académicas”, la disposición adicional quinta -actualmente derogada por el Real Decreto-ley 2/2023- incluía la previsión en su apartado primero de que “la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación, la realización de prácticas no laborales en empresas y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, determinará la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que realicen las prácticas indicadas, aunque no tengan carácter remunerado”, incluyéndose tanto las prácticas realizadas por alumnos universitarios de titulaciones oficiales de grado y máster, como las realizadas por alumnos de formación profesional de grado medio o superior. De igual modo, la inclusión de los estudiantes en prácticas en el sistema de Seguridad Social también se llevaba a cabo como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena. Dicha disposición preveía las mismas reglas de cotización correspondientes a los extintos contratos para la formación y el aprendizaje, sin obligación de cotizar por las contingencias de desempleo, ni al Fondo de Garantía Salarial ni por formación profesional.

Como se puede comprobar, la novedad más destacada del Real Decreto-ley 28/2018 respecto de lo previsto en el Real Decreto 1493/2011, hacía referencia a que la inclusión de los estudiantes en prácticas en el sistema de Seguridad Social se llevaba a cabo independientemente de que dichas prácticas fueran o no remuneradas. Ahora bien, de acuerdo con el apartado sexto de la citada disposición adicional quinta, la efectividad de este mandato legal quedaba supeditada a la aprobación del desarrollo reglamentario previsto en dicho apartado, que debía llevarse a cabo en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la norma.

No obstante, habiendo transcurrido más de cuatro años desde la aprobación del Real Decreto-ley 28/2018, ni se ha procedido a desarrollar lo previsto en esta disposición, ni se ha adecuado a la misma las normas reglamentarias sobre la materia, tal y como expresamente se había establecido en la disposición mencionada, aplicándose durante todo este tiempo lo previsto en el Real Decreto 1493/2011, que, como se ha indicado, restringía su ámbito de aplicación únicamente a las prácticas no laborales que tuvieran un carácter retribuido²³.

De hecho, en la propia introducción del Real Decreto-ley 2/2023 se justifica el cambio normativo en los siguientes términos: “La urgente y extraordinaria necesidad de introducir la disposición adicional quincuagésima segunda, que amplía y mejora la regulación de la inclusión en el sistema de Seguridad Social de los alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación, dada por la disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras

²² Vid. un análisis al respecto en MORENO GENÉ, J.: “La inclusión “definitiva” en la Seguridad Social de los estudiantes universitarios en prácticas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, nº 379, 2014.

²³ MORENO GENÉ, J.: “La extensión de la protección social a todos los estudiantes en prácticas: un paso en la dignificación de las prácticas no laborales”, *Briefs AEDTSS*, nº 24, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023.

medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, se justifica por el incumplimiento de lo establecido en el apartado 6 de dicha disposición adicional, unida a los problemas de aplicación que la misma ha generado”.

Es en esta situación de dejadez y demora en el tratamiento de esta materia en la que el Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, añade la citada disposición adicional a la Ley General de Seguridad Social, que contiene una nueva regulación respecto de la inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación, con fecha de entrada en vigor prevista, como ya se ha indicado, el 1 de enero de 2024.

Con el fin de que no volviera a suceder lo ocurrido con el Real Decreto-ley 28/2018, que no llegó a aplicarse porque nunca se llevó a cabo el desarrollo reglamentario que estaba previsto en su disposición adicional quinta, el actual Real Decreto-ley 2/2023 no sólo prevé la inclusión en el sistema de Seguridad Social de los alumnos en prácticas, sino que establece el marco jurídico básico en el que se debe producir esta incorporación²⁴. Por tanto, esta disposición adicional que se añade a la Ley General de la Seguridad Social puede aplicarse en todas las cuestiones que resultan esenciales, sin que sea necesario un desarrollo reglamentario. De hecho, ni siquiera se hace referencia a la necesidad de aprobación, por lo que la aplicación de esta nueva regulación no quedaría supeditada como la anterior a la aprobación de un texto de desarrollo. De esta forma, el Real Decreto-ley 2/2023 regula todos los aspectos fundamentales y específicos para la inclusión de los estudiantes en prácticas en el ámbito de la protección social, que se analizarán en los siguientes apartados.

4.2. Ámbito de aplicación

Respecto al ámbito de aplicación de la norma, el apartado primero de la disposición adicional quincuagésima segunda añadida a la Ley General de la Seguridad Social determina de manera genérica que la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, determinará la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que realicen dichas prácticas, en los términos establecidos en esta disposición adicional.

En función del tipo de alumnado que las lleve a cabo, tal y como especifica el apartado primero, estas prácticas a las que la norma hace referencia abarcan dos posibilidades:

- a) Por un lado, las realizadas por alumnos universitarios, tanto las dirigidas a la obtención de titulaciones oficiales de grado, máster y doctorado, como las dirigidas a la obtención de un título propio de la universidad, ya sea un máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto.
- b) Por otro lado, las realizadas por alumnos de formación profesional, siempre que las mismas no se presten en el régimen de formación profesional intensiva.

Como se puede advertir, esta nueva regulación es muy similar a la recogida en el Real Decreto-ley 28/2018. Desde una perspectiva comparada respecto al contenido del Real Decreto 1493/2011,

²⁴ Vid. un cuadro comparativo del contenido de la disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, respecto del contenido de la disposición adicional quincuagésima segunda añadida a la LGSS por el Real Decreto-ley 2/2023 en ROJO TORRECILLA, E.: “Unas breves notas, al Real Decreto Ley 2/2023 de reforma de las pensiones, y una pregunta: ¿Contribuirá la DA 52ª del RDL 2/2023, de 16 de marzo, al desbloqueo del Estatuto de las personas en formación práctica en el ámbito de la empresa?”, 19 de marzo de 2023.
<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/03/unas-breves-notas-al-real-decreto-ley.html>

vemos que la nueva previsión abarca un ámbito de aplicación sin duda más amplio, puesto que se extiende, como se ha indicado, a todo el alumnado universitario y de formación profesional en prácticas, con independencia de que las prácticas estén o no remuneradas, aunque se prevea una regulación diferenciada para cada caso.

4.3. Inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social

El apartado segundo de la citada disposición adicional añadida a la LGSS establece que las personas que realicen las prácticas a las que hace referencia el apartado anterior, quedarán comprendidas como asimiladas a trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social, excluyéndose los sistemas especiales de dicho Régimen General. Sin embargo, en caso de realizarse la práctica o formación a bordo de embarcaciones, la inclusión sí se producirá en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

En este sentido y como ha señalado un sector de la doctrina, de las diferentes posibilidades que existen en nuestro ordenamiento jurídico para dotar de protección social a los estudiantes en prácticas, el legislador ha optado por su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, excluyendo los sistemas especiales del mismo, y no por la creación de un Régimen Especial de Seguridad Social específico para este colectivo²⁵. Una opción normativa sin duda acorde con la tendencia a la simplificación de regímenes de Seguridad Social de estos últimos años.

Tal y como señala el citado apartado segundo, la inclusión de los estudiantes en prácticas no se produce como trabajadores por cuenta ajena como tal, conforme a los términos previstos en el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores, sino que tienen la consideración de asimilados a estos trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social.

4.4. Acción protectora

Respecto al conjunto de prestaciones reconocidas a los alumnos en prácticas y conforme al apartado tercero de la disposición adicional quincuagésima segunda añadida a la LGSS, la acción protectora a la que se hace referencia será la correspondiente al régimen de Seguridad Social aplicable, con la exclusión de la protección por desempleo, de la cobertura del Fondo de Garantía Salarial y por Formación Profesional.

En el supuesto de que las prácticas no sean remuneradas, se excluirá también la protección por la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

Como se desprende de lo anterior, se mantiene así la exclusión habitual de este colectivo respecto de las prestaciones por desempleo, añadiéndose además, en el caso de las prácticas no remuneradas, la exclusión de la protección por incapacidad temporal que se derive de las contingencias comunes.

En relación con las prestaciones económicas por nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, dichas prestaciones se abonarán por la entidad gestora o, en su caso, por la mutua colaboradora, mediante pago directo de la misma.

En el caso de las prestaciones que correspondan por la situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales, se abonarán mediante pago delegado.

4.5. Actos de encuadramiento

El apartado cuatro de la disposición adicional quincuagésima segunda de la LGSS regula los actos de encuadramiento, esto es, afiliación, altas y bajas. En función de que las prácticas sean

²⁵ MORENO GENÉ, J.: “La extensión de la protección social a todos los estudiantes en prácticas: un paso en la dignificación de las prácticas no laborales”, op. cit.

o no remuneradas, el cumplimiento de estas obligaciones a la Seguridad Social se ajustará a reglas diferentes.

En el caso de que las prácticas formativas sean remuneradas, el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social corresponderá a la entidad u organismo que financie el programa de formación, que asumirá a estos efectos la condición de empresario. En el supuesto de que el programa esté cofinanciado por dos o más entidades u organismos, tendrá la condición de empresario aquel al que corresponda hacer efectiva la respectiva contraprestación económica.

Respecto a las altas y las bajas en la Seguridad Social, se practicarán de acuerdo con la normativa general de aplicación.

En el caso de que las prácticas formativas no sean remuneradas, el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social corresponderá a la empresa, institución o entidad en la que se desarrollen aquellas, salvo que en el convenio o acuerdo de cooperación que, en su caso, se suscriba para su realización se disponga que tales obligaciones corresponderán al centro de formación responsable de la oferta formativa. Quien asuma la condición de empresario deberá comunicar los días efectivos de prácticas a partir de la información que facilite el centro donde se realice la práctica formativa.

La entidad que resulte responsable de estas obligaciones debe solicitar de la Tesorería General de la Seguridad Social la asignación de un código de cuenta de cotización específico para este colectivo de personas.

En este caso, las altas y las bajas en la Seguridad Social también se practicarán de acuerdo con la normativa general de aplicación salvo las excepciones previstas en la norma, efectuándose el alta al inicio de las prácticas formativas y la baja a la finalización de estas, sin perjuicio de que para la cotización a la Seguridad social y su acción protectora se tengan en cuenta exclusivamente los días en que se realicen dichas prácticas. A estos efectos, el plazo para comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social dicha alta y baja será de diez días naturales desde el inicio o finalización de las prácticas.

Cabe mencionar respecto a estas cuestiones, que una de las problemáticas señaladas por la CRUE en el comunicado emitido en octubre de 2022 y al que ya hemos hecho referencia (en este caso cuando se disponga en los convenios de cooperación que las obligaciones respecto a los actos de encuadramiento correspondan al centro de formación responsable de la oferta formativa) alude al hecho de que la gestión de las altas y las bajas, así como de la cotización, exigiría una dedicación del personal de las universidades que habría que distraer de otras tareas que ahora se vienen haciendo o recurrir a nuevas contrataciones, sin que haya presupuesto para esto, dada la endémica financiación que caracteriza a las Universidades.

4.6. Cotización a la Seguridad Social

En materia de cotización, los apartados quinto, sexto y séptimo de la disposición adicional quincuagésima segunda añadida a la LGSS establecen, por un lado, algunas normas comunes para todas las prácticas formativas y, por otro lado, identifican ciertas normas específicas dependiendo de que las prácticas tengan carácter remunerado o no remunerado.

4.6.1. Normas comunes de cotización aplicables a prácticas formativas remuneradas y no remuneradas

En relación con las normas comunes que respecto a la cotización se aplican tanto en el caso de las prácticas formativas remuneradas como en el de las no remuneradas, la norma recoge tres previsiones.

En primer lugar, está expresamente excluida la cotización finalista del Mecanismo de Equidad Intergeneracional.

En segundo lugar, a las cuotas por contingencias comunes les resultará de aplicación una reducción del 95 por ciento sin que les sea de aplicación otros beneficios en la cotización distintos a esta reducción. Por su parte, a estas reducciones de cuotas les resultará de aplicación lo establecido en el artículo 20 de la Ley General de la Seguridad Social en relación a la adquisición, mantenimiento, pérdida y reintegro de beneficios en la cotización, excepto lo establecido en el apartado primero de este precepto en el que se establece que *“únicamente podrán obtener reducciones, bonificaciones o cualquier otro beneficio en las bases, tipos y cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, las empresas y demás sujetos responsables que se encuentren al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social en relación al ingreso por cuotas y conceptos de recaudación conjunta, así como respecto de cualquier otro recurso de la Seguridad Social que sea objeto de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, en la fecha de su concesión”*.

Y en tercer lugar, la entidad que asuma la condición de empresa a efecto de las obligaciones con la Seguridad Social, conforme a lo que ya se ha indicado respecto a los actos de encuadramiento, adquiere la condición de sujeto obligado y responsable del ingreso de la totalidad de las cuotas.

Resulta de especial importancia destacar la significativa reducción de las cuotas por contingencias comunes del 95 por ciento a que hace referencia la norma, cuyo objetivo va sin duda orientado a que las distintas instituciones y empresas que ofertan estas prácticas no dejen de hacerlo ante el posible temor de los costes que se puedan generar tras esta nueva regulación, sino que por el contrario, sigan contribuyendo en esta importante labor de proporcionar las competencias que se adquieren directamente por parte del alumnado con la realización de prácticas en las empresas. De hecho, la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 2/2023 establecía una reducción del 97% en la cotización establecida, desde el día 1 de octubre, que era la fecha inicial en la que estaba prevista la entrada en vigor de la disposición adicional quincuagésima segunda de la LGSS, hasta el 31 de diciembre de 2023. No obstante, tras la nueva fecha de entrada en vigor fijada para el 1 de enero de 2024 por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, esta previsión queda automáticamente sin efecto.

No obstante, conviene indicar, como ya se ha señalado, la posibilidad de disponer en los convenios de cooperación que las obligaciones respecto a la cotización correspondan al centro de formación responsable de la oferta formativa. A este respecto, también la CRUE señaló en su día que las Universidades no cuentan con el presupuesto necesario para pagar la cotización de los estudiantes en prácticas, pese a las reducciones de las cuotas, aludiendo de nuevo a la situación de infrafinanciación en la que se encuentran²⁶. También en declaraciones posteriores de numerosas Universidades españolas se ha puesto de manifiesto la preocupación por la posible pérdida de ofertas de prácticas por parte de empresas y entidades ante los costes derivados de la cotización²⁷.

4.6.2. Normas de cotización específicas aplicables a prácticas formativas remuneradas

En relación con las prácticas formativas remuneradas, la norma recoge dos previsiones específicas a las que deberá ajustarse la cotización.

²⁶ Crue Universidades Españolas: “Comunicado sobre la negociación del estatuto de las personas en formación práctica en el ámbito de la empresa”, op. cit.

²⁷ “La UCLM alerta del riesgo que supone para las prácticas en empresas y entidades la obligatoriedad de cotizar por los estudiantes”, 11 de mayo de 2023.

<https://www.uclmtv.uclm.es/la-uclm-alerta-del-riesgo-que-supone-para-las-practicas-en-empresas-y-entidades-la-obligatoriedad-de-cotizar-por-los-estudiantes/>

“Los rectores andaluces, contra la cotización obligatoria de los alumnos en prácticas”, 22 de mayo de 2023.

<https://www.diariosur.es/universidad/rectores-andaluces-cotizacion-obligatoria-alumnos-practicas-20230518204725-nt.html>

En la primera de ellas se establece que la cotización se efectuará aplicando las reglas de cotización correspondientes a los contratos formativos en alternancia, establecidas en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado y en sus normas de aplicación y desarrollo, con la excepción de la previsión incluida en la disposición adicional cuadragésima tercera de la LGSS (concretamente el ordinal 2º del apartado 1) tras la reforma laboral de 2021²⁸, y que hace referencia a aquellos casos en que la base de cotización mensual por contingencias comunes, determinada conforme a las reglas establecidas en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, supere la base mínima mensual de cotización de dicho Régimen.

La segunda previsión establece que la base de cotización mensual aplicable a efectos de prestaciones será la base mínima de cotización vigente en cada momento respecto del grupo de cotización 7, salvo en aquellos meses en los que el alta no se extienda a la totalidad de los mismos, en los que la base de cotización a efectos de prestaciones será la parte proporcional de dicha base mínima.

4.6.3. Normas de cotización específicas aplicables a prácticas formativas no remuneradas

Conforme establece la disposición adicional quincuagésima segunda añadida a la LGSS, la cotización en el supuesto de prácticas formativas no remuneradas se ajustará a las siguientes previsiones:

- a) En este caso la cotización consistirá en una cuota empresarial por cada día de prácticas formativas por contingencias comunes y por contingencias profesionales, que tendrá en cuenta la exclusión de la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, que serán establecidas para cada ejercicio en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, sin que pueda superarse la cuota máxima por contingencias comunes y profesionales que se determine, igualmente, en la citada Ley de Presupuestos²⁹.
- b) A efectos de prestaciones, la base de cotización mensual aplicable será el resultado de multiplicar la base mínima de cotización vigente en cada momento respecto del grupo de cotización 8, por el número de días de prácticas formativas realizadas en el mes natural con el límite, en todo caso, del importe de la base mínima de cotización mensual correspondiente al grupo de cotización 7.
- c) En relación con el plazo reglamentario de ingreso de las cuotas, el plazo correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo será el mes de abril; el de las cuotas correspondientes a los meses de abril, mayo y junio, será el mes de julio; el de las cuotas correspondientes a los meses de julio, agosto y septiembre, será el mes de octubre; y el de las cuotas correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre, será el mes de enero.
- d) Hasta el penúltimo día natural que de cada uno de los meses señalados se constituyen como plazo reglamentario de ingreso de cuotas, las entidades que asumen la condición de empresa deberán comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social el número de días en que se hayan realizado prácticas y programas formativos no remunerados,

²⁸ Aprobada mediante Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

²⁹ De acuerdo con la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 2/2023, durante los meses del año 2023 que la norma estuviera en vigor, conforme estaba previsto inicialmente, esto es, entre el día 1 de octubre y el 31 de diciembre 2023, esta cotización consistiría en una cuota empresarial por cada día de alta de 2,36 euros por contingencias comunes y de 0,29 euros por contingencias profesionales. La cuota máxima mensual sería de 53,59 euros por contingencias comunes, y de 6,51 por contingencias profesionales.

realizados por las personas asimiladas a trabajadores por cuenta ajena durante los tres meses inmediatamente anteriores.

- e) En el caso de estudiantes que no hayan realizado ningún día de prácticas o programas formativos no remunerados en un determinado mes, se deberá informar expresamente de tal circunstancia. En cualquier caso, la empresa deberá solicitar de la Tesorería General de la Seguridad Social la liquidación de cuotas correspondiente a los tres meses inmediatamente anteriores, hasta el penúltimo día natural del respectivo plazo de ingreso.

Cuando la persona que realice las prácticas se encuentre en una situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, la empresa deberá indicar a la Tesorería General de la Seguridad Social, los días previstos de realización de la práctica formativa.

En caso de que la empresa no comunique los datos necesarios para la determinación de la cuota a ingresar conforme a lo que ya se ha indicado, en el plazo establecido en esta disposición, el importe de la deuda del período mensual al que se refiera la misma será el importe resultante de multiplicar la suma de las cuotas a las que hemos hecho referencia en el apartado a) por el número de días de alta en el mes de que se trate, con el límite mensual al que se refiere este apartado. En estos supuestos el número de días de alta a efectos de prestaciones serán dichos días.

- f) A efectos de prestaciones, cada día de prácticas formativas no remuneradas será considerado como 1,61 días cotizados, sin que pueda sobrepasarse, en ningún caso, el número de días del mes correspondiente. Las fracciones de día que pudieran resultar del coeficiente anterior se computarán como un día completo.

4.7. Algunas cuestiones finales

Para aquellas personas incluidas en el ámbito de aplicación de la citada disposición adicional quincuagésima segunda añadida a la LGSS que con anterioridad a su fecha de entrada en vigor se hubieran encontrado en esta situación, el apartado 8 vino a establecer la posibilidad de suscribir un convenio especial y por una única vez, en el plazo, términos y condiciones determinados por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, que les posibilitara el cómputo de la cotización por los periodos de formación o realización de prácticas no laborales y académicas realizados antes de la fecha de entrada en vigor, hasta un máximo de dos años.

No obstante, el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio introduce una modificación en la disposición adicional quincuagésima segunda de la LGSS respecto a esta posibilidad de suscribir un convenio especial para poder computar periodos de prácticas realizadas con anterioridad a su entrada en vigor, ampliando en este caso el plazo del convenio de dos a cinco años, al objeto de favorecer y dar seguridad jurídica. El preámbulo del RD-ley 5/2023, de 28 de junio justifica esta modificación en los siguientes términos: “En cuanto a la ampliación del plazo de los convenios para el cómputo de las prácticas, debe adoptarse a la mayor brevedad, para dar seguridad jurídica al colectivo afectado, que quedó a su vez fuera de la protección de la normativa de Seguridad Social y que ha de ser amparado para que pueda ver colmadas sus expectativas de protección, en términos similares a los alumnos en la actualidad”.

Por otro lado, con el fin de llevar a cabo un análisis y un seguimiento tanto de la aplicación como de la efectividad de las medidas adoptadas en la norma, y con el objetivo de mejorar la eficacia de las medidas reguladas, el último apartado de la disposición adicional quincuagésima segunda de la LGSS prevé que en el plazo de tres meses a computar desde el 1 de abril de 2023 y mediante una

orden ministerial, se creará un observatorio que estará integrado por representantes del Ministerio de Educación y Formación profesional, del Ministerio de Universidades, de la Secretaría de Estado de Seguridad Social y Pensiones y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. A este respecto, se prevé que de forma periódica dicha comisión propondrá aquellas medidas tendentes a la adaptación de la regulación y cobertura de los alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en los programas de formación.

Cabe también señalar una de las últimas previsiones recogidas en la disposición y que resulta de especial interés, al establecerse que las administraciones públicas competentes deberán de llevar a cabo planes específicos para la erradicación del fraude a la Seguridad Social asociado a las prácticas formativas que encubren puestos de trabajo.

En este sentido, como ya poníamos de manifiesto al inicio, en este tipo de actividades de prácticas formativas se producen, en numerosas ocasiones, actuaciones abusivas por parte de las empresas, de modo que, bajo una apariencia formativa se oculta la realización de trabajos productivos a todos los efectos, que, por su carácter de falsos becarios, escapan ilícitamente a la aplicación de la legislación laboral, con todo lo que ello comporta. De hecho, una de las carencias más significativas de regulación que hemos padecido y que se debería afrontar en el nuevo Estatuto del Becario es la de establecer criterios claros de deslinde entre un becario y un trabajador, impidiendo este tipo de prácticas fraudulentas³⁰, dado que a veces resulta difícil discernir en la práctica la frontera que existe entre la relación de beca y el contrato de trabajo.

Junto a ello y ante la inclusión esta vez más completa en el sistema de Seguridad Social del alumnado que realice prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación, se hace también necesario evitar este tipo de prácticas fraudulentas no sólo desde una perspectiva laboral, sino también en materia de protección social. No olvidemos que la inclusión de estos estudiantes en prácticas en nuestro sistema de protección social tiene también una proyección de futuro, que se traduce en una mejora en las posibilidades de acceso a las prestaciones de Seguridad Social, de una manera especial, a la pensión de jubilación, dadas las especiales dificultades de acceso al mercado laboral de las personas jóvenes en nuestro país, lo que podría contribuir de una manera positiva a consolidar sus carreras de cotización.

5. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Una adecuada cualificación profesional desde la perspectiva de la formación requerida por el mercado laboral junto a la experiencia profesional vinculada a la misma son los aspectos fundamentales para una exitosa empleabilidad de las personas jóvenes. Por ello, la realización de prácticas incluidas en los programas formativos resulta decisiva para una formación integral de los estudiantes, que entre los principales problemas se enfrentan a una carencia de formación práctica y experiencia en los entornos de trabajo.

Aunque en el caso de la realización de prácticas formativas en el ámbito de la empresa no existe un contrato de trabajo, este tipo de relación entraña cierta complejidad, y genera ciertas expectativas por ambas partes que requieren la puesta en marcha de medidas adecuadas por parte de los poderes públicos para incentivar la continuidad de las mismas, pues sin duda, se convierten en un instrumento de apoyo para la incorporación posterior de los/las estudiantes al mercado laboral, con un conocimiento real de las necesidades profesionales que requieren las empresas.

Ello requiere, por un lado, de un reconocimiento adecuado de los derechos del alumnado que realiza prácticas formativas en programas de formación por el esfuerzo y el tiempo dedicado, y por otro lado, de una adecuada cobertura de nuestro sistema de protección social. Una óptima

³⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: “La trascendencia del Estatuto del Becario”, op. cit.

coordinación de ambos regímenes jurídicos resultará esencial para una adecuada protección, tanto laboral como de Seguridad Social, de las personas que realizan prácticas formativas.

A este respecto, el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, introduce una disposición adicional quincuagésima segunda a la Ley General de Seguridad Social que determina la inclusión en el sistema de Seguridad Social, y los términos de dicha inclusión, de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas comprendidas en programas de formación, que incluyen las realizadas por alumnos universitarios y de formación profesional. Ello sin necesidad de un desarrollo reglamentario de la disposición, como con anterioridad requería el RDL 28/2018, lo que había supuesto que dicha previsión quedara sólo en la letra de la norma.

Dicha disposición adicional que se añade a la LGSS por el Real Decreto-ley 2/2023, no sólo prevé la inclusión en el sistema de Seguridad Social del alumnado en prácticas, sino que establece el marco jurídico básico en el que se debe producir esta incorporación, regulando los aspectos fundamentales y específicos para la inclusión de estos estudiantes en el ámbito de la protección social, lo que puede contribuir a ciertas oportunidades de mejora, especialmente, respecto a la posibilidad de acceso futuro a las prestaciones de jubilación, impulsando así la consolidación de sus carreras de cotización a la Seguridad Social.

Por ello, resulta fundamental que los términos de aplicación de la norma no desincentiven a las empresas e instituciones para que dejen de ofertar estas prácticas no laborales, tanto por los posibles costes que le puedan generar los estudiantes en prácticas, como por la carga burocrática y administrativa en las gestiones requeridas ante el sistema de Seguridad Social. Una consideración que también debería tenerse en cuenta en relación con los centros de formación responsables de la oferta formativa, con especial atención a las Universidades, ante la posibilidad de verse afectadas también por estos posibles costes y aumento de carga de trabajo.

Por el contrario, se debe impulsar que las empresas sigan contribuyendo en esta importante labor de proporcionar las competencias que se adquieren directamente por parte del alumnado con la realización de prácticas en el entorno empresarial. Se requieren así unas políticas públicas que apliquen las medidas oportunas para incentivarlas, compensando las posibles cargas económicas y organizativas derivadas de la realización de las mismas.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BOLETÍN LABORAL-SOCIAL CEF: “Reformas para la sostenibilidad del sistema público de pensiones”, Centro de Estudios Financieros, 21 de marzo de 2023. <https://www.laboral-social.com/rdl-2-2023-reforma-pensiones-seguridad-social-cuadro-comparativo.html>
- COSTA REYES, A.: “La reforma de la contratación laboral temporal y formativa. Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 32/2021”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 467, 2022.
- CRUE UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS: “Comunicado sobre la negociación del estatuto de las personas en formación práctica en el ámbito de la empresa”, 18 de octubre de 2022. <https://www.crue.org/2022/10/comunicado-negociacion-estatuto-del-becario/>
- CRUZ VILLALÓN, J.: “La trascendencia del Estatuto del Becario”, *El nacional*, 17 de febrero de 2023. https://www.elnacional.cat/oneconomia/es/opinion/trascendencia-estatuto-becario-jesus-cruz-villalon_972474_102.html

- DIARIO EL MUNDO: “El Gobierno aparca las polémicas universitarias ante las elecciones: los empresarios ya no deberán cotizar por todos los alumnos en prácticas”, 1 de junio de 2023. <https://www.elmundo.es/espana/2023/06/01/647847d321efa0e2378b459b.html>
- GÓNZÁLEZ ORTEGA, S.: “El segundo (por ahora) paquete de reformas en materia de Seguridad Social”, Briefs AEDTSS, nº 26, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023.
- MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El trepidante proceso de reformas fin de año 2021 y esperanzador año 2022 para la garantía efectiva del derecho a la Seguridad Social”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº 30, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Reformas en la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y para los trabajadores al servicio del hogar familiar”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº 32, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Reformas en las pensiones de la Seguridad Social a cierre del año 2022 e inicios de 2023”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº 34, 2023.
- MONTES ADALID, G. M.: “La relación del becario frente a la nueva regulación del contrato formativo. Zonas de concurrencia y elementos de distinción”, *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, 12(2), 2022. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7443>
- MORENO GENÉ, J.: “La extensión de la protección social a todos los estudiantes en prácticas: un paso en la dignificación de las prácticas no laborales”, Briefs AEDTSS, nº 24, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023.
- MORENO GENÉ, J.: “La inclusión “definitiva” en la Seguridad Social de los estudiantes universitarios en prácticas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, nº 379, 2014.
- PARLAMENTO EUROPEO: Resolución de 15 de marzo de 2023, sobre el Semestre Europeo para la coordinación de las políticas económicas: prioridades sociales y en materia de empleo para 2023. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0079_ES.html
- PÉREZ DEL PRADO, D.: “La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: ¿la propuesta definitiva?” *Revista Labos*, Vol. 3, 2022.
- PRADOS DE REYES, F.J.: “Contratos formativos en la Reforma Laboral de 2021”, Briefs de la AEDTSS, 17 de enero de 2022. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/Contratos-formativos-en-la-reforma-laboral-2021.pdf>
- RAMÍREZ BANDERA, C.: “Cuando los abusos empresariales se convierten en costumbre: la insuficiente protección normativa dispensada a becarios y estudiantes universitarios en prácticas. Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo 508/2022, de 1 de junio”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 473, 2023. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.11549>
- ROJO TORRECILLA, E.: “Unas breves notas, al Real Decreto Ley 2/2023 de reforma de las pensiones, y una pregunta: ¿Contribuirá la DA 52ª del RDL 2/2023, de 16 de marzo, al desbloqueo del Estatuto de las personas en formación práctica en el ámbito de la empresa?”, 19 de marzo de 2023. <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2023/03/unas-breves-notas-al-real-decreto-ley.html>
- SANZ DE MIGUEL, P.: “Falsos autónomos y falsos becarios: una aproximación institucional al caso español”, *Cuadernos de relaciones laborales*, 37(1), 2019. <https://doi.org/10.5209/CRLA.63820>

VELA DÍAZ, R.: “La nueva regulación de los contratos formativos tras la reforma laboral: ¿un impulso definitivo a esta fórmula contractual?”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 27, 2022. <https://doi.org/10.25115/ridj.vi27.8135>


La calificación de la incapacidad permanente en la silicosis de primer grado

The qualification of permanent disability in first-degree silicosis

ANTONIO M^a PUERTO BARRIO

*Médico inspector.
Doctor (biomedicina) por la Universidad de Extremadura.
Graduado en derecho.
 <https://orcid.org/0000-0003-0404-4644>*

MARTA TAJADURA DÍEZ

*Técnico Superior de la Seguridad Social.
Licenciada en derecho.
 <https://orcid.org/0009-0003-4822-760X>*

Cita Sugerida: PUERTO BARRIO, A.M. y TAJADURA DÍEZ, M.: «La calificación de la incapacidad permanente en la silicosis de primer grado». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 36 (2023): 81-100.

Resumen

Los criterios para calificar una incapacidad permanente en el caso de trabajadores afectados por una silicosis vienen determinados por la Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social. La evolución del ordenamiento jurídico, tanto en lo que se refiere a materia de incapacidad como a prevención de riesgos laborales, requiere que se revisen esos criterios especiales de valoración al menos en lo que se refiere a la silicosis de primer grado, para la cual la regulación de 1969 excluía la posibilidad de calificar una incapacidad permanente, previendo únicamente el cambio de puesto de trabajo y, en el caso de imposibilidad del mismo, la extinción de la relación laboral protegida por un subsidio de desempleo de especiales características.

La vía interpretativa ha sido la que ha posibilitado la calificación de una incapacidad permanente, si bien a costa de incorporar al proceso de calificación elementos ajenos al binomio actividad laboral – capacidad funcional, alterando para esta concreta enfermedad el eje vertebrador del sistema de calificación de la incapacidad en España. El análisis que se efectúa concluye que tal artificio interpretativo no es necesario, y además, supone un tratamiento diferenciado injustificado, y por tanto discriminatorio, en relación con el que se dispensa a otras enfermedades.

Abstract

The criteria for qualifying for a permanent disability in the case of workers affected by silicosis are determined by the Order of 15 April 1969, which establishes rules for the application and development of disability benefits in the General Social Security Scheme. The evolution of the legal system, both in terms of disability and prevention of occupational hazards, requires that these special assessment criteria be reviewed at least in terms of first-degree silicosis, for which the 1969 regulation excluded the possibility of qualifying for permanent disability, providing only for a change of job and, in the event of its impossibility, the termination of the employment relationship protected by a special unemployment benefit. The interpretative route has made it possible to qualify for permanent disability, although at the cost of incorporating elements from outside the work – functional capacity binomial into the qualification process, altering the backbone of the disability qualification system in Spain for this specific disease. The analysis that is carried out concludes that such interpretative artifice is not necessary, and in addition, it implies an unjustified differentiated treatment, and therefore discriminatory, in relation to that which is dispensed for other diseases.

Palabras clave

Enfermedad profesional; evaluación de la invalidez; silicosis

Keywords

Occupational disease; disability assessment; silicosis

1. LA SILICOSIS: EL RESURGIR DE UNA ENFERMEDAD PROFESIONAL

La silicosis, una enfermedad pulmonar crónica y progresivamente incapacitante, se produce como consecuencia de la inhalación de polvo mineral que contiene sílice cristalina. Se trata de una enfermedad profesional (EP) tradicionalmente ligada a actividades mineras, si bien en los últimos años se ha podido constatar en España un incremento muy significativo en su incidencia en relación con actividades relacionadas con la manufactura de piedra natural, pero sobre todo de piedra sintética a base de aglomerados de cuarzo que, en relación con otras piedras de origen natural, contienen elevadas proporciones de sílice (un 90% en estos aglomerados sintéticos frente a un 30% en el granito o un 5% en el mármol)¹.

Estos aglomerados de cuarzo, que aparecen en los años 90 como alternativas (más estéticas) para la fabricación de encimeras de cocina y baño, se trabajan desde su presentación inicial, en forma de tableros, mediante recortado y pulido de las piezas para darles la forma requerida, desprendiéndose en estas operaciones cantidades importantes de polvo mineral con elevado contenido en sílice cristalina. Para minimizar la emisión de polvo es preciso recurrir a medidas técnicas de control de riesgo como la realización de las tareas de corte y mecanizado con técnica húmeda, el empleo de máquinas de baja velocidad, la utilización de sistemas de extracción localizada de polvo y el empleo de mecanismos de aspiración en la zona de generación. Se trata con ello de disminuir la concentración de sílice por debajo de los valores límite de exposición profesional que se consideran de riesgo. Además, se puede disponer de equipos de protección individual incluso aunque la concentración de sílice en aire esté por debajo de los límites precitados².

El riesgo de contraer la enfermedad se relaciona con la intensidad de la exposición al polvo de sílice respirable, exposición a cuya cuantificación podemos aproximarnos a través de la denominada “dosis acumulada”, que refleja la concentración de sílice libre (expresada en mg/m3) a la que se ha estado expuesto multiplicada por el número de años de exposición. Sin embargo, se detecta que en algunos individuos la relación dosis respuesta no se cumple; en unos casos por una especial susceptibilidad a dosis bajas y en otros por alta resistencia a dosis elevadas³, y, por tanto, si bien se dispone de una reglamentación que determina los niveles máximos de polvo de sílice cristalina

¹ MENÉNDEZ-NAVARRO A, CAVALIN C, GARCÍA-GÓMEZ M, GHERASIM A. *La reemergencia de la silicosis como enfermedad profesional en España, 1990-2019* [The re-emergence of silicosis as an occupational disease in Spain, 1990-2019.]. Rev Esp Salud Publica. 2021 Aug 25;95:e202108106. Spanish. PMID: 34429394. https://www.sanidad.gob.es/biblioPublic/publicaciones/recursos_propios/resp/revista_cdrom/VOL95/ORIGINALES/RS95C_202108106.pdf. Accedido mayo 2023.

Describen los autores una auténtica “reemergencia” caracterizada por el rápido aumento de casos causada por exposición a polvo mineral con elevado contenido en sílice, aumento que se produce, en especial, en actividades relacionadas con la fabricación, mecanizado e instalación de productos fabricados a partir de aglomerados de cuarzo.

² SOLANS LAMPURLANÉS X, FREIXA BLANXART A, GOBERNA ORTIZ R, MORENO HURTADO JJ, OUBIÑA ALBALADEJO A. *Agglomerados de cuarzo: medidas preventivas en operaciones de mecanizado. NTP 890*. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Disponible en http://www.itpshi.es/documents/jornada_silicio/compactos_cuarzo_%20NTP_890w.pdf. Accedido 14/07/2022.

Las medidas preventivas deben mantenerse tanto en el taller como en los lugares donde, como consecuencia de las actividades de montaje, sea preciso realizar manipulaciones que generen polvo mineral en el lugar de la obra.

³ BLANCO PÉREZ JJ, RUÍZ RINCÓN C, CERDEIRA RODRÍGUEZ L. *Inhalación de sílice y sus efectos en la salud*. *Pneuma*, 2012; 8 (1): 16 – 23. Explican los autores que una menor concentración disminuye, para el mismo tiempo de exposición, la dosis acumulada, lo que se asocia con un riesgo inferior de desarrollar la enfermedad. Pero no con un riesgo nulo.

en el medio laboral⁴, lo cierto es que tales límites no eliminan por completo el riesgo de contraer la enfermedad⁵.

La disponibilidad de un sistema de vigilancia de la salud que determina la obligatoriedad de los reconocimientos médicos para los trabajadores expuestos a riesgos significativos de EP⁶ está permitiendo la detección de formas precoces de silicosis⁷, identificándose un colectivo de trabajadores afectados por la enfermedad pero que, en estas fases iniciales, se encuentran asintomáticos. En este colectivo, en el que el diagnóstico es de silicosis simple (no complicada) las indicaciones médicas son muy claras: debe evitarse la exposición al polvo de sílice. Pero en lo que se refiere a la valoración, desde el punto de vista de la existencia o no de incapacidad permanente (IP) en estos casos, la situación no está tan clara, debatiéndose si estos trabajadores deben ser reubicados en puestos exentos de riesgo o si, por el contrario, tienen derecho a una prestación económica por IP en grado de total.

⁴ Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo. BOE Núm. 124 (24/05/1997). Orden TED/723/2021, de 1 de julio, por la que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria 02.0.02 “Protección de los trabajadores contra el riesgo por inhalación de polvo y sílice cristalina respirables”, del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera. BOE Núm. 163 (09/07/2021). Desde el 1 de enero de 2022, está en vigor el límite 0,05 mg/m³ de polvo respirable de sílice cristalina (exposición diaria). El paso de considerar la sílice como agente químico a su actual consideración como agente carcinógeno ha conllevado la disminución de los niveles de exposición permitidos por la norma española, que mejora (es más restrictiva) el límite de 0,1 mg/m³ para 8 horas de trabajo contenidos en la Directiva (UE) 2019/130 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de enero de 2019, por la que se modifica la Directiva 2004/37/CE relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo. DOUE Núm. 30 (31/12/2019). El control de estas concentraciones es más difícil cuando la exposición se produce, por ejemplo, en tareas de montaje en obra (fuera del taller), lugares en los que, además, la maquinaria que se emplea puede no ser la óptima en lo que se refiere a la minimización de la cantidad de polvo generado en las distintas operaciones a realizar sobre la piedra.

⁵ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ R, et al. *Normativa para el diagnóstico y seguimiento de la silicosis*. Archivos de Bronconeumología, 2015; 51 (2): 86-93.

⁶ Así se impone por el art. 243 del TRLGSS – 2015. Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, apruebe el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Se produce en este punto una conexión muy particular entre la legislación en materia de Seguridad Social y la que regula la prevención de riesgos laborales. Si bien la vigilancia de la salud es, con carácter general, voluntaria para el trabajador (art. 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales -LPRL- ; BOE núm. 269 de 10/11/1995), en el caso de la silicosis, al tratarse de una EP, encontramos que la legislación en materia de Seguridad Social impone la obligatoriedad del reconocimiento al verificarse una de las excepciones a esa voluntariedad que ya se prevén en la LPRL (podrán ser obligatorios, entre otros casos, cuando esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad).

⁷ En particular, en lo que se refiere a la silicosis, este sistema de reconocimientos obligatorios para los trabajadores expuestos al polvo de sílice se remonta en España ya a 1941. La Orden de 7 de marzo de 1941, por la que se dictan normas para la prevención e indemnización de la silicosis como enfermedad profesional, BOE Núm. 77 (18/03/1941) ya señalaba en su art. quinto la obligatoriedad de tales reconocimientos, de cuyo resultado, de acuerdo con el dictamen médico, se hacía depender la continuidad del trabajador en la industria o, en el caso de apreciarse lesión “y según el grado de enfermedad”, serían los obreros trasladados dentro de la misma industria a otros trabajos exentos de riesgo o cesarán en la misma, pudiendo, en su caso, quedar inhabilitados para trabajar en la distintas industrias causantes de neumoconiosis. De acuerdo con las bases II y III de la Ley de 13 de julio de 1936, de bases de enfermedades profesionales, Gaceta de Madrid Núm. 197 (15/07/1936), la declaración de una incapacidad permanente para el trabajo conlleva la obligación indemnizatoria del patrono, que, de acuerdo con la Base V, tendría obligación de asegurar el riesgo de enfermedad profesional conforme a lo preceptuado en la Ley de Accidentes de Trabajo. Esta misma Ley ya establecía, desde 1936, la obligatoriedad de tales reconocimientos en el ámbito genérico de las enfermedades profesionales, si bien la Guerra Civil hizo que tal previsión fuese más virtual que real, sin que se pudiera llegar a promulgar el texto articulado.

2. ASPECTOS MÉDICOS SOBRE LA SILICOSIS Y LA DISCAPACIDAD ASOCIADA: SILICOSIS COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL

La afectación pulmonar característica de la silicosis se produce como consecuencia de la inhalación de partículas de sílice, de 1 a 2 mm de diámetro, que alcanzan los alvéolos pulmonares. Una vez allí, desencadenan una serie de reacciones que conducen a la formación de nódulos de 2 a 5 mm, que pueden alcanzar incluso 1 cm, nódulos que se visualizan mediante radiografía convencional o, mejor, mediante tomografía computarizada (“escáner” o “TAC”) de alta resolución, y cuya presencia conduce al diagnóstico de silicosis simple. En esta fase de la enfermedad todavía no se detectan síntomas como la disnea (“dificultad respiratoria”) y la intolerancia al esfuerzo físico, que son característicos en fases más avanzadas de la enfermedad⁸.

La silicosis complicada, o fibrosis masiva progresiva, constituye una fase posterior en el avance de la enfermedad. Los nódulos silicóticos aumentan de tamaño y confluyen para formar opacidades de bordes irregulares y de tamaño superior a 1 cm. El tejido pulmonar es sustituido por tejido fibroso que, además, destruye la estructura del pulmón, quedando por tanto comprometida la capacidad ventilatoria y conduciendo el cuadro clínico hacia la insuficiencia respiratoria.

Una característica esencial de la silicosis es su carácter irreversible; una vez instaurada la enfermedad, no cabe esperar mejoría de esta, sino, en todo caso, progresión. Es el ritmo de progresión el que puede ser variable, si bien está claro que, el mantenimiento de la exposición al polvo de sílice acelerará ésta, motivo por el cual, la primera indicación tras el diagnóstico es evitar mantenerse expuesto al polvo de sílice, aunque la enfermedad puede progresar incluso en ausencia de más exposición a la sílice y sin que se disponga por el momento de un tratamiento eficaz⁹.

Es sin duda esta inexistencia de tratamiento (dejando al margen el trasplante pulmonar, que más que un tratamiento para la enfermedad es la confirmación de que el daño pulmonar no ha podido ser revertido y que sólo estaría indicado en casos seleccionados con enfermedad muy avanzada¹⁰) una circunstancia que debe considerarse a la hora de determinar la capacidad laboral del trabajador afectado por una silicosis aun en sus fases más precoces (silicosis simple), ya que, al contrario de lo que ocurre con una EP en la que se cuenta con un tratamiento más o menos eficaz y en la que sea preciso agotar el tratamiento antes de determinar si el trabajador puede o no continuar expuesto al agente causante (porque el tratamiento hace regresar las manifestaciones de la enfermedad), en el caso de la silicosis, como ocurre en otras neumoconiosis (la asbestosis, por ejemplo), de la afectación presente en el momento del diagnóstico no cabe esperar mejoría alguna, sino, por el contrario, progresión de la enfermedad. En especial, si se mantiene la exposición al agente causante.

Es preciso, además, tener en cuenta que la aparición de la enfermedad puede dilatarse en el tiempo y manifestarse, sea clínica o subclínicamente, incluso años después de haber cesado la exposición y de extinguirse la relación laboral en el marco de la cual tuvo lugar la exposición. En estos casos, y considerado el antecedente de la exposición, el trabajador continúa teniendo derecho a la vigilancia de la salud en relación con el antecedente de exposición, si bien la extinción de la relación laboral determina la extinción deber del empresario de asumir la obligación de esta vigilancia¹¹, que

⁸ VV. AA. *Protocolo de vigilancia sanitaria específica. Silicosis*. Ministerio de Sanidad, 2020: pp. 20 - 23.

⁹ PARKER JE, WAGNER GR. *Silicosis*. En: Enciclopedia de salud y seguridad en el trabajo OIT. Volumen I, Capítulo 10 Aparato respiratorio: 48 - 52.
<https://www.insst.es/documents/94886/161958/Cap%C3%ADtulo+10.+Aparato+respiratorio>. Accedido 18/07/2022.

¹⁰ REDONDO MT, VAZ M, DAMAS C. *End-stage silicosis and lung transplantation: A way forward*. *Rev Port Pneumol*. 2014; 20 (6): 341.

Señalan los autores que la silicosis, a pesar de los esfuerzos en materia preventiva, continúa siendo una enfermedad profesional extendida a lo largo del mundo para la que no se dispone de un tratamiento que haya demostrado eficacia. Algunos pacientes, en fases muy avanzadas de la enfermedad, podrían beneficiarse del trasplante pulmonar.

¹¹ San Martín Mazzucconi C. *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 2004; 53: 181 - 202.

debe recaer en el Sistema Nacional de Salud, según se dispone en el art. 37. 3 e) del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención¹².

El vigente cuadro de EE. PP, aprobado por Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro¹³, recoge la silicosis como EP causada por inhalación de polvo de sílice en una serie de actividades:

Código EP	Trabajos expuestos a la inhalación de polvo de sílice libre, y especialmente
4A0101	Trabajos en minas, túneles, canteras, galerías, obras públicas.
4A0102	Tallado y pulido de rocas silíceas, trabajos de canterías.
4A0103	Trabajos en seco, de trituración, tamizado y manipulación de minerales o rocas.
4A0104	Fabricación de carborundo, vidrio, porcelana, loza y otros productos cerámicos, fabricación y conservación de los ladrillos refractarios a base de sílice.
4A0105	Fabricación y manutención de abrasivos y de polvos detergentes.
4A0106	Trabajos de desmoldeo, desbardado y desarenado en las fundiciones.
4A0107	Trabajos con muelas (pulido, afinado) que contengan sílice libre.
4A0108	Trabajos en chorro de arena y esmeril.
4A0109	Industria cerámica.
4A0110	Industria siderometalúrgica.
4A0111	Fabricación de refractarios.
4A0112	Fabricación de abrasivos.
4A0113	Industria del papel.
4A0114	Fabricación de pinturas, plásticos y gomas.

Tabla 1. Listado de trabajos expuestos al polvo de sílice según Anexo del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre.

En lo que se refiere a la terminología con la que describimos la afectación silicótica, si bien desde el punto de vista de la afectación clínica los términos correctos para referirnos a la repercusión funcional de la silicosis son los de silicosis simple y silicosis complicada que ya se han expuesto, desde el punto de vista de la calificación del impacto de la silicosis sobre la capacidad laboral del trabajador afectado es clásica en nuestro sistema jurídico la clasificación de la silicosis en grados, conforme a la Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social¹⁴.

¹² Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. BOE Núm. 27 (31/01/1997). El trabajador que haya tenido exposición laboral al polvo de sílice y haya finalizado la misma por cambio de ocupación, debe por tanto informar a su médico de tal antecedente para que, conforme al protocolo del SNS, se continúen los reconocimientos pertinentes.

¹³ Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. BOE Núm. 302 (19/12/2006).

¹⁴ Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social. BOE Núm. 110 (08/05/1969). El art. 45 de esta disposición reglamentaria establece un sistema particular de calificación de la IP para la silicosis. De esta forma, la silicosis queda clasificada en tres grados, sin que corresponda al primero de ellos (silicosis simple) grado alguno de incapacidad. No obstante, se asimila al segundo grado de silicosis la silicosis simple asociada con alguna de las afecciones listadas (bronconeumopatía crónica, esté o no acompañada de síndromes asmáticos, cardiopatía orgánica, aunque esté perfectamente compensada o un cuadro de tuberculosis sospechoso de actividad o lesiones residuales de esta etiología).

Se define la silicosis de segundo grado como aquella que inhabilita al trabajador para desempeñar las tareas fundamentales de su profesión habitual, y se equipara al grado de incapacidad total para la profesión habitual, si

En lo que a la cuestión de la silicosis en fases iniciales (silicosis simple) se refiere, ésta debe clasificarse, con arreglo a los criterios de la referida disposición, como silicosis de primer grado, salvo que se presente de forma comórbida (simultánea) con otras enfermedades que se listan en la Orden, en cuyo caso se asimilará esa silicosis simple a una silicosis de segundo grado. El grado de silicosis será el que determine si existe o no IP conforme a la referida Orden, de forma que, en el caso de la silicosis de primer grado no cabría calificar grado alguno de IP.

3. EL CONCEPTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE APLICADO A LA SILICOSIS DE PRIMER GRADO

La definición de la IP contributiva¹⁵ se establece en el art. 193 del vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social¹⁶ (TRLGSS – 2015) como la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

Nos encontramos aquí con varios conceptos que es necesario precisar. Así, en lo que a la silicosis de primer grado se refiere, podemos afirmar que, con respecto a estas exigencias legales:

- a) La situación debe constatarse tras haber estado sometido el trabajador al tratamiento prescrito. O, en otras palabras, tras haberse agotado las medidas terapéuticas. Esta exigencia debe contextualizarse en el marco de la relación de la IP con la incapacidad temporal (IT), ya que, necesariamente, tras agotarse la duración máxima prevista para la IT, la situación del trabajador debe determinarse en el seno de un expediente abierto para determinar si concurre o no una situación de IP¹⁷. Dado que la silicosis es una enfermedad irreversible, una vez que se constata su presencia deben considerarse agotadas todas las posibilidades terapéuticas en lo que a recuperación se refiere. No se dispone, en este momento, de tratamiento que pueda revertir las lesiones o impedir su progresión.
- b) Deben existir reducciones anatómicas o funcionales graves que disminuyan o anulen su capacidad laboral¹⁸. La disminución de la capacidad laboral del trabajador afectado por

bien, como excepción al régimen de protección de la situación de IP en grado de total que se configuraba en la LGSS – 1966, el trabajador declarado silicótico de segundo grado tendrá derecho, cualquiera que fuese su edad, a pensión vitalicia. La silicosis de segundo grado se considerará de tercer grado mientras se presente, de forma simultánea, con una tuberculosis activa.

Y silicosis de tercer grado sería aquella en la que enfermedad se manifiesta al menor esfuerzo físico y resulta, por tanto, incompatible con todo trabajo, considerándose la situación constitutiva de incapacidad permanente en el grado de absoluta para todo trabajo.

Un mayor detalle en relación con la graduación del segundo y tercer grado de silicosis a partir de los distintos hallazgos clínicos (que queda fuera del ámbito del presente trabajo, pero que es conveniente citar) puede encontrarse en: CALLEJAS BERDONES M.J. *Valoración de la incapacidad laboral en neumología: neumoconiosis*. En *VV. AA. Guía de valoración del menoscabo permanente*, tercera edición. Instituto de Salud Carlos III. Madrid, 2002: 97 – 108.

¹⁵ Que es la que nos interesa a efectos de este trabajo; para las precisiones sobre la invalidez no contributiva, debe el lector consultar los arts. 363 y ss. del TRLGSS – 2015. No cabe, por lo demás, una invalidez no contributiva en el ámbito de las contingencias profesionales, entre las que se encuentra la silicosis como enfermedad profesional.

¹⁶ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE Núm. 261 (31/10/2015).

¹⁷ Aunque no es el caso para el tema que nos ocupa, la silicosis, que como se ha dicho es irreversible y por el momento carece de tratamiento eficaz, también puede calificarse una IP si la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral se estima médicamente como incierta o a largo plazo, según el mismo art. 193 TRLGSS – 2015.

¹⁸ Por “reducción anatómica” debemos entender la amputación de un miembro o parte de este o la extracción de un órgano, mientras que la “reducción funcional” implica la pérdida de la funcionalidad de una parte del cuerpo. Para que sean relevantes a los efectos de la IP, estas pérdidas o reducciones deben afectar a la capacidad del individuo, tal y como se describe en STSJ AR 170/2014 de veintiséis de marzo (ECLI:ES:TSJAR:2014:170), STSJ AS 687/2022 de ocho de marzo (ECLI:ES:TSJAS:2022:687), STSJ GAL 1268/2021, de veinticinco de febrero

una silicosis de primer grado vendrá dada, tal y como se examina a continuación, por la indicación médica de evitar la exposición al polvo de sílice.

- c) Susceptibles de determinación objetiva¹⁹. Los actuales medios de diagnóstico no dejan lugar a dudas sobre la existencia de la enfermedad ante la afectación radiológica característica y el antecedente de exposición al polvo de sílice.

La valoración médica de la incapacidad permanente que pudiese concurrir en un trabajador debe realizarse pues desde el punto de partida del análisis de la situación clínica del mismo a la luz de la norma descrita, cuestión ésta que, desde el punto de vista médico, debe contemplar la determinación de dos elementos diferenciados: la existencia de limitaciones y, por otra parte, de restricciones.

La presencia de una alteración psicofísica puede tener repercusión sobre la capacidad funcional de un trabajador, impacto funcional que habitualmente englobamos bajo el concepto de limitaciones. Nos referimos con ello a aquellas tareas que el trabajador no puede hacer o, al menos, no puede hacer con los requerimientos que le son exigibles a la actividad laboral en cuanto a rentabilidad de esta²⁰.

Pero, además, la actividad laboral, como otro elemento más de la vida cotidiana, puede tener su impacto sobre la salud, aspecto éste que, en el contexto de un determinado trastorno, nos obliga a considerar además las restricciones que se han de imponer al trabajador, entendidas éstas como aquellas tareas que “el trabajador no debe hacer”, aunque tenga capacidad funcional para hacerlo, para evitar que se agrave o desestabilice la situación clínica que le afecta al conllevar esa tarea la exposición a un determinado riesgo que se constituye atendido su estado de salud. Se trata pues de un riesgo particular, subjetivo, predicable en relación al concreto trabajador y más allá del riesgo genérico que todo trabajo puede implicar para el trabajador que lo desempeña.

(ECLI:ES:TSJGAL:2021:1268) o STSJ M 12007/2020, de veintiocho de septiembre (ECLI:ES:TSJM:2020:12007), entre muchas.

Por otra parte, la “gravedad” debe considerarse desde la perspectiva “de su incidencia laboral, hasta el punto de que disminuyan o anulen su capacidad laboral en una escala gradual que va desde el mínimo de un 33% de disminución en su rendimiento para la profesión habitual (sustrato de la incapacidad permanente parcial) a la que impide la realización de todas o las fundamentales tareas de la misma (constituyendo la definición de incapacidad permanente total) hasta la abolición del rendimiento normal para cualquier profesión u oficio que el mercado laboral pudiera ofrecer (incapacidad permanente absoluta)”, como se revisa en la STSJ EXT 523/2014 de veinticinco de marzo (ECLI:ES:TSJEXT:2014:523), STSJ CAT 4505/2022, de seis de octubre (ECLI:ES:TSJCAT:2022:4505) o en STSJ M 6558/2022, de diecinueve de mayo (ECLI:ES:TSJM:2022:6558), que cita la abundante doctrina que, sobre el alcance de la expresión, se tiene ya sentada en suplicación por diversos tribunales superiores de justicia.

¹⁹ La determinación del alcance de la expresión legal debe provenir de los medios que la ciencia médica aporta al diagnóstico, de forma que será la existencia de este diagnóstico la que aporte la “determinación objetiva” exigida en la ley. Es necesario pues que estas reducciones anatómicas y funcionales se puedan constatar médicamente de forma indudable, y que no se basen en la mera manifestación subjetiva del interesado: STSJ EXT 1276/2013 de nueve de julio (ECLI:ES:TSJEXT:2013:1276), STSJ EXT 523/2014 de veinticinco de marzo (ECLI:ES:TSJEXT:2014:523) o STSJ GAL 4191/2022, de catorce de junio (ECLI:ES:TSJGAL:2022:4191). El diagnóstico, por otra parte, debe efectuarse con arreglo a los criterios comúnmente aceptados de la ciencia médica, según STSJ M 7090/2022, de diez de junio (ECLI:ES:TSJM:2022:7090) o STSJ CL 2373/2022, de quince de junio (ECLI:ES:TSJCL:2022:2373).

A este respecto, resulta pues exigible que el diagnóstico sea producto de la elaboración intelectual de la situación del trabajador en relación con los conocimientos de la ciencia médica, siendo así que la emisión de tal diagnóstico es competencia exclusiva de quien está legalmente habilitado para emitirlo, y resultando el diagnóstico el producto de un proceder con arreglo a la “*lex artis ad hoc*”.

²⁰ La realización de una actividad laboral implica no sólo disponibilidad para efectuar cualquier faena, tarea o quehacer, sino la de llevarlo a cabo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia; y la necesidad de consumarlo en régimen de dependencia de un empresario durante la jornada laboral, sujetándose a un horario, actuando consecuentemente con las exigencias, de amplio espectro, que comporta la integración en una empresa, dentro de un orden preestablecido y en interrelación con los quehaceres de otros compañeros. En este sentido se pronuncian, entre otras muchas hasta nuestros días, STS 2676/1986, de veintidós de mayo (ECLI:ES:TS:1986:2676), STS 13053/1986, de veinticuatro de mayo (ECLI:ES:TS:1986:13053) o STS 14327/1987, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:1987:14327).

Por lo tanto, la capacidad laboral de un trabajador afectado por una enfermedad o los efectos de un accidente debe analizarse desde la conjunción de estos dos elementos: por un lado, las limitaciones (cosas que “no es capaz de hacer” con la necesaria eficacia) y, por el otro, de las restricciones (“lo que el trabajador no debe hacer para evitar que se precipite un empeoramiento de la situación clínica”).

A pesar de esta distinción, “académica” si se quiere emplear el término (lo habitual, si bien no lo más correcto, es englobar limitaciones y restricciones bajo el término genérico de “limitaciones”), lo cierto es que existe una íntima conexión entre limitaciones y restricciones, de forma que las restricciones que concurren en un trabajador pueden constituir un aspecto relevante en lo que se refiere a la determinación de su capacidad funcional²¹. Así, si las restricciones exigen unas condiciones de trabajo adaptadas con tal intensidad en la adaptación que llega a afectarse lo que podría considerarse el “núcleo” de la actividad laboral (lo esencial para lo que se ha incluido a ese trabajador en el trabajo), se llega evidentemente a la no rentabilidad de la actividad y, por esta vía, a la situación de discapacidad laboral protegida²².

Para poder determinar la capacidad funcional del trabajador, el médico debe valorar tanto las limitaciones como las restricciones que se objetivan en cada caso a partir del examen clínico del trabajador, el estudio de su historia clínica y los resultados de los estudios efectuados, debiéndose evitar que la evaluación descansa sólo en la percepción subjetiva del trabajador examinado²³.

En lo que se refiere a las restricciones, cierto es que tales tareas contraindicadas podrán, en algunos casos, ser tratadas mediante la adaptación del puesto de trabajo, de forma que esas concretas tareas no sean llevadas a cabo por el trabajador que las tiene contraindicadas. El problema para la adaptación del puesto surge cuando esas tareas a evitar son las fundamentales inherentes a la profesión del trabajador y la adaptación necesaria para evitar o controlar el riesgo es de tal intensidad que la naturaleza del “nuevo trabajo” desnaturaliza radicalmente el mismo para dar lugar a otro trabajo radicalmente distinto²⁴.

Esta definición legal de incapacidad permanente que se ha expuesto incide en la necesidad de que se pueda constatar una disminución de la capacidad funcional que tenga trascendencia

²¹ BATTISTA ME. *Assessing Work Capacity*. Journal of Insurance Medicine 1988; 20 (3): 16 – 22.

²² El hecho de que las restricciones que derivan de una determinada condición clínica puedan conducir a una incapacidad permanente no es extraño en la práctica diaria ni es privativo, desde luego, de la silicosis. Situaciones semejantes se producen, por ejemplo, en relación con las hernias abdominales multioperadas y recidivadas para profesiones que requieran aumento de la presión abdominal o realizar esfuerzos físicos importantes, tal y como se señala en FERNÁNDEZ GARCÍA A, GARCÍA GONZÁLEZ A, LOBATO CAÑÓN, JR, RODRÍGUEZ CAMACHO C, RODRÍGUEZ GALLEGO B. *Patologías del tubo digestivo, hígado, páncreas y pared abdominal* en Guía de valoración de incapacidad laboral para médicos de atención primaria. Instituto de Salud Carlos III. Madrid 2009. La existencia de tal hernia no supone que el trabajador no tenga capacidad para realizar esfuerzos, pero sí existe una contraindicación para la realización de estos, ya que se propiciaría la recidiva de la hernia. Y así se acoge, por ejemplo, en STSJ PV 3926/1999, de trece de octubre (ECLI:ES:TSJPV:1999:3926) : “...la debilidad abdominal derivada de las reiteradas operaciones de hernia inguinal desaconseja de forma absoluta la realización de trabajos que exijan esfuerzos, como se ha entendido en vía administrativa”.

²³ ALVINO EC, AHMAD TM. *How to Determine Whether Our Patients Can Function in the Workplace: A Missed Opportunity in Medical Training Programs*. Perm J. 2019; 23: 18-259.

²⁴ Acaso un ejemplo pueda ilustrar el concepto de restricción y su relación con el puesto de trabajo y su eventual adaptación. Así, en el caso de un trabajador de la construcción que presente una afectación de la piel causada por el contacto con el cemento es evidente la restricción de no exponerse a ese elemento. Si pretendiésemos adaptar el puesto de trabajo de nuestro albañil podríamos hacerlo: bastaría con que realizase su actividad laboral sin exponerse al cemento. No podría por tanto manipular cemento, pero tampoco permanecer en un medio laboral en el que estuviese presente este elemento. Cabría ahora preguntarse si existe el albañil que no pueda exponerse al cemento (sin dejar de ser albañil, claro). El resultado de una adaptación de puesto de trabajo de esta entidad llevaría a que, efectivamente, el trabajador habría dejado de trabajar como albañil. Podría desempeñar, cierto es, otro tipo de tareas, pero desde luego, dentro de esas tareas sería difícilmente reconocible la figura del “albañil”. Podría llevarse además la cuestión a los términos de “rentabilidad” de la actividad laboral: ¿cuán rentable sería, como albañil, un trabajador que no puede exponerse al cemento?

laboral, exigencia tiene una doble vertiente: una, la determinación médica de la situación funcional del trabajador, y otra que vendrá condicionada por la concreta actividad en relación con la cual se haya de determinar la existencia de esa incapacidad. Desde la perspectiva médica es evidente que las restricciones implican una clara indicación de no mantener la actividad laboral en unas determinadas condiciones de exposición a ciertos factores de riesgo. En lo que se refiere a las restricciones, puede no existir una disminución de la capacidad funcional que se derive de la situación médica del trabajador, pero sí una indicación de no mantener esa exposición al riesgo para evitar un empeoramiento de esa situación clínica del trabajador. La pregunta surge de inmediato: agotadas las posibilidades de adaptación del puesto de trabajo, una restricción, ¿puede, “*per se*”, ser causa de una incapacidad permanente?

En el caso de una EP, en la que la causa de la enfermedad se encuentra en la misma realización del trabajo, encontramos la situación paradigmática a la que pretendemos dar respuesta. Es inevitable acudir, acaso brevemente, a la figura jurídica del periodo de observación por EP, en el que no es la existencia de incapacidad, sino la necesidad de mantener al trabajador apartado del agente causante que se encuentra en el medio laboral, la que conduce a indicar médicamente la separación del puesto de trabajo, considerándose esta situación como si de una incapacidad temporal se tratase²⁵. Esta situación, no obstante, tiene una duración limitada en el tiempo (seis meses prorrogables por otros seis), transcurrido el cual se debe iniciar la situación de incapacidad temporal. Los periodos de observación y de incapacidad temporal deben permitir el diagnóstico y el tratamiento del proceso, pero ¿qué ocurrirá si, agotadas las posibilidades terapéuticas, y aunque no se ponga de manifiesto menoscabo funcional, persiste la restricción en lo que a la exposición al riesgo se refiere?

En esta situación, la disminución de la capacidad funcional no deriva de la enfermedad y su repercusión funcional por la intensidad de la afectación orgánica, sino de la indicación médica de evitar la exposición al riesgo que se encuentra asociado al medio laboral, indicación médica que supone que, aunque se tenga la teórica capacidad, ésta no puede desarrollarse a causa del tratamiento prescrito, que conlleva evitar la exposición al agente causante de la enfermedad.

Esta consideración del riesgo propio del trabajador expuesto en su trabajo a unas condiciones desfavorables para la evolución de su estado de salud fue analizada en la STS 6538/1996, de veintinueve de noviembre (ECLI:ES:TS:1996:6538): la existencia de incompatibilidad específica con el medio de trabajo en el que se ha de estar presente para el desarrollo de la actividad profesional constituye una circunstancia que ha de valorarse a la hora de considerar la existencia de incapacidad.

La doctrina de los tribunales superiores de justicia ha asumido este planteamiento, y entiende que el desarrollo de una actividad laboral no debe implicar riesgo físico para el trabajador (o, incluso, para otros). Así se pronuncian, sin ánimo de exhaustividad, STSJ PV 838/2022, de veinticuatro de marzo (ECLI:ES:TSJPV:2022:838), STSJ CL 2260/2022, de treinta de mayo (ECLI:ES:TSJCL:2022:2260), STSJ NA 233/2022, de treinta y uno de marzo (ECLI:ES:TSJNA:2022:233), que reitera posiciones muy asentadas sobre la cuestión, que ya se citaban, por ejemplo, en STSJ EXT 2261/2002, de diecisiete de octubre (ECLI:ES:TSJEXT:2002:2261), entre otras muchas. La existencia, por tanto, de restricciones, siempre que éstas no puedan ser tratadas y afecten al núcleo de la actividad laboral que se examina²⁶, debe considerarse incluida en la situación protegida por la IP, pudiendo ser causa, en función de la intensidad de las restricciones en relación con la profesión u oficio considerado, de una IP en los grados de parcial o total.

²⁵ El art. 169 del TRLGSS – 2015 establece que tendrán la consideración de incapacidad temporal los periodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

²⁶ De lo contrario, si no afectase a las tareas fundamentales, serían objeto de adaptación del puesto de trabajo.

Sobre las dos soluciones opuestas ante la presencia de un riesgo específico en el medio laboral, cambio de puesto de trabajo o calificación de una IP en el grado de total, se pronuncia la STS 4955/1994, de veintisiete de junio (ECLI:ES:TS:1994:4955): cuando la EP padecida presenta carácter irreversible, inhabilitando permanentemente para el desempeño de cualquier puesto de trabajo para la categoría profesional ostentada por el trabajador, resulta evidente que procede el reconocimiento de la incapacidad permanente total y el abono de la pensión correspondiente (FD Segundo)²⁷. La doctrina sentada sobre esta cuestión ha sido reiterada en STS 8763/1994, de veintidós de diciembre (ECLI:ES:TS:1994:8763), según la cual, la Orden de 9 de mayo de 1962 condiciona su mandato a que el referido mal profesional sólo inhabilite para el desempeño de ciertos puestos de trabajo que por las circunstancias que les son propias perjudiquen la enfermedad, lo cual denotaría que pueden existir otros puestos, correspondientes a la categoría profesional del trabajador, cuyo eventual desempeño no generaría las indicadas consecuencias. Pero cuando la EP padecida presente carácter irreversible, inhabilitando permanentemente para el desempeño de cualquier puesto de trabajo para la categoría profesional ostentada por el trabajador (y una vez se han agotado las posibilidades de adaptación del puesto de trabajo), resulta evidente que procede el reconocimiento de la incapacidad permanente total. Esta doctrina ha venido siendo seguida sin fisuras por los tribunales superiores de justicia, y así, por ejemplo, se reitera en STSJ M 2267/2003, de trece de febrero (ECLI:ES:TSJM:2003:2267).

Asumido pues que el riesgo del trabajador manteniendo una exposición al polvo de sílice puede implicar la calificación de IP en el grado de total cuando el trabajador queda inhabilitado para el desempeño de cualquier puesto de trabajo de su categoría profesional, habría que determinar qué profesiones implican tareas esenciales que conllevan la exposición al polvo de sílice.

Sin ánimo de exhaustividad, y siguiendo la Guía de valoración profesional elaborada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social²⁸, podríamos decir que determinadas ocupaciones son difícilmente compatibles con un desempeño laboral con criterios de rentabilidad en puestos exentos de riesgo de exposición al polvo de sílice, ya que realizan maniobras de cortado y preparación de piedra en las que cabe esperar se desprenda polvo mineral que puede contener sílice²⁹, y así encontramos:

- Código CNO11: 8111. Mineros y otros operadores en instalaciones mineras. Manejan instalaciones, máquinas y herramientas manuales para extraer rocas, minerales y depósitos no metálicos de minas y canteras.
- Código CNO 11: 8112. Operadores en instalaciones para la preparación de minerales y rocas. Accionan y vigilan máquinas y equipos de tratamiento de minerales y rocas para obtener productos refinados para su uso inmediato o para posterior tratamiento.

²⁷ Aquí los términos categoría profesional y puesto de trabajo pueden inducir a error. La LGSS se mueve en el concepto de profesión habitual. Es más; hay unas reglas para determinar la concreta actividad a la que hay que referirse para concluir si existe o no IP. Lo cierto es que, dentro de una misma profesión, pueden ejercerse varios puestos de trabajo, y que, si la incompatibilidad no es con la profesión, sino con un puesto concreto, cabe la adaptación de las condiciones del puesto y no procedería la calificación de IP. El problema surge cuando la intensidad de las adaptaciones necesarias alcanza las tareas esenciales de la profesión: un albañil que no puede exponerse al cemento, un cantero que no puede exponerse al polvo de sílice. En ese caso, la aplicación (obligatoria) de las medidas de prevención conllevaría una automática pérdida de rentabilidad de la actividad laboral considerada, incurriéndose de lleno en el concepto de incapacidad permanente.

²⁸ VV. AA. Guía de Valoración Profesional. Tercera Edición. Instituto Nacional de la Seguridad Social. Madrid, 2014. Disponible en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/661ab039-b938-4e50-8639-49925df2e6bf/GUIA_VALORACION_PROFESIONAL_2014_reduc.pdf?MOD=AJPERES&CVID=. Accedido 18/07/2022.

²⁹ Téngase presente que, para que estemos ante una enfermedad profesional, debe demostrarse la presencia del agente causante en el trabajo. Ya se ha señalado que, pese a que se respeten los niveles máximos recogidos en la norma en cuanto a concentración de sílice en el aire, no es descartable que pueda aparecer la enfermedad.

- Código CNO 11: 8114. Operadores de maquinaria para fabricar productos derivados de minerales no metálicos. Accionan y vigilan máquinas para fabricar y acabar diversos prefabricados de hormigón o piedra, incluida la piedra artificial, para la industria de la construcción.

Como se ha dicho, consideradas estas funciones (más ampliamente descritas en el texto citado como referencia), parece difícil que, dentro de estas ocupaciones (categorías profesionales en la nomenclatura de la orden de 1969)³⁰ pueda encontrarse un puesto en el que no se produzca exposición al polvo de sílice. Se trataría de categorías profesionales en las que la exposición a la sílice es parte inherente a las tareas esenciales que se han de desarrollar, y por tanto, conforme a la conceptualización actual de la IP, no podría desarrollarse esa actividad laboral con criterios de rentabilidad económica³¹.

Esta Guía de valoración profesional, como instrumento técnico (que no jurídico), que recoge para cada ocupación su código CNO - 2011 (Clasificación Nacional de Ocupaciones versión 2011) y una descripción de las competencias y tareas inherentes a la misma, puede ser de ayuda a la hora de dotar de significado, en cada caso concreto, al concepto jurídico indeterminado de “profesión habitual”, concepto que, hoy por hoy, continúa precisando de interpretación³².

³⁰ Los conceptos de profesión habitual, grupo profesional y categoría profesional pueden inducir a error a la hora de tratar de armonizar conceptos procedentes del Estatuto de los trabajadores y la normativa laboral en general con los conceptos al uso en el ámbito de la Seguridad Social. La determinación de los límites de estos conceptos se aborda en STS 1207/2005, de dieciocho de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:1207), que sitúa el centro del litigio en decidir si la incapacidad para la profesión recogida en la Ley General de la Seguridad Social ha de estar referida a la categoría profesional o, por el contrario, ha de referirse al Grupo Profesional.

Para ello, la Sala parte de que la prestación que se lucra en concepto de incapacidad permanente en el grado de total tiene por finalidad sustituir las rentas del trabajo a las que el trabajador no puede acceder como consecuencia de las limitaciones funcionales derivadas del cuadro clínico residual. El concepto del grupo profesional se define en el art. 22.2 del Estatuto de los Trabajadores: “el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales”. Se encontraba entonces en vigor el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. La alusión del Estatuto de los Trabajadores al término “categoría profesional” desaparece con el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que, según explica en su exposición de motivos, pasa a configurar el sistema de clasificación profesional sobre el concepto de grupo profesional como única referencia, con el objetivo, continúa la exposición de motivos, de sortear la rigidez de la noción de categoría profesional y hacer de la movilidad funcional ordinaria un mecanismo de adaptación más viable y eficaz. Y si bien el concepto de categoría profesional no existe ya en sistema de clasificación, sí resulta adecuado considerar que, como continúa la Sala, el grupo puede incluir diversas profesiones.

Por otra parte, la profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador esté cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional. Además, la profesión habitual permite su ejercicio en empleos o puestos distintos, pero propios del mismo grupo profesional, en el sentido que lo define el art. 22.2. del Estatuto de los Trabajadores. Así se reitera, entre otras, en STS 2631/2005 de veintisiete de abril (ECLI:ES:TS:2005:2631) o en STS 1119/2020, de once de marzo (ECLI:ES:TS:2020:1119).

La desaparición del concepto de categoría profesional (procedente del texto del Estatuto de los Trabajadores aunque en este momento ya no exista merced a la modificación del texto ya referida), que parece sin duda que es el que más se asemejaría al de profesión habitual (en los términos de la Ley General de la Seguridad Social), no implica sin embargo que pueda aceptarse que el concepto de profesión habitual equivalga al de grupo profesional a los efectos de la declaración de incapacidad. Esta asimilación podría conducir al absurdo de denegar la prestación a quién no quedando capacitado para una tarea propia de profesión que requiere una formación específica, pudiera seguir siendo apto para cumplir las necesidades ergonómicas de una actividad por completo diferente de la suya y para la que no tuviera la formación profesional necesaria, tal y como se pronuncia la STS 1207/2005, de veintiocho de febrero (ECLI:ES:TS:2005:1207).

³¹ Al igual que es muy difícil aceptar que un albañil puede desarrollar su actividad, con criterios de rentabilidad económica, sin exponerse al cemento, parece igualmente difícil concebir ocupaciones en las cuales la piedra se corta y se pule sin que en estas maniobras se produzca polvo mineral.

³² RIVAS VALLEJO P. *El dudoso concepto de la profesión habitual y la extinción del contrato por incapacidad permanente total cuando se adaptaron previamente las condiciones de trabajo*. Revista de jurisprudencia laboral

4. REGULACIÓN REGLAMENTARIA DE LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL

Las Órdenes Ministeriales de 9 de mayo de 1962, por la que se aprueba el reglamento del decreto 792/ 1961, 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales y la obra de grandes inválidos, huérfanos de fallecidos por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y la de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el régimen general de la seguridad social, han servido en ocasiones como fundamento jurídico para, pese a lo expuesto, oponerse al reconocimiento de prestaciones por incapacidad permanente ante casos de silicosis de primer grado. Sin que se haya producido una derogación expresa de las mismas, estas normas han de contextualizarse, desde luego, considerando su rango reglamentario desde los principios de jerarquía normativa y especialidad

Los artículos 45 y ss. de la Orden de 9 de mayo de 1962, por la que se aprueba el Reglamento del Decreto 792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales y la Obra de Grandes Inválidos, Huérfanos de fallecidos por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales³³ establecen el régimen jurídico del diagnóstico y calificación de las EE. PP. En esencia, se dispone que:

- a) *En los casos en que como consecuencia de los reconocimientos médicos se descubra algún síntoma de enfermedad profesional que no constituya incapacidad temporal, pero cuya progresión sea posible evitar mediante el traslado del obrero a otro puesto de trabajo exento de riesgo. se llevará a cabo dicho traslado dentro de la misma empresa. Específicamente el primer grado médico de silicosis estará, incluido en esta situación.*
- b) *Como excepción a lo anterior, cuando no fuera posible el traslado a juicio de la empresa, previa conformidad de la Inspección de Trabajo será el trabajador dado de baja en aquélla e inscrito con “derecho preferente para ser empleado” por la oficina de colocación. Mientras no sea ocupado, percibirá, con cargo a la empresa, un subsidio equivalente al salario íntegro durante un periodo de doce meses. Si transcurrido este plazo subsistiera el desempleo, el trabajador percibirá con cargo a la Entidad Gestora (el Fondo compensador) el indicado subsidio durante seis meses más.*

Trasladadas estas prescripciones a nuestro vigente ordenamiento jurídico, estaríamos, respectivamente:

- a) Ante el supuesto previstos en el art. 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL)³⁴, que dispone que los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa, ponerse en situación de peligro.
- b) Ante un supuesto de ineptitud sobrevenida (siempre y cuando no sea posible la adopción de medidas técnicas u organizativas que permitan mantener la aptitud del trabajador)

2020; 10. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000001120. Accedido 27/07/2022.

³³ Orden 9 de mayo de 1962, por la que se aprueba el Reglamento del Decreto 792/ 1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales y la Obra de Grandes Inválidos, Huérfanos de fallecidos por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales. BOE Núm. 128 (29/05/1962).

³⁴ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. BOE Núm. 269 (10/11/1995).

de los previstos en el art. 52 del Estatuto de los trabajadores (ET)³⁵ y que constituyen causa de extinción del contrato por causas objetivas para el que se prevé un régimen específico de protección. Así lo entiende la STSJ PV 2468/1999, de dieciocho de mayo (ECLI:ES:TSJPV:1999:2468) en su FD Primero, que considera derogada la norma reglamentaria en aplicación de la disposición derogatoria genérica del ET, en virtud de la cual quedarían derogadas cuantas disposiciones se opusieran a lo dispuesto en el ET.

La aplicabilidad de la Orden de 9 de mayo de 1962 en nuestros días debería analizarse desde la perspectiva de que, con posterioridad a la misma, se promulga la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963³⁶, que es la norma que configura el sistema de graduación de la IP que, con ciertas modificaciones, algunas de ellas de gran calado, ha llegado hasta nuestros días a través del TRLGSS – 2015. La STSJ M 14061/1998, de catorce de diciembre (ECLI:ES:TSJM:1998:14061), tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la vigencia de esta disposición reglamentaria en lo atinente a las EE. PP, calificándola como claramente anacrónica: alude a una Oficina de Colocación y a un Fondo Compensador en la actualidad inexistentes, resultando del texto reglamentario una peor condición de los inválidos permanentes totales en aquellos casos en que la contingencia causante sea la EP y no la enfermedad común, ya que para estos últimos sería posible la calificación de una IP en el grado de total, mientras que para los afectados por una EP esta opción de IP estaría vedada. Quedaría infringido, continúa la sentencia, el art. 9 de la CE³⁷, ya que la norma reglamentaria, en cuanto tal, sólo podría aplicarse a efectos de mejorar el régimen general que respecto de la incapacidad permanente prevé la LGSS, pero no en tanto en cuanto empeora la situación que, con carácter general, se regula en la referida LGSS (FD Cuarto)³⁸. Sobre las consecuencias discriminatorias que acarrea la aplicación

³⁵ Texto Refundido del Estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. BOE Núm. 255 (24/10/2015).

El contrato podrá extinguirse por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. Por lo reciente del pronunciamiento del TS sobre la cuestión, es relevante traer aquí la STS 1015/2022, de veintitrés de febrero (ECLI:ES:TS:2022:1015). Analiza la Sala el caso de un trabajador al que la empresa extingue el contrato de trabajo al amparo del art. 52 del ET por ineptitud sobrevenida, basándose la decisión extintiva en el informe del servicio de prevención, que concluía una calificación de “no apto”. Concluye el TS que este informe no es suficiente, sobre todo cuando el INSS ha denegado la IP por no alcanzar grado de IP. Insiste el TS en la necesidad de que el informe en el que se haya de fundamentar la decisión extintiva detalle las limitaciones funcionales del trabajador y de qué modo le impiden el desempeño de sus funciones.

³⁶ Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. BOE» Núm. 312 (30/12/1963).

³⁷ El art. 9 garantiza los principios de legalidad y de jerarquía normativa.

³⁸ La disposición reglamentaria, de hecho, mejoraba la protección que la LGSS – 1966 dispensaba para la IP en el grado de total para la profesión habitual, protección que se regulaba como sigue:

Art. 136. Prestaciones.

1. En caso de incapacidad permanente, parcial o total, los trabajadores tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

a) Prestaciones recuperadoras consistentes en tratamientos de recuperación fisiológica y cursos de formación profesional, siempre que unos y otros fuesen necesarios para su readaptación y rehabilitación, con obligación de someterse a los mismos. Si los incapacitados se negaran al tratamiento prescrito se estará a lo dispuesto en el artículo 102.

b) Subsidios de espera, mientras el trabajador no sea llamado a los tratamientos o procesos de readaptación y rehabilitación, sin que puedan percibirse durante más de doce meses, dentro de los cuales deberá producirse el llamamiento, y subsidios de asistencia durante dichos tratamientos o procesos.

c) Concluida la readaptación profesional, de no encontrar empleo, se les aplicarán las normas de desempleo establecidas en el Capítulo X del presente Título.

d) Entrega de una cantidad a tanto alzado, en vista del resultado de su readaptación y rehabilitación.

2. El trabajador que sea declarado con una incapacidad permanente total para su profesión habitual, que le haya sobrevenido después de cumplir la edad de cuarenta y cinco años, podrá optar entre someterse a los procesos de readaptación y rehabilitación posibles en la forma y condiciones previstas en el número anterior, o que le sea reconocido el derecho a una pensión vitalicia de cuantía proporcional a la base de cotización. No obstante, si el trabajador tuviese sesenta o más años en la fecha indicada el derecho de opción se entenderá ejercitado a favor de la pensión vitalicia.

de la Orden de 1962 para los trabajadores afectados por una EP se pronuncia también la STSJ CANT 1020/2002, de veintiuno de mayo (ECLI:ES:TSJCANT:2002:1020), que califica además a la precitada Orden como “sospechosa” de incurrir en “*ultra vires*”³⁹.

La Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social⁴⁰ establece, de acuerdo con la LGSS – 1966, el sistema de graduación de la IP y las prestaciones asociadas a cada uno de ellos (arts. 11 al 18), imponiendo, además, unas normas particulares para la calificación de la silicosis (art. 45), normas en virtud de las cuales, el primer grado de silicosis, que comprenderá los casos de silicosis definida y típica que no origine por sí misma disminución alguna en la capacidad para el trabajo, no tendrá la consideración de situación constitutiva de invalidez. De acuerdo con las consideraciones médicas de la silicosis de primer grado que se han descrito, existe una clara indicación para que el trabajador afectado no se exponga al polvo de sílice, por lo que, de acuerdo con lo previsto en la Orden de 1962, el diagnóstico de una silicosis de primer grado debería llevar a la aplicación de lo previsto en los ya comentados arts. 45 y ss. de la Orden de 9 de mayo de 1962, si bien el resultado de la interacción entre ambas normas debe quedar en entredicho tras el análisis efectuado en relación a la primera de ellas.

Con arreglo a lo que se ha expuesto, existe, en el caso de la silicosis de primer grado, una evidente tensión entre las soluciones que derivan de la interpretación sistemática de las dos órdenes ministeriales, la de 1962 y 1969, y la que resulta de considerar aquellas profesiones en las que el la exposición al polvo de sílice es consustancial (se asocia inescindiblemente a las tareas esenciales de la profesión), y en la que la silicosis de primer grado debe conducir a la calificación de IP en grado de total.

Conscientes de esta contradicción, y en el contexto actual ya descrito de reemergencia de la silicosis como EP, se ha llegado a plantear, en el ámbito político de decisión, cual es la solución más correcta. En este sentido, el Bloque Nacionalista Galego (BNG) presentó en 2020 una pregunta escrita al Gobierno⁴¹ en relación con la intención del Gobierno de reconocer a la silicosis de primer grado como causa de IP en el grado de total, pregunta que fue contestada por el Gobierno⁴² acudiendo a las pautas interpretativas que viene aplicando el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)⁴³

Pero tal “mejora” vía reglamentaria desaparece con la LGSS – 1974, en el que la IP en grado de total se protege mediante pensión cuando se verifica una situación tal que inhabilita para las tareas esenciales de la profesión.

³⁹ Es preciso tener en cuenta que la Orden se publica bajo la vigencia de la LGSS – 1966, y que las posteriores leyes de Seguridad Social (1974, 1994 y 2015) incluyen un régimen sustancialmente distinto para la IP en grado de total en lo que a intensidad de la protección se refiere. La norma reglamentaria quedaría pues, de forma sobrevenida, regulando una cuestión de forma distinta a como lo hace la Ley, y ello, como se ha dicho, con empeoramiento de la intensidad de la protección que se dispensa a la enfermedad profesional en relación a la común.

⁴⁰ Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social. BOE Núm. 110 (08/05/1969).

⁴¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 176, de 11/11/2020. Disponible en https://www.congreso.es/entradap/114p/e6/e_0067526_n_000.pdf; accedido 18/07/2022.

⁴² Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 194, de 15/12/2020. Disponible en https://www.congreso.es/entradap/114p/e7/e_0074763_n_000.pdf; accedido 18/07/2022.

⁴³ El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) es la Entidad Gestora de las prestaciones económicas de la Seguridad Social (con excepción de aquellas cuya gestión esté atribuida al Instituto de Mayores y Servicios Sociales o Servicios competentes de las comunidades autónomas), según establece el art. 1 del Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre, de estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de modificación parcial de la Tesorería General de la Seguridad Social (BOE núm. 3, de 03/01/1997). En virtud de su condición de Entidad Gestora, le corresponde el reconocimiento y control del derecho a las prestaciones por incapacidad permanente. En el ámbito de las contingencias profesionales, y si bien seguramente la situación más común es que éstas se aseguren con una Mutua Colaboradora con la Seguridad Social (o incluso que la propia empresa se constituya como autoaseguradora bajo la figura de la empresa colaboradora), lo cierto es que también puede el INSS actuar como aseguradora de las contingencias profesionales en el caso de los trabajadores por cuenta ajena cuando opta por ello el empleador.

mediante el Criterio de Gestión 36/2015, de 27 de noviembre de 2015, que, de acuerdo con la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, suponen que cuando no exista en la empresa puesto de la categoría profesional del trabajador exento de riesgo de EP y esa circunstancia quede constatada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), el INSS podrá considerar que el trabajador está inhabilitado para el desempeño de su profesión habitual y, en consecuencia, proceder al reconocimiento de una incapacidad permanente total⁴⁴.

A la vista de que excluir la calificación de una IP en grado de total para la silicosis de primer grado sería, en este momento, una postura difícil de mantener, sí es posible, con arreglo a la interpretación que se deriva del Criterio de gestión, calificar la IP en grado de total en la silicosis de primer grado, pero sólo en el caso de que en la empresa no existiera un puesto exento de riesgo dentro de la misma categoría profesional del trabajador.

A efectos prácticos, y de acuerdo con la redacción del criterio de gestión contenido en la aludida respuesta parlamentaria, lo cierto es que en la inmensa mayoría de los casos de trabajadores afectados por silicosis de primer grado en una empresa dedicada, por ejemplo, a la extracción o transformación del granito o la pizarra o a la manufactura de piedra sintética, no va a ser posible encontrar puestos de trabajo no expuestos al polvo. El conjunto de puestos dentro de la categoría profesional del trabajador implicará la exposición al polvo de sílice como consecuencia de la ejecución de las tareas fundamentales de tal categoría, por lo que la situación conduciría finalmente, tras el informe de la ITSS, a la calificación de una IP en grado de total.

No obstante esta realidad práctica según la cual la mayoría de los casos de silicosis de primer grado acabarán siendo calificados como IP en el grado de total con el informe de la ITSS, lo cierto es que el planteamiento jurídico de la cuestión, en los términos en los que la Entidad Gestora mantiene la calificación de este grado de IP en estos casos, presenta serias dificultades de encaje, ya que conducen a que existan diferentes requisitos para el acceso a este grado de IP en el caso de la silicosis en relación a los que se exigirían ante otra EP o, incluso, cuando lo que se valora es una enfermedad común o un accidente. Así, se introduce, vía criterio interpretativo, una “corrección” a lo dispuesto por las órdenes de 1962 y 1969, pero una corrección de tal intensidad que alcanza a la definición que la Ley hace de la IP.

Parece claro que la intención del Criterio es obviar las dificultades que derivarían de la extinción de la relación de empleo seguida de una situación de desempleo subsidiado como el previsto en la Orden de 1969, totalmente extraña a nuestro actual sistema de protección por esta contingencia, sustituyendo ese desempleo subsidiado (y limitado en el tiempo) por la calificación de una IPT que, dado el carácter irreversible de la enfermedad, no es, a priori, revisable por mejoría. Esta calificación de IPT “especial” para la silicosis de primer grado se basa en la existencia o no de puesto compatible, elemento ajeno al binomio discapacidad – requerimientos profesionales, que es el que desde la definición contenida en la Ley determina la existencia o no de incapacidad permanente (especialmente en los grados de parcial y total para la profesión habitual).

El Criterio de gestión referido supone el reconocimiento de que existe en la silicosis de primer grado una situación en la cual está afectada la capacidad de desarrollar todas o las fundamentales tareas que integran lo que puede denominarse el núcleo de tareas fundamentales de la profesión habitual; la que la hace reconocible como tal profesión, y sin embargo, no permite que la consecuencia jurídica sea la calificación de IP en el grado de total, imponiendo para que se pueda llegar a esta calificación un requisito adicional que no encuentra soporte en la Ley: que no exista puesto compatible en la empresa,

⁴⁴ Ya se ha expuesto que el concepto de categoría profesional, que es el que contienen las órdenes que se analizan, no existe ya en nuestro ordenamiento jurídico, dado que el sistema de clasificación profesional contenido en el Estatuto de los Trabajadores ya no es el mismo. No obstante, el propio Criterio parece asumir la equiparación entre el concepto de “categoría profesional” y el de “profesión habitual”: es la inexistencia de puesto exento de riesgo dentro de la categoría profesional la que permite considerar que existe incapacidad permanente en el grado de total.

de ahí que el juego de estas dos órdenes y el criterio interpretativo que se aplica por la Entidad Gestora pueda incurrir en “*ultra vires*” al exigir la concurrencia de un nuevo requisito no previsto en la Ley y que, “*de facto*”, supone un intento de limitar el acceso a la prestación.

5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DIAGNÓSTICO DE SILICOSIS DE PRIMER GRADO SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL

Ya se ha expuesto que el cuadro de una silicosis de primer grado (que se corresponde con una silicosis simple en la terminología diagnóstica médica) no se asocia con síntomas respiratorios; será por lo general la vigilancia de la salud realizada desde los servicios de prevención de riesgos laborales la que conducirá al diagnóstico de las lesiones pulmonares características. El art. 5 del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, determina, para los facultativos de los servicios de prevención, la obligación de comunicar la existencia de una silicosis o su sospecha a la Entidad Colaboradora o Gestora que asuma la cobertura de las contingencias profesionales, de forma que será esta Entidad la que emita el correspondiente parte de enfermedad profesional conforme al art. 4 de la misma norma reglamentaria.

El diagnóstico de una silicosis simple conlleva la clasificación del trabajador en el grupo 4 del Protocolo de vigilancia sanitaria específica para la silicosis elaborado por el Ministerio de Sanidad⁴⁵, situación que implica que el trabajador afectado debe ocupar un puesto exento de exposición al polvo de sílice, así como la calificación del trabajador como especialmente sensible para riesgos respiratorios. Esta clasificación supone, con arreglo al referido protocolo, que el trabajador no es apto para aquellos puestos que conlleven exposición al polvo de sílice, ya que implica un riesgo añadido de progresión de la enfermedad.

Del análisis ya expuesto sobre algunas de las ocupaciones en las que la silicosis se puede contemplar como EP, parece claro que es difícil imaginar, a partir de la descripción de tareas que se ha expuesto, un puesto de trabajo, dentro de esas categorías profesionales, que se pueda desarrollar sin exposición al polvo mineral de sílice. Se produce aquí pues una primera dificultad, de carácter fáctico, para la aplicación de las órdenes de 1962 y 1969 (interpretadas bajo el criterio de gestión 36/2015 del INSS): en muchas de las categorías profesionales en las que se produce la exposición responsable de la silicosis de primer grado vamos a encontrar que la exposición deriva de la ejecución de tareas fundamentales de dicha categoría⁴⁶.

Pero es que, además, antes de entrar a determinar si existe o no puesto exento de riesgo, el trabajador ya debería ser calificado en situación de IP en el grado de total, ya que la imposibilidad

⁴⁵ VV. AA. *Op. cit.*

⁴⁶ Así se recoge en STSJ CL 2583/2021, de diez de junio (ECLI:ES:TSJCL:2021:2583) en relación a un trabajador cuya categoría profesional es la de labrador de pizarra. Manifestaba el trabajador recurrente (la sentencia de instancia no consideró ajustada a derecho la calificación de incapacidad permanente en grado de total que se pretendía y que había sido desestimada previamente en vía administrativa) que las condiciones del puesto de trabajo poseen la relevancia jurídica suficiente como para que el actor sea calificado de una Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual de labrador de pizarra, es decir, si la silicosis simple, en la profesión indicada, donde no existe un puesto exento de polvo de sílice, permite la calificación de una incapacidad permanente en grado de total. La Sala, tras analizar la antinomia que se deriva de lo que denomina “paquetes normativos”, el constituido por las órdenes de 1962 y 1969 y el vigente TRLGSS – 2015, concluye que “en la empresa, la categoría profesional del actor siempre se encuentra expuesta al riesgo de inhalación de polvo de sílice, con lo que resulta imposible su recolocación en puesto compatible con su estado de salud por el simple hecho de no existir”.

Quizás sería necesario puntualizar que un trabajador en la categoría de labrador de pizarra siempre se encontrará expuesto al polvo de sílice; en la empresa implicada en el litigio y en cualquier otra (estos trabajadores cortan, labran y pulen piedra con herramientas manuales o máquinas, depreniéndose, lógicamente, en estas maniobras, polvo con contenido en sílice, polvo que, de hecho, ya había conducido a la aparición de una silicosis en el caso objeto del litigio).

de realizar tales tareas por la exposición que conlleva al polvo de sílice cumpliría con la definición de una IP en el grado de total bajo la previsión del art. 194 del TRLGSS – 2015⁴⁷: se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta⁴⁸.

Ante estas dos realidades; de carácter fáctico la primera y jurídico la segunda, lo cierto es que, además, nos encontramos, según apliquemos las disposiciones reglamentarias de 1962 y 1969 (y su interpretación bajo el Criterio de gestión 36/2015) o directamente el tenor literal del art. 194 del TRLGSS – 2015, con dos soluciones distintas ante una silicosis de primer grado; la que conduce a la calificación de IP en el grado de total o bien la que condiciona tal calificación a la existencia de un requisito adicional no contemplado en la Ley: la inexistencia de puesto exento de riesgo.

La STSJ CL 3290/2019, de dieciocho de julio (ECLI:ES:TSJCL:2019:3290) plantea esta antinomia (FD Tercero), señalando que el contenido de la Orden de 1969 ha de ser examinado a la luz de las posteriores normas que han venido a reglamentar la incapacidad profesional derivada de enfermedad profesional, así como la relativa a seguridad y salud en el trabajo. Asumido que, de la existencia de restricciones (aunque no se constaten limitaciones) que afecten a las tareas fundamentales de una profesión, se puede derivar la existencia de IP en grado de total, parece claro que, desde la generalidad del art. 194 del TRLGSS – 2015, el sistema aplicable sólo a la silicosis de primer grado que deriva de la aplicación de las órdenes de 1962 y 1969 (incluyendo el ya referido Criterio de gestión que determina cómo deben ser interpretadas) debería considerarse como “*lex specialis*”, que impediría la aplicación de la norma general bajo el principio de especialidad normativa: “*lex specialis derogat lex generalis*”, si bien, para que pudiese ser válida esta consideración, la norma especial, reglamentaria, debería superar el juicio de justificación que permitiese su compatibilidad con el principio de igualdad⁴⁹. Y no cabe duda de que, bajo la LGSS – 1966, así era, ya que el juego de ambas normas reglamentarias proporcionaba al trabajador calificado con una IP en grado de total derivada de EP una mayor protección, desde el punto de vista de la prestación, que la que la Ley otorgaba si esa IP derivaba de contingencia común, respondiendo así a una característica de nuestro sistema de Seguridad Social en cuanto a la protección más intensa de la contingencia profesional.

Sin embargo, tal justificación desaparece cuando, trasplantadas tales normas reglamentarias al régimen de protección que dispensa el TRLGSS – 2015 (esencialmente, el vigente desde la LGSS – 1974, que mejora notablemente la protección de la IP en el grado de total sea cual sea la contingencia determinante de la incapacidad), y la doctrina sobre el riesgo derivado de las restricciones médicas impuestas al trabajador, el efecto que se deriva de la aplicación de esa “*lex specialis*” es el de proporcionar al trabajador afectado por una silicosis de primer grado una protección esencialmente inferior a la que se dispensa desde la norma general para otras alteraciones de la salud, incluidas las derivadas de contingencias comunes.

⁴⁷ En la redacción correspondiente a la DT 26ª del mismo texto legal, ya que continúa sin producirse el desarrollo reglamentario previsto en el art. 194 del texto articulado veinticinco años después de que se previera el mismo.

⁴⁸ No debe identificarse la profesión habitual con la categoría profesional ni con el puesto de trabajo: la profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquella que el trabajador esté cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarse en movilidad funcional. Además, la profesión habitual permite su ejercicio en empleos o puestos distintos, pero propios del mismo grupo profesional, en el sentido que lo define el art. 22.2. del Estatuto de los Trabajadores. Así se reitera, entre otras, en STS 2631/2005 de veintisiete de abril (ECLI:ES:TS:2005:2631) o en STS 1119/2020, de once de marzo (ECLI:ES:TS:2020:1119).

⁴⁹ TARDÍO PATO JA. *El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales*. Revista de Administración Pública 2003; 162: 189 – 225.

La norma especial prevalecería sobre la general porque se considera que es más apta para regular el supuesto específico y es la que mejor respondería a la voluntad del legislador, y encontrará esta diferencia de trato amparo constitucional siempre que responda a una justificación razonable de acuerdo con el sistema de valores que la Constitución consagra.

Además, surge otra cuestión en aquellos casos en los que el trabajador pueda acceder a un puesto compatible con la silicosis de primer grado que ha dado lugar a la calificación de una IP en grado de total, y es la exigencia, del art. 194 del TRLGSS - 2015 de que la IP en este grado se asocia con la capacidad del trabajador para dedicarse a otra profesión distinta. Cabría, en aplicación de las reglas de compatibilidad de la pensión por IP en grado de total, el cambio de actividad laboral a otra exenta de exposición al polvo de sílice, pero que no pudiese considerarse como la misma actividad para la que se calificó la IP en grado de total. Nos encontraríamos así con un panorama radicalmente distinto: de estar vedada la calificación de una IP en grado de total e imponerse el cambio de trabajo a un puesto exento de exposición a la sílice⁵⁰ a que se deba calificar tal IP y compatibilizar la correspondiente prestación económica con las retribuciones que pudiesen obtenerse del desempeño de la nueva actividad laboral.

Entra aquí en juego la regulación actual del sistema de compatibilidades de la pensión por IP en el grado de total *ex art.* 198 del TRLGSS – 2015, en virtud del cual, en caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total⁵¹. La calificación de una IP en grado de total en este caso, siendo posible el desempeño de otro puesto de trabajo dentro de la misma empresa, no necesariamente debería conllevar la extinción contractual, ya que la empresa podría reubicar al trabajador en otro puesto de trabajo compatible con su capacidad residual⁵², actuando la calificación de IP como causa de una novación del contrato, y no como su extinción.

6. CONCLUSIONES

La aplicación que se viene haciendo de normas reglamentarias dictadas en la década de los 60 del pasado siglo ha venido limitando el acceso a la pensión por incapacidad permanente en el grado de total de los trabajadores diagnosticados de silicosis de primer grado. La evolución normativa

⁵⁰ Como se ha expuesto, es muy difícil concebir que en determinadas categorías profesionales se pueda separar la exposición al polvo mineral de las tareas esenciales de la actividad, como ocurre en aquellas actividades laborales que se centran en el cortado y pulido de la piedra, categorías profesionales en las que, eliminar la exposición al polvo mineral, mermaría de forma tan significativa la rentabilidad del trabajador que, considerada la irreversibilidad del cuadro, estaríamos ante situación de IP.

⁵¹ Ciertamente es que, en ocasiones, el límite entre cambio de puesto o movilidad funcional dentro de la misma profesión y cambio de profesión no es tan claro en lo que se refiera a si puede o no dar lugar a una IP compatible con tal cambio, y así ha ocurrido, por ejemplo, con la denominada “segunda actividad” en algunos cuerpos policiales sujetos al Régimen General de la Seguridad Social, como es el caso de los policías locales en los que, a causa de alteraciones de la salud, el cambio de funciones se realizaba a otras compatibles con su estado de salud, decantándose finalmente el TS por admitir que, aunque con distintas funciones, se mantenía la misma profesión, por lo que no podría ser compatible la pensión por IP en grado de total con el desempeño de esta segunda actividad. Pero esta tesis se apoya en la legislación específica de estos cuerpos en los que, a pesar de ese paso a una segunda actividad, se sigue manteniendo la cualidad profesional de policía local, ya que se preserva una suficiente capacidad funcional para las tareas fundamentales de estos cuerpos, cuales son las relativas al mantenimiento y restauración del orden y la seguridad ciudadana, la prevención de hechos delictivos, su investigación y persecución de los culpables. No obstante, podría verificarse una disminución del rendimiento tal que pudiese dar lugar a la calificación de una IP en grado de parcial, y así se analiza en STS 2324/2009, de veinticinco de marzo (ECLI:ES:TS:2009:2324). Una completa exposición de la cuestión se encuentra en STS 2985/2020, de veintitrés de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2985), en la que se recoge amplia referencia a la doctrina de la Sala sobre la cuestión.

⁵² SELVA PENALVA A. *Cuestiones prácticas en torno a la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual*. Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum 2016; 7: 51 – 74.

Razona la autora que la extinción contractual en caso de IPT no es automática, sino que se exige la decisión de la empresa de acogerse a esta causa extintiva; la extinción del contrato de trabajo no resultaría pues una consecuencia automática de la resolución que califica la IPT, que sí actuaría como causa de una novación contractual en la que, de común acuerdo (conforme al carácter del contrato de trabajo), empleador y empleado acuerdan una modificación del contrato conforme a la cual el trabajador pasa a ocupar otro puesto de trabajo y a desarrollar funciones acordes con la capacidad laboral residual que conserve.

posterior, tanto en materia de prevención de riesgos laborales como en materia de Seguridad Social debe llevar a que los distintos operadores jurídicos consideren tales normas reglamentarias definitivamente superadas por un marco normativo actual caracterizado, en relación con el vigente hace más de cincuenta años, por una mayor protección al trabajador afectado por una enfermedad profesional, así como por un marco general que pretende la reinserción laboral del trabajador enfermo en el seno de actividades compatibles con su estado de salud.

Según la tesis expuesta, en aquellas profesiones en las que la exposición al polvo de sílice se asocia a las tareas fundamentales de la misma, el cambio de puesto a uno exento de exposición al sílice en el caso del trabajador afectado por silicosis de primer grado ya no se plantearía como alternativa excluyente de la prestación por incapacidad permanente en grado de total, sino que la prestación y el posible cambio de puesto de trabajo a uno exento de riesgo en lo que se refiere a la exposición al polvo mineral de sílice, si este existiese, serían compatibles en tanto en cuanto las funciones a desarrollar en el nuevo puesto no coincidan con las que dieron lugar a la calificación de la incapacidad. Esta solución, que permite compensar la capacidad laboral perdida a consecuencia de una enfermedad contraída por causa del trabajo y, al mismo tiempo, desarrollar una actividad laboral, sería la solución deseable desde el punto de vista de la integración social del trabajador afectado por una enfermedad profesional.

Desde este planteamiento, el diagnóstico de una silicosis simple, una vez confirmado por los servicios médicos responsables de prestar la asistencia sanitaria por contingencias profesionales (MCSS, empresa colaboradora autorizada para ello o, cuando estas contingencias están aseguradas en la Entidad Gestora, los servicios médicos del Sistema Nacional de Salud), debería conducir a las actuaciones necesarias para iniciar un expediente de incapacidad permanente, sin necesidad de entrar en consideración alguna sobre la existencia o no de puesto libre de exposición al polvo de sílice en la misma empresa.

7. ABREVIATURAS

CNO 11 _____	Clasificación Nacional de Ocupaciones del año 2011
DT _____	Disposición Transitoria
ECLI _____	European Case Law Identifier (Identificador Europeo de Jurisprudencia)
EP _____	Enfermedad profesional
INSS _____	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IP _____	Incapacidad permanente
ITSS _____	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
LGSS 1966 ____	Texto articulado de la Ley General de la Seguridad Social de 1966
LGSS 1974 ____	Texto articulado de la Ley General de la Seguridad Social de 1974
LPRL _____	Ley de prevención de riesgos laborales
TRLGSS – 2015	Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015

8. BIBLIOGRAFÍA

- ALVINO EC, AHMAD TM. *How to Determine Whether Our Patients Can Function in the Workplace: A Missed Opportunity in Medical Training Programs*. Perm J. 2019; 23: 18-259.
- BLANCO PÉREZ JJ, RUÍZ RINCÓN C, CERDEIRA RODRÍGUEZ L. *Inhalación de sílice y sus efectos en la salud*. Pneuma, 2012; 8 (1): 16 – 23.

- CALLEJAS BERDONES MJ. Valoración de la incapacidad laboral en neumología: neumoconiosis. En VV. AA. Guía de valoración del menoscabo permanente, tercera edición. Instituto de Salud Carlos III. Madrid, 2002: 97 – 108.
- FERNÁNDEZ ÁLVAREZ R, et al. *Normativa para el diagnóstico y seguimiento de la silicosis*. Archivos de Bronconeumología, 2015; 51 (2): 86-93.
- FERNÁNDEZ GARCÍA C, GARCÍA GONZÁLEZ A, LOBATO CAÑÓN, JR, RODRÍGUEZ CAMACHO C, Rodríguez Gallego B. *Patologías del tubo digestivo, hígado, páncreas y pared abdominal*. En Guía de valoración de incapacidad laboral para médicos de atención primaria. Instituto de Salud Carlos III. Madrid 2009.
- MENÉNDEZ-NAVARRO A, CAVALIN C, GARCÍA-GÓMEZ M, GHERASIM A. *La remergencia de la silicosis como enfermedad profesional en España, 1990-2019 [The re-emergence of silicosis as an occupational disease in Spain, 1990-2019.]*. Rev Esp Salud Publica. 2021 Aug 25;95:e202108106.
- PARKER JE, WAGNER GR. *Silicosis*. En: Enciclopedia de salud y seguridad en el trabajo OIT. Volumen I, Capítulo 10 Aparato respiratorio: 48 – 52.
- REDONDO MT, VAZ M, DAMAS C. *End-stage silicosis and lung transplantation: A way forward*. Rev Port Pneumol. 2014; 20 (6): 341.
- RIVAS VALLEJO P. *El dudoso concepto de la profesión habitual y la extinción del contrato por incapacidad permanente total cuando se adaptaron previamente las condiciones de trabajo*. Revista de jurisprudencia laboral 2020; 10. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000001120. Accedido 27/07/2022.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI C. *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 2004; 53: 181 - 202.
- SOLANS LAMPURLANÉS X, FREIXA BLANXART A, GOBERNA ORTIZ R, MORENO HURTADO JJ, OUBIÑA ALBALADEJO A. *Aglomerados de cuarzo: medidas preventivas en operaciones de mecanizado. NTP 890*. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Disponible en http://www.itpshi.es/documents/jornada_silicio/compactos_cuarzo_%20NTP_890w.pdf.
- VV.AA. Guía de Valoración Profesional. Tercera Edición. Instituto Nacional de la Seguridad Social. Madrid, 2014. Disponible en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/661ab039-b938-4e50-8639-49925df2e6bf/GUIA_VALORACION_PROFESIONAL_2014_reduc.pdf?MOD=AJPERES&CVID=. Accedido 18/07/2022.
- VV.AA. *Protocolo de vigilancia sanitaria específica. Silicosis*. Ministerio de Sanidad, 2020: 20 – 23.

Estudios de
Doctrina Judicial


Laборum

Una revisión de la protección de la Seguridad Social del personal interino al Servicio de la Administración de Justicia, a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2022

A review of the Social Security protection of temporary staff in the Service of the Administration of Justice, in relation to the Judgement of the Supreme Court of 16 November 2022

JOSÉ FRANCISCO BLASCO LAHOZ

Profesor Titular de Universidad. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de Valencia

 <https://orcid.org/0000-0001-6105-262X>

Cita Sugerida: BLASCO LAHOZ, J.F.: «Una revisión de la protección de la Seguridad Social del personal interino al Servicio de la Administración de Justicia, a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2022». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 36 (2023): 103-112.

Resumen

La STS de 16 de noviembre de 2022 resuelve la situación planteada como consecuencia de la reclamación planteada por diferentes funcionarias interinas de la Administración de Justicia para el reconocimiento del derecho a ser afiliadas y dadas de alta con carácter retroactivo en el Régimen General de la Seguridad Social desde el inicio de su vida laboral. A partir de esta disposición judicial, se realiza una revisión de la específica inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y no en el Régimen Especial de la Seguridad Social del Personal al Servicio de la Administración de Justicia, llevada a cabo por el Real Decreto 960/1990, de 13 de julio, que los pasó a considerar como personas asimiladas a los trabajadores por cuenta ajena.

Abstract

The JSC of 16 November 2022 resolves the situation raised as a result of the claim raised by different interim officials of the Administration of Justice for the recognition of the right to be affiliated and registered retroactively in the General Social Security Scheme from the beginning of their working life. Based on this judicial provision, a review of the specific inclusion in the General Social Security Scheme and not in the Special Social Security Scheme for Personnel at the Service of the Administration of Justice is carried out by Royal Decree 960/1990, of 13 July, which considered them as persons assimilated to employed workers.

Palabras clave

Personal interino; Administración de Justicia; Seguridad Social; Jurisdicción contencioso-administrativa

Keywords

Interim staff; Administration of Justice; Social Security; Contentious-administrative jurisdiction

1. LA PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL DEL PERSONAL INTERINO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El sistema público de Seguridad Social incluye como sujetos protegidos, en su ámbito contributivo, a todos los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, cualquiera que sea su sexo y estado civil, siempre que, como consecuencia de la profesión que ejerzan, se encuentren en cualquiera de los supuestos enumerados en el artículo 7 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

Así, quedan protegidos los trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en las distintas ramas

de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral; los trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso establezcan legalmente; los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado; los estudiantes; y los funcionarios públicos, civiles o militares.

La distribución de la protección de estos sujetos queda condicionada por la propia estructura del sistema, que se compone de diferentes regímenes establecidos en función de las características de la actividad desarrollada por las personas protegidas por los mismos, y que han disfrutado, en la mayoría de las ocasiones, de una legislación particular. Los artículos 7, 9, 10 y 11 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social delimitan un campo de aplicación de los sujetos incluidos dentro del sistema de la Seguridad Social, en su nivel contributivo, de carácter dualista y fragmentado, distinguiendo, dentro del mismo tres conceptos básicos: régimen general, integrado por los trabajadores por cuenta ajena, regímenes especiales, establecidos para aquellas actividades profesionales en las que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar, o por la índole de sus procesos productivos, se hiciera precisa una regulación especial para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social, y sistemas especiales, para las particularidades que puedan existir respecto a algunos regímenes, y que no afectan a aspectos sustantivos o de contenido básico del régimen jurídico, sino a aspectos meramente formales como son los actos de encuadramiento, la afiliación o la forma de recaudación.

De manera que existe un régimen general para los trabajadores por cuenta ajena (artículo 9.1 a) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social) y diferentes regímenes especiales para aquellos trabajadores que realicen actividades profesionales en los que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de trabajo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciera preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social (artículo 10.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social). Estos últimos son el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, el Régimen Especial de Estudiantes, y los Regímenes especiales de la Seguridad Social de los funcionarios públicos¹ (Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y Régimen Especial de la Seguridad Social del Personal al servicio de la Administración de Justicia).

¹ La especialidad de estos regímenes viene definida por los propios sujetos incluidos en los mismos, cuyo encuadramiento se produce por su nombramiento como funcionarios públicos (RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. “Los Regímenes especiales de la Seguridad Social de los funcionarios públicos”, AA. VV. *Sistema de Seguridad Social*, ed. Tecnos, Madrid, 2005, 7.ª ed., pág. 507). ALMANSA interpretó que la especialidad de estos regímenes especiales frente al Régimen General de la Seguridad Social se justificaba por el carácter administrativo de los servicios prestados por los sujetos protegidos y ser el Estado el destinatario de tales servicios, y, sobre todo, por el mantenimiento de los sistemas de protección de derechos pasivos y de ayuda familiar junto al mutualismo administrativo, que es el más apegado a los principios del sistema de Seguridad Social (*Derecho de la Seguridad Social*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, 7.ª ed., pág. 631), y, en el mismo sentido, en “Regímenes Especiales Agrario, de Empleados de Hogar, Trabajadores del Mar y Minería del Carbón, Estudiantes y Funcionarios Públicos”, AA. VV. (coord. A. Montoya Melgar) *Curso de Seguridad Social*, ed. Universidad Complutense, Madrid, 2000, 2.ª ed., págs. 615-616, se destaca que la especialidad de los regímenes especiales de funcionarios radica o se justifica por el carácter administrativo de los servicios prestados por los sujetos protegidos y por ser su destinatario el Estado. GARCÍA NINET y DOLZ afirman que los funcionarios públicos, civiles y militares, a pesar del mantenimiento de singulares mecanismos de protección propios de la previsión social administrativa, como son las Clases Pasivas, están incluidos en el sistema de Seguridad Social a través de los Regímenes especiales (“Regímenes especiales de funcionarios públicos”, AA. VV. (dir. L. E. De La Villa Gil) *Derecho de la Seguridad Social*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, 5.ª ed., pág. 895).

En el momento de determinar cuál es el régimen de Seguridad Social en el que deberá incluirse al personal interino al servicio de la Administración de Justicia, lo lógico parecería ser que estos trabajadores tuvieran la cobertura del Régimen Especial de la Seguridad Social del Personal al servicio de la Administración de Justicia, si se tiene en cuenta la específica naturaleza de su actividad.

Históricamente los funcionarios públicos han tenido un doble mecanismo de cobertura², el Régimen de Clases Pasivas del Estado y los diferentes mutualismos protectores que componían los diferentes regímenes especiales de la Seguridad Social de los funcionarios públicos³. El primero de ellos se configura como un sistema de cobertura que tiene como objeto garantizar al personal funcionario la protección frente a los riesgos de vejez, incapacidad, y muerte y supervivencia⁴ (artículo 1.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril); y los segundos ofrecen la protección, de carácter mutualista, de la seguridad social de los funcionarios públicos, en este caso, el Régimen Especial de la Seguridad Social del Personal al servicio de la Administración de Justicia).

Sin embargo, ni en el primero ni en el segundo de los regímenes de protección parece tener cabida el personal interino de la Administración de Justicia. En el Régimen de Clases Pasivas del Estado van a tener protección los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia (artículo 2.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado).

Mientras que en el Régimen Especial de la Seguridad Social del Personal al servicio de la Administración de Justicia estarán incluidos los siguientes funcionarios (artículos 2 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen Especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, y 3 del Reglamento del mutualismo judicial, aprobado por Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio):

- El personal al servicio de la Administración de Justicia recogido en la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, en concreto, los miembros de las Carreras judicial y fiscal, los funcionarios de carrera del Cuerpo de secretarios judiciales (en la actualidad, letrados de la Administración de Justicia), de médicos forenses, de gestión procesal y administrativa, de tramitación procesal y administrativa y de auxilio judicial, cualquiera que fuera su lugar de destino y la Administración pública que, en su caso, tenga asumida su gestión.

² Sin embargo, ALARCÓN y GONZÁLEZ ORTEGA consideraron que existe no un doble sino un triple mecanismo de cobertura: los derechos pasivos, la ayuda familiar y el mutualismo administrativo (*Compendio de Seguridad Social*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, 4.ª ed., pág. 357).

³ TORTUERO plantea que estos mecanismos protectores conforman un sistema singular y diferenciado del previsto en la Ley General de la Seguridad Social, como es, además, común (en cuanto a la singularidad) en el Derecho comparado, dualidad de sistemas (trabajadores y funcionarios) reflejada en las normas de coordinación contenidas en los reglamentos comunitarios aplicables (“Comentario al artículo 7”, AA. VV. (dir. J. L. Monereo Pérez y M. N. Moreno Vida) *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Tomo I, ed. Comares, Granada, 1999, pág. 156); y en opinión de MONEREO y MOLINA la protección mutualista significa, en lo sustancial, adaptaciones o variantes del Régimen de Clases Pasivas del Estado, que se constituye como modelo de referencia (“Comentario al artículo 10”, AA. VV. (dir. J. L. Monereo Pérez y M. N. Moreno Vida) *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Tomo I, ed. Comares, Granada, 1999, pág. 234).

⁴ LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A. “La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones”, *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004, pág. 33. En opinión de GONZÁLEZ BERNAL, más que un régimen especial es en puridad un subsistema dentro del sistema español de Seguridad Social (“Si no existieran *clases pasivas* habría que inventarlas”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, pág. 170); y en la SIMÓN, el Régimen de Clases Pasivas del Estado constituye uno de los mecanismos de cobertura integrados en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y de las Fuerzas Armadas (“Las pensiones de viudedad en el Régimen General de Clases Pasivas: evolución normativa tras la entrada en vigor del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 129, 2017, pág. 105).

- Los funcionarios en prácticas, aspirantes al ingreso en las Carreras y Cuerpos anteriores⁵.
- Los letrados de carrera que integran el Cuerpo de letrados del Tribunal Constitucional.
- Los miembros de los Cuerpos profesionales extinguidos o integrados que conserven el derecho a pertenecer a la Mutualidad General Judicial.

Debe llamarse la atención que la única indicación en estos preceptos sobre el personal interino se refiere al personal consolidado de la Administración de Justicia que pasara a desempeñar destino o ejercer funciones como suplente, sustituto o “interino” en las Carreras judicial y fiscal, en el Cuerpo de secretarios judiciales (en la actualidad, Cuerpo de letrados de la Administración de Justicia) o en los demás Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia mantendrá su inclusión obligatoria en el campo de aplicación en el Mutualismo judicial⁶ (artículo 3 del Reglamento del Mutualismo judicial).

Pero, llegados a este punto, debe recordarse que, con efectos de 1 de enero de 2011, el personal incluido en el Régimen de Clases Pasivas del Estado estará obligatoriamente incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, siempre que el acceso a la condición de funcionario se produzca a partir de aquella fecha (disposición adicional 3.^a.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social). Si bien, esta inclusión respetará, en todo caso, las especificidades de aquel personal relativas a la edad de jubilación forzosa, así como, en su caso, a los tribunales médicos competentes para la declaración de incapacidad o inutilidad del funcionario⁷ (disposición adicional 3.^a.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social); y el personal incluido en el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas del Estado a 31 de diciembre de 2010 que, con posterioridad a dicha fecha y sin solución de continuidad ingresara, cualquiera que fuera el sistema de acceso, o reingresase, en otro Cuerpo que hubiera motivado en dicha fecha su encuadramiento en el Régimen de Clases Pasivas del Estado, continuará incluido en dicho Régimen (disposición adicional 3.^a.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

Además, de forma específica, los artículos 3.2 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen Especial de Seguridad Social del Personal al servicio de la Administración de Justicia, en la redacción de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2017, y 2.2 del Reglamento del Mutualismo judicial, han reiterado que, de acuerdo con

⁵ El personal en prácticas que aspire a ingresar en alguna Carrera o Cuerpo o Escala de la Administración de Justicia quedará incluido en el ámbito de aplicación del Mutualismo judicial en las mismas condiciones que el personal de Carrera hasta la fecha de su toma de posesión como tal, y será afiliado a la Mutualidad General Judicial con efectos del día del inicio del período de prácticas, salvo que ya tuviera la condición de mutualista; y los miembros de las Carreras, Cuerpos y Escalas en prácticas que no lleguen a alcanzar la condición de personal de carrera causarán baja en la Mutualidad, con la salvedad anterior (artículo 13 del Reglamento del Mutualismo judicial).

⁶ En tal sentido, en el caso de los abogados fiscales sustitutos, el artículo 24 del Real Decreto 634/2014, de 25 de julio, por el que se regula el régimen de sustituciones en la carrera fiscal, establece que una vez efectuada la toma de posesión se procederá a su inmediata comunicación al Ministerio de Justicia, quien procederá a dar de alta al abogado fiscal sustituto en el Régimen General de la Seguridad Social y a los efectos de su inclusión en la nómina correspondiente.

⁷ MADRID y ZATARAÍN consideran que aun cuando esta modificación se enmarca dentro del espíritu de avance del proceso de armonización y convergencia entre los regímenes de protección social de funcionarios públicos y trabajadores por cuenta ajena, la reforma ha transformado de bipartito en tripartito el sistema de protección social de estos colectivos, y ahora la casuística es mayor y puede sintetizarse en las tres siguientes categorías: personal encuadrado en el Régimen de Clases Pasivas del Estado y en el Mutualismo administrativo; personal encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social a todos los efectos; y personal encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social a efectos de pensiones y en el mutualismo administrativo (“La protección social de los funcionarios públicos. La integración de los funcionarios de nuevo ingreso a los efectos de Clases Pasivas en el Régimen General de la Seguridad Social. El artículo 20 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 154, 2012, BIB/2012/724, pág. 28).

lo dispuesto en la disposición adicional 3.^a1 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, el personal al servicio de la Administración de Justicia que hubiera ingresado a partir del 1 de enero de 2011 quedaría integrado en el Régimen General de la Seguridad Social a los exclusivos efectos de pensiones, manteniendo su condición de mutualistas de la Mutualidad General Judicial, y teniendo acceso a todas las prestaciones reguladas en el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen Especial de Seguridad Social del Personal al servicio de la Administración de Justicia y gestionadas por la Mutualidad General Judicial.

En cualquier caso, finalmente, mediante el Real Decreto 960/1990, de 13 de julio, se llevó a cabo la integración en el Régimen General de la Seguridad Social a quienes ostenten la condición de personal interino al servicio de la Administración de Justicia, considerándolos como asimilados a trabajadores por cuenta ajena (artículo 1.1, en la redacción del Real Decreto 4/2006, de 13 de enero), en los términos previstos en el artículo 136.2 del texto refundido de Ley General de la Seguridad Social.

A tales efectos, se califican como personal interino al servicio de la Administración de Justicia los magistrados suplentes (excluidos los magistrados eméritos); los jueces, fiscales y secretarios judiciales (en la actualidad, letrados de la Administración de Justicia) sustitutos; y los funcionarios interinos al servicio de la Administración de Justicia, nombrados de conformidad con el artículo 472.2 de la Ley orgánica 6/1985 (artículo 1.2 del Real Decreto 960/1990, en la redacción del Real Decreto 4/2006), que establece que por razones de urgencia o necesidad, podrán nombrarse funcionarios interinos, que desarrollarán las funciones propias de dichos cuerpos, en tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera o permanezcan las razones que motivaron su nombramiento.

Esta integración tendrá como consecuencia, en primer lugar, la obligación de estos trabajadores (y de la Administración de Justicia) de cotizar al Régimen General de la Seguridad Social, con una base de cotización constituida por la retribución percibida, y con la aplicación de los tipos de cotización por contingencias comunes y de la tarifa de primas por accidente de trabajo y enfermedad profesional previstos para aquél régimen (artículo 3 del Real Decreto 960/1990); y de cotizar, personal interino y Administración de Justicia, a la contingencia de desempleo, siendo la Tesorería General de la Seguridad Social la competente en la gestión recaudatoria de las cuotas por desempleo (artículo 4.1, en la redacción del Real Decreto 4/2006, y 2 del Real Decreto 960/1990).

En segundo lugar, la dispensación al personal interino de la Administración de Justicia de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, con el alcance previsto en el art. 155.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (art. 2 del Real Decreto 960/1990, en la redacción del Real Decreto 4/2006). Es decir, la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidente, sea o no de trabajo; la recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos anteriores; y las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, incapacidad permanente, jubilación, desempleo⁸, pensión de viudedad, prestación temporal de viudedad, pensión de orfandad, prestación de orfandad, pensión en favor de familiares, subsidio en favor de familiares, auxilio por defunción, e indemnización en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, y las prestaciones familiares de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva.

⁸ La acreditación de la situación de desempleo del personal interino de la Administración de Justicia se atenderá a lo previsto en el artículo 1.2 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, que establece que cuando se extinga la relación administrativa, la situación legal de desempleo quedará acreditada por certificación de la Administración pública correspondiente acreditando tal extremo.

En tercer lugar, se establece que el personal interino de la Administración de Justicia que acreditase periodos de cotización a la Mutualidad General Judicial entre la entrada en vigor del hoy derogado Real Decreto-ley 16/1978, de 7 de junio, por el que se regula la Seguridad Social de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, y del Real Decreto 960/1990, podrá, a efectos del reconocimiento en el Régimen General de la Seguridad Social de pensiones de jubilación, incapacidad permanente, y muerte y supervivencia, causadas con posterioridad a la segunda de las fechas indicadas, efectuar las cotizaciones necesarias para que dichos periodos pudieran computarse como cotizados al Régimen General de la Seguridad Social (disposición transitoria del Real Decreto 960/1990 y artículo 1.1 de la Orden de 18 de junio de 1997, por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo de lo dispuesto en la disposición transitoria del Real Decreto 960/1990).

Los interesados dispusieron del plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la Orden de 18 de junio de 1997 para presentar solicitud ante la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia (en la actualidad, Dirección General para el Servicio Público de Justicia) o ante la correspondiente Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia, acompañando certificación expedida por la Mutualidad General Judicial en la que figurasen los periodos de cotización como personal interino, entre el 30 de junio de 1978 y el 31 de julio de 1990 (artículos 1.2 y 2.1 de la Orden de 18 de junio de 1997).

A continuación, el Ministerio de Justicia, a través de los órganos arriba citados, debía remitir a la correspondiente Dirección provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, la relación de las personas afectadas, periodos de afiliación a la Mutualidad General Judicial, puestos de trabajo desempeñados en dichos periodos y retribuciones percibidas, desglosado por periodos anuales o, en su caso, por la fracción que, dentro de cada anualidad, correspondiera (artículo 2.2 de la Orden de 18 de junio de 1997), para que dicha Dirección provincial procediera al cálculo del importe de las cuotas correspondientes, con especificación de la parte de cuota empresarial y la del trabajador, conforme a las bases y tipos de cotización aplicables establecidos en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social (artículo 3 de la Orden de 18 de junio de 1997), notificándolo al órgano del Ministerio de Justicia que hubiese efectuado la remisión de los datos, quien, notificará a los interesados el importe de las cuotas a su cargo (artículo 2.3 y 4 de la Orden de 18 de junio de 1997), puesto que únicamente correrán a cargo de dicho Ministerio las cantidades que le correspondan como empresa, debiendo costearse por los funcionarios interinos la cuota correspondiente al trabajador⁹ (artículo 4.1 de la Orden de 18 de junio de 1997).

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1506/2022, DE 16 DE NOVIEMBRE

La STS de 16 de noviembre de 2022 [Rec. 6760/2020] resuelve la situación planteada como consecuencia de la reclamación planteada por diferentes funcionarias interinas de la Administración de Justicia para el reconocimiento del derecho a ser afiliadas y dadas de alta con carácter retroactivo en el Régimen General de la Seguridad Social desde el inicio de su vida laboral.

El procedimiento judicial tiene su origen en la impugnación llevada a cabo por varias funcionarias interinas de la Administración de Justicia de la resolución dictada por el Secretario de Estado de Justicia, por la que se desestimaron los recursos interpuestos por aquellas contra la desestimación

⁹ El ingreso de las cuotas debería ser llevado a cabo por el Ministerio de Justicia dentro de los ocho meses siguientes a aquel en que se hubiera llevado la notificación correspondiente (artículo 4.2 de la Orden de 18 de junio de 1997). Si transcurrido dicho plazo el interesado, por causa a él imputable, no hubiera abonado en su totalidad al correspondiente órgano del Ministerio de Justicia la parte de las cuotas a su cargo, se entendería que ha renunciado a la solicitud, previamente formulada, procediendo aquel órgano, en tal caso, a devolver al interesado las cantidades que, de éste, hubiese percibido; y si antes de transcurrido el reiterado plazo se hubiese solicitado por el interesado alguna de las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, sin haber efectuado el ingreso de cuotas, se procedería al reconocimiento de la prestación que procediese, si bien ésta no se abonaría hasta que se hubieran ingresado totalmente las cuotas a cargo del interesado dentro del plazo (art. 5 de la Orden de 18 de junio de 1997).

presunta por silencio administrativo de la reclamación formulada para el reconocimiento del derecho a ser afiliadas y dadas de alta con carácter retroactivo en el Régimen General de la Seguridad Social desde el inicio de su vida laboral como funcionarias interinas en la Administración de Justicia hasta el 1 de agosto de 1990, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 960/1990.

De inicio se reconoció el carácter retroactivo de la afiliación y alta en el Régimen General de la Seguridad Social desde el inicio de la vida laboral de las funcionarias recurrentes (sentencia del Juzgado central de lo contencioso-administrativo número 8 de Madrid de 30 de diciembre de 2019); contra el contenido de esta sentencia se interpuso recurso de apelación por la Administración del Estado, pero el mismo fue desestimado por la Audiencia Nacional, que consideró que competía al Ministerio de Justicia, como empleador de la relación funcional que mantenía con las funcionarias interinas, la obligación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, que, con independencia de la materialidad de la misma, es una cuestión de personal (sentencia de 23 de septiembre de 2020).

A continuación, la Tesorería General de la Seguridad Social interpuso recurso de casación, con la intención de que el Tribunal Supremo determinara si es una cuestión de personal, enmarcable en el artículo 9 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, el alta en el Régimen de la Seguridad Social con efectos retroactivos de los funcionarios interinos a al servicio de la Administración de Justicia en aplicación de la disposición transitoria del Real Decreto 960/1990, que establece que el personal interino de la Administración de Justicia que acreditase períodos de cotización a la Mutualidad General Judicial entre la entrada en vigor del (derogado) Real Decreto-ley 16/1978, de 7 de junio, por el que se regula la Seguridad Social de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, y del Real Decreto 960/1990, podrá, a efectos del reconocimiento en el Régimen General de la Seguridad Social de pensiones de jubilación, incapacidad permanente, y muerte y supervivencia, causadas con posterioridad a la segunda de las fechas indicadas, efectuar las cotizaciones necesarias para que dichos períodos pudieran computarse como cotizados al Régimen General de la Seguridad Social.

En primer lugar, la Tesorería General de la Seguridad Social considera que admitir que el objeto de controversia es una cuestión de personal que se circunscribe primordialmente a las relaciones entre lo/as funcionario/as interino/as y el Ministerio de Justicia supone vulnerar el marco competencial de la propia Tesorería General de la Seguridad Social, privándola de su poder decisorio exclusivo en la materia; y que considerar que los actos de encuadramiento en la Seguridad Social como cuestiones de personal que deban dilucidarse entre los empleadores y los trabajadores es la desnaturalización de las funciones y competencias del Servicio común, que quedaría como un mero ejecutor. Puntualizando que la consideración de las altas en la Seguridad Social como materia de personal permitiría a los trabajadores optar entre demandar al empresario incumplidor o ejercitar su acción ante la Tesorería General de la Seguridad Social, dando lugar a distintos procedimientos ante el orden contencioso administrativo o ante la jurisdicción social, dejando a la decisión del trabajador encauzar idéntica pretensión (el alta en el Régimen General de la Seguridad Social) ante órganos jurisdiccionales diferentes

E insiste en que tiene normativamente atribuida la competencia para acordar los actos de encuadramiento y verificar que los mismos se adecuan a la legalidad y a las circunstancias fácticas que le sirven de soporte; y puesto que los actos de encuadramiento son títulos habilitantes para la aplicación de derechos y obligaciones del sistema de la Seguridad Social, considerar que es una cuestión de personal sería dejar en manos de los trabajadores y empleadores unas competencias administrativas de suma importancia, además de desnaturalizar el carácter revisor de la actuación administrativa que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por tanto, la Tesorería General de la Seguridad Social concluye que lo correcto hubiera sido que las funcionarias interinas, ante la falta de respuesta del Ministerio de Justicia, debieron acudir a este Servicio común y solicitar su alta en el Régimen General de la Seguridad Social por los períodos

pretendidos, porque la Tesorería General de la Seguridad Social es quien tiene la competencia para ello, de la que no disfruta el empleador, el Ministerio de Justicia.

El Tribunal Supremo declaró inasumible el planteamiento de la Tesorería General de la Seguridad Social porque, aun cuando los artículos 7.1, 29.1 y 32.2 del Reglamento general de inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas de trabajadores en el sistema de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, atribuyen la competencia a aquel Servicio común en materia de encuadramiento de los trabajadores en el sistema de Seguridad Social¹⁰, y que la decisión sobre el alta en el Régimen General de la Seguridad Social supone el ejercicio de competencias administrativas atribuidas en exclusiva a la Seguridad Social, lo cierto es que el objeto del recurso contencioso-administrativo no es otro que la constatación del carácter discriminatorio del régimen jurídico y cobertura de los funcionarios interinos de la Administración de Justicia contenida en el Real Decreto 960/1990, tomando como comparación la regulación de los funcionarios interinos de la Administración del Estado y de la Administración Local.

Así lo recoge la doctrina de las sentencias previamente impugnadas, que plantean que con independencia del plazo de prescripción para el pago de las cuotas a la Seguridad Social ha de reconocerse el alta en el Régimen General de la Seguridad Social desde el principio de la actividad laboral de las funcionarias interinas, al ser el derecho al alta en la Seguridad Social un derecho imprescriptible e irrenunciable que procede desde el establecimiento de la relación funcional, interina o no, y la excepción descrita conculca el derecho a la igualdad respecto a otros interinos a los que sí se admite tal derecho.

El Tribunal Supremo, continúa afirmando que el pronunciamiento de los órganos de lo contencioso-administrativo que declararon aquel derecho a el alta en el Régimen General de la Seguridad Social no infringe ni vulnera las competencias exclusivas de la Seguridad Social recogidas en el Reglamento general de inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas de trabajadores en el sistema de la Seguridad Social, toda vez que lo que los órganos jurisdiccionales examinan es la propia normativa sobre el régimen de los funcionarios interinos contenida en la disposición transitoria del Real Decreto 960/1990, del que cabe advertir su carácter claramente discriminatorio al implicar distinciones injustificadas entre una y otra clase de personal interino afectado por la integración (Administración de Justicia, Administración del Estado y Administración Local).

Para realizar esta argumentación se basa en la doctrina fijada por el propio Tribunal Supremo en las sentencias de 2 de julio de 2001 [Rec. 486/2000] y 21 de octubre de 2003 [Rec. 7/2002], que declararon la consecuencia de la afiliación retroactiva en la Seguridad Social, que constituyen fallo de obligado cumplimiento para la Tesorería General de la Seguridad Social.

En aquellas sentencias se resolvió si los magistrados suplentes debían calificarse o no como personal interino al servicio de la Administración de Justicia y, en consecuencia, si debían incluirse o no en el Régimen General de la Seguridad Social. El Tribunal Supremo destacó que los magistrados suplentes ejercen una función pública (la función jurisdiccional), sin pertenecer a la Carrera judicial, que tienen los mismos derechos y deberes que los magistrados titulares de la Sala, que desempeñan un cargo remunerado, dentro de las previsiones presupuestarias, que su cargo es eminentemente temporal (disfrutan de inamovilidad temporal) y se encuentra regulado por normas de Derecho administrativo; lo que significa que reúnen todos los requisitos para que el referido cargo se califique como personal interino al servicio de la Administración de Justicia, ya que dicho personal es aquel que con carácter

¹⁰ Estos preceptos determinan que, mediante el acto administrativo de alta, la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce a la persona que inicia una actividad o se encuentra en una situación conexas con la misma, su condición de comprendida en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social; que las altas en el Régimen General de la Seguridad se promoverán ante la Tesorería General de la Seguridad Social; y que las solicitudes para el alta de los trabajadores deberán ir dirigidas a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en la provincia en que esté domiciliada la empresa a la que preste sus servicios el trabajador por cuenta ajena o asimilado.

temporal, mediante una remuneración, ejerce las funciones propias del personal de carrera que presta sus servicios a la Administración de Justicia (sean jueces, fiscales, secretarios, oficiales, auxiliares o agentes), sin formar parte de dicho personal de carrera. Por tanto, el artículo 1.2 del Real Decreto 960/1990, en cuanto no incluyó a los Magistrados suplentes en el personal interino al servicio de la Administración de Justicia que debía integrarse en el Régimen General de la Seguridad Social, debía considerarse nulo de pleno derecho, por vulnerar lo establecido en la disposición final sexta de la Ley 33/1.987, que no facultaba al Gobierno para hacer distinciones entre una y otra clase de personal interino afectado por la integración, sino que le obligaba a integrar en el Régimen General de la Seguridad Social a todos los que tuvieran dicho carácter. Sin que pueda ser aceptada la afirmación de que los magistrados suplentes no tienen derecho a la protección de la Seguridad Social porque su actuación es temporal y esporádica, sin ocupar plaza de plantilla, con percepción por asistencia y sin régimen profesional y dedicación; puesto que la naturaleza temporal del cargo es propia de todo el personal interino y al indicarse que prestan sus funciones ocasionalmente, con percepción por asistencia y sin dedicación, se quiere aludir a que el desempeño de su cargo no es continuado en el tiempo, ejercen funciones discontinuas, sin que ello supongan que no presten un trabajo remunerado con cargo a los presupuestos del Estado, de carácter eminentemente temporal, por lo que tienen derecho a la protección del Régimen General de la Seguridad Social en relación con el número de días en que han ejercido sus funciones.

Finalmente, la sentencia de 16 de noviembre de 2022 concluye que el enjuiciamiento de la reclamación formulada con fundamento en la ilegalidad del Real Decreto 960/1990, así como la determinación de la corrección jurídica de la regulación y condiciones de la integración (inclusión o no del personal interino de la Administración de Justicia) y su adecuación al principio de igualdad garantizado en el artículo 14 de la Constitución española, es una función de naturaleza nítidamente jurisdiccional que se inserta en el ámbito del personal contemplado en la legislación de la jurisdicción contencioso-administrativa, que atribuye expresamente el conocimiento de esta materia a los juzgados centrales y excede de las competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social, dejando a salvo las competencias exclusivas del Servicio común en lo que se refiere a los efectos derivados del reconocimiento del derecho a la afiliación acordada, como son las cotizaciones o reclamaciones, la responsabilidad empresarial y demás derivadas de las altas controvertidas.

3. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, M.R y GONZÁLEZ ORTEGA, S. *Compendio de Seguridad Social*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, 4.^a ed.
- ALMANSA PASTOR, J.M. “Regímenes Especiales Agrario, de Empleados de Hogar, Trabajadores del Mar y Minería del Carbón, Estudiantes y Funcionarios Públicos”, AA. VV. (coord. A. Montoya Melgar) *Curso de Seguridad Social*, ed. Universidad Complutense, Madrid, 2000, 2.^a ed.
- ALMANSA PASTOR, J.M. *Derecho de la Seguridad Social*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, 7.^a ed.
- GARCÍA NINET, J.I y DOLZ LAGO, M.J “Regímenes especiales de funcionarios públicos”, AA. VV. (dir. L. E. De La Villa Gil) *Derecho de la Seguridad Social*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, 5.^a ed.
- GONZÁLEZ BERNAL, J.J. “Si no existieran *clases pasivas* habría que inventarlas”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008.
- LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A. “La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones”, *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004.

- MADRID YAGÜE, P y ZATARAIN DEL VALLE, R. “La protección social de los funcionarios públicos. La integración de los funcionarios de nuevo ingreso a los efectos de Clases Pasivas en el Régimen General de la Seguridad Social. El artículo 20 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 154, 2012, BIB\2012\724.
- MONEREO PÉREZ, J.L y MOLINA NAVARRETE, C. (“Comentario al artículo 10”, AA. VV. (dir. J. L. Monereo Pérez y M. N. Moreno Vida) *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Tomo I, ed. Comares, Granada, 1999.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. “Los Regímenes especiales de la Seguridad Social de los funcionarios públicos”, AA. VV. *Sistema de Seguridad Social*, ed. Tecnos, Madrid, 2005, 7.ª ed.
- SIMÓN GARCÍA, J. “Las pensiones de viudedad en el Régimen General de Clases Pasivas: evolución normativa tras la entrada en vigor del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 129, 2017.
- TORTUERO PLAZA, J.L. Comentario al artículo 7”, AA. VV. (dir. J. L. Monereo Pérez y M. N. Moreno Vida) *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Tomo I, ed. Comares, Granada, 1999.

Mejoras de la prestación de incapacidad temporal y derecho al subsidio. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20/12/2022 (RECUD 4131/2019)

Improvements to the temporary invalidity benefit and entitlement to allowance. Comment on the Supreme Court ruling of 20/12/2022 (RECUD 4131/2019)

CELIA FERNÁNDEZ PRATS *Profesora contratada doctora
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València*

Cita Sugerida: FERNÁNDEZ PRATS, C.: «Mejoras de la prestación de incapacidad temporal y derecho al subsidio. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20/12/2022 (RECUD 4131/2019)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 36 (2023): 113-123.

Resumen

El sistema de Seguridad Social puede ser complementado o mejorado a través de las denominadas mejoras voluntarias. Dada la limitada cobertura que otorga la prestación de incapacidad temporal, es frecuente encontrar en la negociación colectiva mejoras a estas prestaciones. Estas mejoras se rigen por la regulación que en el propio convenio colectivo se contemple. El presente comentario analiza la jurisprudencia existente sobre la interpretación de las cláusulas convencionales en materia de mejoras de la prestación de incapacidad temporal y el alcance que estas pueden tener en los casos que no se genera derecho al subsidio económico.

Abstract

The Social Security system can be supplemented or improved through so-called voluntary improvements. Given the limited coverage granted by the temporary invalidity benefit, it is common to find improvements to these benefits in collective bargaining. These improvements are governed by the regulations contemplated in the collective agreement itself. This commentary analyses the existing jurisprudence on the interpretation of the conventional clauses on improvements to the temporary invalidity benefit and the scope they may have in cases where no right to economic subsidy is generated.

Palabras clave

incapacidad temporal; mejoras voluntarias; reclamación de cantidad; responsabilidad del empresario; cláusulas del convenio

Keywords

temporary leave; voluntary improvements; quantity claim; employer's liability; clauses of the agreement

1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2022, rec. 4131/2019, aborda una cuestión muy interesante relacionada con el derecho a las mejoras por incapacidad temporal pactadas en convenio colectivo cuando no se genera derecho al subsidio económico por incapacidad temporal. En concreto, se discute si la mejora voluntaria pactada en convenio colectivo para los supuestos de incapacidad temporal debe abonarse cuando esa situación se reconoce sin efectos económicos.

Es la primera vez que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se pronuncia sobre esta cuestión, aunque sí ha tenido ocasión de abordar otras problemáticas relacionadas con las mejoras voluntarias de las prestaciones de incapacidad temporal, tales como qué conceptos retributivos deben integrar la mejora de la prestación, si la mejora alcanza a la prórroga de efectos de la incapacidad temporal o qué sucede con las mejoras cuando se extingue el contrato de trabajo sin haber sido dado de alta médica el trabajador.

Para resolver este problema se debe partir, en primer lugar, del estudio de la finalidad y régimen jurídico que hay que atribuir a las mejoras voluntarias de las prestaciones de Seguridad Social y, en segundo lugar, de la distinción entre la prestación de incapacidad temporal durante los días cuarto al decimoquinto de incapacidad y los períodos de incapacidad temporal sin efectos económicos.

2. SUPUESTO DE HECHO Y SENTENCIA DE CONTRASTE: DESIGUALES PRONUNCIAMIENTOS EN TORNO A LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

2.1. Sentencia recurrida

La sentencia resuelve el caso de un trabajador que venía prestando servicios para una empresa de publicidad, con antigüedad desde el 1 de enero de 1994. A la empresa le resulta aplicable el Convenio Colectivo del sector de empresas de publicidad (BOE 10 de febrero de 2016). Dicho trabajador permaneció en situación de incapacidad temporal desde el 8 de noviembre de 2016 hasta el 22 de agosto de 2018, fecha en la que se le denegó en vía administrativa la incapacidad permanente. Posteriormente, el 15 de noviembre de 2018, el servicio público de salud expidió una nueva baja médica que el 22 de enero de 2019 fue declarada por el INSS sin efectos económicos. El trabajador interpuso reclamación administrativa previa contra dicha resolución del INSS que denegó los efectos económicos que fue desestimada por resolución de 4 de abril de 2019, resolución contra la que el trabajador ha interpuesto demanda.

Paralelamente, el trabajador había solicitado pensión de incapacidad permanente que le fue reconocida en el grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual de administrativo por sentencia firme de fecha 11 de marzo de 2019. Por ello, la empresa procedió a dar de baja al trabajador con efectos del 19 de marzo de 2019 y éste comenzó a percibir la pensión de incapacidad permanente a partir del día 20 de marzo de 2019.

Al margen del proceso en el que se recurre la resolución del INSS de fecha 22 de enero de 2019 por la que se le deniegan los efectos económicos del proceso de incapacidad temporal iniciado el 15 de noviembre de 2018, el trabajador interpone el presente proceso por reclamación de cantidad, solicitando diferencias salariales, vacaciones no disfrutadas y el pago por la empresa del 100% de la prestación de incapacidad temporal.

El Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad, aplicable en el presente caso, publicado en el BOE de 10 de febrero de 2016, dedica el art. 45 a la regulación de la mejora por incapacidad temporal y establece “*Durante la situación de incapacidad temporal del trabajador/a, la empresa complementará el subsidio de incapacidad temporal aportado por la Seguridad Social hasta el 100% de la base de su cotización mensual, con el límite de la cuantía correspondiente al nivel salarial más alto de las tablas vigentes de este convenio en cada momento*”.

El Juzgado de lo Social nº 2 de Santander dicta sentencia el 17 de mayo de 2019 estimando en parte la demanda y condena a la empresa al abono de las diferencias salariales y de las vacaciones no disfrutadas, pero rechaza el abono de la mejora voluntaria reclamada. Frente a esta sentencia el trabajador presenta recurso de suplicación que es desestimado por STSJ de Cantabria, de 29 de julio de 2020, rec. 525/2019), contra la que se interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

La decisión la basan en que las mejoras voluntarias se rigen por las normas o acuerdos que las regulan y que en este caso la regulación es clara y exige la existencia de una prestación de Seguridad Social para que surja la mejora.

2.2. Sentencia de contraste

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, de 20 de enero de 2010, rec. 973/2009, aportada como de contraste, aborda una demanda de reclamación de cantidad presentada por una trabajadora que presta servicios para la Consejería de Educación, Cultura y Deportes con categoría profesional de Ayudante de Cocina. La actora inició un proceso de incapacidad temporal el 1 de septiembre de 2005, agotando su duración máxima y finalizando con resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha de 28 de junio de 2006, denegando la prestación de incapacidad permanente. La trabajadora inicia un nuevo proceso de incapacidad temporal el 29 de noviembre de 2006, al que el INSS denegó efectos económicos en fecha 30 de enero de 2007. La Consejería ha practicado retenciones en la nómina de la actora para el reingreso del complemento de IT previsto como mejora convencional percibido por la actora en la segunda baja de IT.

La trabajadora solicita su derecho a percibir la mejora de incapacidad temporal prevista en el convenio colectivo por su segundo período de incapacidad temporal.

El art.39 del Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, titulado “Complemento al trabajador en situación de IT” dispone que *“Todo el personal acogido al presente Convenio tendrá derecho desde la fecha de inicio de la situación de ILT a que la Comunidad Autónoma le complemente la prestación económica de la Seguridad Social hasta el 100% de sus haberes por todos los conceptos”*.

La sentencia de instancia resuelve que denegados los efectos económicos del proceso de incapacidad temporal el reintegro de la mejora de incapacidad temporal ya pagado por la Consejería está justificado y contra esta sentencia se presenta recurso de suplicación que es estimado por la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 20 de enero de 2010, rec. 973/2009, declarando el derecho de la trabajadora al complemento de mejora de la incapacidad temporal.

En este caso, el Tribunal alega que el complemento patronal se independiza de la prestación y se constituye como una obligación de la empresa independientemente de que exista o no un subsidio de Seguridad Social. Basa su argumentación en el hecho de que la empresa sí que asume la cobertura de los tres primeros días y del subsidio correspondiente a los días cuarto al decimoquinto. Por tanto, entiende que aunque no haya prestación, sí que existe complemento para la empresa.

3. ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

En las dos sentencias, el debate se centra en valorar si la mejora voluntaria prevista en el convenio colectivo para los procesos de incapacidad temporal debe abonarse por la empresa en los períodos que se reconoce la situación de incapacidad, pero sin efectos económicos.

Aunque se trate de convenios colectivos diferentes, el tenor literal de los preceptos aplicables es prácticamente idéntico y, mientras la sentencia recurrida entiende que no procede el pago del complemento durante la incapacidad temporal sin efectos económicos, la de contraste lo concede. Concorre, pues, a juicio del Tribunal Supremo la existencia de contradicción.

El Tribunal Supremo centra su doctrina en la interpretación literal del convenio colectivo. Establece que la naturaleza de una mejora voluntaria es la propia de la prestación de Seguridad Social a la que acompañan y su régimen jurídico el previsto en la fuente reguladora. Por ello, lo decisivo será el tenor literal del convenio colectivo. La literalidad del precepto convencional es que la empresa *“complementará”*, por tanto debe existir algo previo para identificar la obligación de la empresa. Debe existir el subsidio de incapacidad temporal aportado por la Seguridad Social para que surja la obligación retributiva de la empresa.

4. FINALIDAD Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Para la resolución de la cuestión planteada se debe partir de la diferenciación entre el régimen jurídico de las mejoras voluntarias y la prestación económica por incapacidad temporal a la que éstas complementan, sin perjuicio de que unas y otra puedan ser responsabilidad de la empresa.

El art. 41 de la Constitución Española establece la obligación para los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice prestaciones sociales suficientes en caso de necesidad y, al mismo tiempo, al establecer que *“la asistencia y prestaciones complementarias serán libres”*, contempla la posibilidad de complementar dichas prestaciones de manera voluntaria. Las situaciones de necesidad que deben ser objeto de protección y la suficiencia de las prestaciones económicas que las han de cubrir, las fija el legislador ordinario. Dentro del modelo contributivo en el que se encuadra la protección por incapacidad temporal, se establece la lógica de que la prestación debe sustituir el salario dejado de percibir y ello exige cierta correlación entre las aportaciones cotizadas a la Seguridad Social y la prestación que se perciba en sustitución de la renta. En aquellos casos en los que esta correlación pierda intensidad, entrará en juego la Seguridad Social complementaria para mejorar la protección que otorga el nivel público de Seguridad Social¹.

4.1. Mejoras voluntarias de las prestaciones de incapacidad temporal

En un principio se establecieron tres vías a través de las cuales los empresarios podían mejorar las prestaciones de Seguridad Social de sus trabajadores: a través del aumento de bases de cotización, a través del aumento de tipos de cotización y la mejora directa de las prestaciones completando la cuantía de las mismas. La propia evolución del sistema de Seguridad Social ha conducido a que en la actualidad únicamente se recurra a la mejora directa de prestaciones².

Las mejoras voluntarias de las prestaciones de incapacidad temporal se caracterizan, en primer lugar y como su propio nombre indica, por su carácter voluntario. El art. 43 LGSS establece que la acción protectora que el sistema de Seguridad Social otorga *“podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales”*. Ahora bien, su voluntariedad es relativa pues se refiere a su implantación, pero una vez establecidas devienen obligatorias y su derecho, en virtud de lo dispuesto en el art. 239 LGSS, *“no podrá ser anulado o disminuido si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento”*.

En segundo lugar, las mejoras voluntarias tienen por finalidad mejorar, complementar o incrementar las prestaciones del sistema de Seguridad Social. Bajo esta premisa, las mejoras voluntarias se dirigen a los mismos sujetos que pueden ser beneficiarios de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y complementan las mismas situaciones de necesidad que son objeto de cobertura por el sistema público. De modo que la protección por parte de las empresas de cualquier otra situación de necesidad puede ser catalogada como protección asistencial, pero no será propiamente una mejora voluntaria³.

Finalmente, las mejoras voluntarias son de gestión privada y se costean por las propias empresas que las han instaurado. El art. 239 LGSS establece que las empresas podrán mejorar las prestaciones del sistema de Seguridad Social *“costeándolas a su exclusivo cargo”*. Aunque también prevé que se establezca una aportación económica a cargo de los trabajadores; en ese caso, éstos

¹ ROQUETA BUI, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los planes/fondos de pensiones y los contratos de seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 22.

² ARADILLA MARQUÉS, M. J., “La protección social complementaria”, AAVV (Roqueta Buj y García Ortega), *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

³ ROQUETA BUI, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los planes/fondos de pensiones y los contratos de seguro*, ob. cit., pág. 27.

podrán acogerse o no, individual y voluntariamente, a las mejoras concedidas por los empresarios con tal condición. Por lo que respecta a la gestión, las mejoras son necesariamente de gestión privada, y se pueden gestionar por las propias empresas directamente o “a través de la Administración de la Seguridad Social, fundaciones laborales, montepíos y mutualidades de previsión social o entidades aseguradoras de cualquier clase”, tal como establece el art. 240 LGSS. Así pues, la empresa puede canalizar el pago de las mejoras bien directamente, o bien a través de entidades mercantiles.

Las mejoras voluntarias pueden venir establecidas en virtud de convenio colectivo, por contrato de trabajo o por acto unilateral del empresario⁴. Una vez creadas generan derechos para las personas trabajadoras, de modo que se ha llegado a afirmar que la voluntariedad es una característica genética de las mejoras, pero no funcional⁵.

El régimen jurídico de las mejoras voluntarias viene determinado por su fuente de implantación, así pues, se rigen por las reglas fijadas en la norma o contrato que las crea, siendo la vía más habitual el convenio colectivo. Son fruto de la autonomía privada, por ello a la hora de fijar las condiciones, requisitos y contenido de las mismas hay que estar a las reglas que fija el instrumento que las crea⁶.

4.2. Interpretación de las cláusulas del convenio colectivo

Es muy frecuente que en los convenios colectivos se recojan mejoras directas a la prestación de incapacidad temporal, ya que ésta, a diferencia de las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor o riesgos durante el embarazo y lactancia natural, deja un margen importante con respecto al nivel de rentas del trabajador, que con la mejora se trata de complementar a cargo de la empresa.

Como se ha visto, el régimen jurídico de las mejoras se encuentra en su fuente reguladora. Así pues, el convenio colectivo tiene total libertad a la hora de fijar el contenido de la mejora de la prestación de incapacidad temporal, pudiéndose encontrar convenios colectivos que mejoran por igual todas las situaciones de incapacidad temporal; otros que otorgan distinta protección según la prestación derive de contingencias comunes o de contingencias profesionales; otros que distinguen en función de la duración de la situación de incapacidad temporal y complementan todo el período o complementan únicamente hasta un determinado tramo de la situación incapacitante. También, será el convenio el que establezca el contenido económico de la mejora de la prestación, fijándose en algunos casos la referencia a la base reguladora o de la base de cotización del trabajador, mientras que en otras ocasiones se determinan en función de la totalidad del salario o de determinadas cantidades salariales o extrasalariales.

De modo que habrá que estar a la regulación del convenio colectivo para conocer el régimen jurídico y el contenido de la mejora. En este sentido, respecto a la interpretación que hay que dar a las cláusulas del convenio colectivo, el Tribunal Supremo ha reiterado que, atendiendo a la singular naturaleza mixta de los mismos, contrato con efectos normativos y norma de origen contractual, su interpretación ha de atender tanto a las reglas legales concernientes a la hermenéutica de las normas jurídicas, como a las reglas que fijan la interpretación de los contratos⁷. Por un lado, el art. 3 del Código Civil establece que “*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”, por

⁴ ROQUETA BUI, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los planes/fondos de pensiones y los contratos de seguro*, ob. cit., pág. 30.

⁵ RAMOS QUINTANA, M. I., “Mejoras voluntarias de la Seguridad Social: la mejora directa de prestaciones”, *Derecho y Salud*, volumen 2, nº 1, 1994, pág. 34.

⁶ ARADILLA MARQUÉS, M. J., “La protección social complementaria”, ob. cit., y ROQUETA BUI, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los planes/fondos de pensiones y los contratos de seguro*, ob. cit., pág. 56.

⁷ SSTs de 21 de diciembre de 2020, rec. 76/2019, de 13 de octubre de 2020, rec. 132/2019, y de 5 de febrero de 2020, rec. 3174/2017, entre otras.

otro lado, resultarán también de aplicación los arts. 1281 y siguientes del Código Civil que regulan la interpretación de los contratos⁸.

Así, siguiendo la doctrina jurisprudencia, en primer lugar, se habrá de atender al sentido literal de las cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes. Según el art. 3 del Código Civil, *“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras”*, y en virtud del art. 1281 de la misma norma *“si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas”*, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes, en cuyo caso prevalecerá ésta sobre aquellas. En segundo lugar, tal como se deduce del art. 1285 del Código Civil, se aplicará la interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas ellas. En tercer lugar, la interpretación histórica; el art. 1282 del Código Civil establece que *“para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”*. En cuarto lugar, se valorará la interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes; el art. 1283 del Código Civil dispone que no deberán entenderse comprendidos en los términos de un contrato *“cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar”*. Finalmente, el Tribunal Supremo establece que no cabe la interpretación analógica para cubrir las lagunas del convenio colectivo y que los convenios deberán ser interpretados en su conjunto, sin admitirse el “espigueo”⁹.

De todo ello se desprende que la primera regla de interpretación de las cláusulas del convenio colectivo será la interpretación literal, el sentido propio de sus palabras. Cuando los términos de la norma son claros y terminantes, no dejando dudas sobre la intención de las partes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación¹⁰.

5. LA CONTROVERTIDA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL SIN EFECTOS ECONÓMICOS VERSUS LA INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS DÍAS CUARTO AL DECIMOQUINTO

Finalmente, se ha argumentado por parte de la doctrina judicial¹¹ que el mal llamado complemento por incapacidad temporal es realmente una prestación autónoma, que más que complementarlo, lo suple. Se dice que son diferentes el complemento o mejora y el subsidio por incapacidad temporal, de modo que, cuando no hay subsidio es la empresa quien ha de asumir totalmente la prestación. Ello es así porque entienden que la empresa se hace cargo, si así se establece en convenio, de los tres primeros días de la situación de incapacidad temporal y también, en todo caso, asume directamente a su cargo la prestación de los días cuarto al decimoquinto. Así, en aquellos periodos que existe prestación la empresa la complementa y en los que no existe prestación la suple y la asume completamente.

Esta argumentación exige reflexionar sobre la asunción por parte del empresario de la prestación de incapacidad temporal del periodo comprendido entre los días cuarto a decimoquinto. La prestación de incapacidad temporal es una de las prestaciones que, debido a su cotidianeidad, mayor gasto ocasiona al sistema de Seguridad Social. Pero el coste de esta prestación no es exclusivamente social, sino que la situación de incapacidad temporal, por la directa relación que tiene con la prestación de servicios, supone también una importante carga para la estructura empresarial. La unión de todos estos factores, esto es, su habitualidad, el gasto social y el coste empresarial, han influido directamente

⁸ Sobre la interpretación de las cláusulas por las que se establecen mejoras voluntarias, PÉREZ DEL PRADO, D., “La interpretación de las cláusulas sobre mejoras voluntarias de la prestación de incapacidad temporal”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 296, 2018, págs. 269-275.

⁹ SSTs de 4 de junio de 2008, rec. 1771/2007 y 9 de abril de 2002, rec. 1234/2001.

¹⁰ STS de 20 de diciembre de 2022, rec. 4131/2019.

¹¹ SSTSJ de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, de 29 de enero de 2010, rec. 973/2009, y de 7 de mayo de 2008, rec. 117/2008.

en la creación de un clima de sospecha sobre el beneficiario de las prestaciones de incapacidad temporal¹², de manera que en el ambiente social subyace la idea de que un gran número de situaciones de incapacidad temporal, o bien se inician fraudulentamente, o bien se alargan de manera indebida en el tiempo. Toda la polémica que se cierne sobre ella la ha llevado a verse envuelta en una constante vorágine de reformas legislativas. En efecto, desde la década de los 90 del siglo pasado hasta la actualidad son innumerables las reformas que se han ocupado de reformular el régimen jurídico de la prestación para incidir en su cuantía, duración, extinción, responsables y, sobre todo, en su control. De entre todas ellas, por la relación que guarda con el tema objeto de este estudio, nos interesa destacar la atribución de responsabilidad empresarial en el pago del subsidio y el control de la prestación.

5.1. Responsabilidad directa del empresario en el pago de la prestación

El RD Ley 5/1992, de 21 de julio, de medidas presupuestarias urgentes del Estado en materia económica, transformado en Ley 28/1992, de 24 de noviembre, modificó el art. 129 de la LGSS de 1974, actual art. 173 LGSS de 2015, con la finalidad de trasladar a la empresa el abono de la prestación de incapacidad temporal, en caso de enfermedad común o de accidente no laboral, de los días cuarto al decimoquinto de la baja ambos inclusive. La reforma claramente pretendía reducir los costes que esta prestación ocasionaba al sistema de Seguridad Social¹³. Desde este punto de vista la protección de los trabajadores quedaba intacta¹⁴, pero se trasladaba al empresario individualmente considerado la carga de la prestación de incapacidad temporal durante los doce primeros días que el trabajador se encontrara en esta situación. Así, el sistema de Seguridad Social se exoneraba de un gran número de procesos de incapacidad temporal, pues ya no se haría cargo de todas aquellas incapacidades de duración igual o inferior a quince días¹⁵.

Ahora bien, se trató en su momento de una reforma muy polémica que provocó que se cuestionara la constitucionalidad de la misma¹⁶. Se planteó si responsabilizar a una entidad privada del pago de una parte de la prestación de incapacidad temporal, no vulneraba el art. 41 de la CE que impone a los poderes públicos mantener “*un régimen público de Seguridad Social*”. La cuestión fue resuelta por las Sentencias del Tribunal Constitucional 37/1994, de 10 de febrero, y 129/1994, de 5 de mayo, que entendieron que no era incompatible con la garantía constitucional consagrada en el art. 41 la reforma introducida en el art. 129 de la LGSS de 1974, y ello porque “*el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél*”. Además, se añade, la reforma “*afecta a un aspecto parcial de la protección de la incapacidad temporal para el trabajo, y no altera el papel predominante y el compromiso de los poderes públicos*”.

¹² Así, MERCADER UGUINA, J., “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, en *Relaciones Laborales*, 2004-I, pág. 404, ha definido “*en relación con la IT, y al modo que en una novela policiaca en la que la sospecha afecta a todos los personajes de la misma, sobre todos los beneficiarios de la prestación planea la duda de esa singular relación entre el paciente simulador y el terapeuta crédulo*”.

¹³ ARAMENDI SÁNCHEZ, P., “La prestación de ILT: Novedades introducidas por la Ley 28/1992 de Medidas Presupuestarias Urgentes”, en *Aranzadi Social*, 1992-IV, pág. 3131 y SEMPERE NAVARRO, A. V., y LUJÁN ALCARAZ, J., “Naturaleza jurídica del subsidio por incapacidad temporal a cargo del empresario”, en *Aranzadi Social*, tomo II, 1996, pág. 1 de 4.

¹⁴ GARCÍA NINET, J. I., “Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes. Algunas reflexiones”, en *Tribuna Social*, n° 40, 1994, pág. 57.

¹⁵ En este sentido, JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad laboral para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 109, por citar un ejemplo señala todas las epidemias de gripe que anualmente afectan a la sociedad y que vienen a tener una duración media de siete a diez días pasaron desde entonces a soportarse por los empresarios.

¹⁶ Sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de esta medida *vid.*, más ampliamente, BLASCO PELLICER, A., *La Responsabilidad Empresarial en el Pago de Prestaciones de Seguridad Social*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2005, págs. 102 y ss. y JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad laboral para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, ob. cit., págs. 122 y ss.

en su labor articuladora de la tutela frente a esta contingencia, descartándose toda prevalencia de la autonomía privada en el diseño de la acción protectora dispensada”.

El Tribunal Constitucional negó la inconstitucionalidad de la norma basándose, fundamentalmente, en el carácter reducido o parcial de esta medida, pues la atribución de la responsabilidad al empresario no abarca a la totalidad de la prestación de incapacidad temporal, sino a una parte muy reducida de esta protección. De manera que el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado, pues la gestión privada es insignificante dentro del conjunto de su acción protectora.

La polémica reforma introducida por la Ley 28/1992, de 24 de noviembre, de medidas presupuestarias urgentes, afectó también directamente a los complementos pactados en convenio colectivo para la prestación por incapacidad temporal, ya que se cuestionó su aplicación a los trabajadores a partir de la entrada en vigor de la mencionada norma. El Tribunal Supremo¹⁷ solucionó esta cuestión aplicando la cláusula *rebus sic stantibus*¹⁸. Argumentó que después de haberse pactado en convenio colectivo determinadas mejoras voluntarias en las prestaciones de incapacidad temporal, habían sucedido acontecimientos extraordinarios e imprevisibles para la empresa, derivados de la reforma legal de la prestación de incapacidad temporal y motivados por crisis económicas y aumentos del absentismo laboral, que hacían imposible mantener, por alteración de la base del negocio, las mejoras pactadas y que, por tanto, justificaban su inaplicación. De ahí que, de los días cuarto al decimoquinto la empresa asumía la obligación de Seguridad Social, pero quedaba exenta de la mejora estipulada en convenio.

Era lógico pensar que tras la entrada en vigor de la reforma de 1992 iba a desaparecer de los convenios colectivos la mejora de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes por el período de los días cuarto al decimoquinto de la baja, ya que el empresario desde ese momento asumía una doble carga: la prestación económica y la mejora. Sin embargo, la tendencia de la negociación colectiva ha sido la de mantener la mejora durante dicho período¹⁹.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes durante los días cuarto al decimoquinto, tiene el carácter de prestación del sistema de Seguridad Social a todos los efectos, con independencia de que se haya impuesto al empresario la obligación de asumir el pago directo de la prestación²⁰.

5.2. La incapacidad temporal sin efectos económicos

Cuestión distinta es la que merece el período de incapacidad temporal que se disfruta sin derecho a prestación económica. Con la finalidad de incrementar el control sobre los procesos de incapacidad temporal, las numerosas reformas que se han ido introduciendo en la prestación han ido incrementando las competencias del INSS tras la extinción de los procesos de incapacidad temporal y el inicio de nuevas situaciones. Se trata de evitar que un proceso de incapacidad temporal que ha finalizado por decisión del INSS que, tras el transcurso del período máximo ha denegado la declaración de incapacidad permanente, pueda burlarse con el inicio de un nuevo proceso de incapacidad iniciado por el Servicio Público de Salud.

¹⁷ Ver SSTs de 4 de julio de 1994, rec. 3339/1993 y 3103/1993, respectivamente y STS de 14 de julio del mismo año, rec. 479/1994.

¹⁸ Un comentario crítico a las Sentencias del Tribunal Supremo citadas puede verse en, ARADILLA MARQUÉS, M^a J., “La Incapacidad temporal: complementos de empresa y cláusula *rebus sic stantibus*”, en AA.VV., *La incapacidad temporal*, ed. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 175 y ss. y BENITO-BUTRÓN OCHOA, J. C., “Incapacidad temporal y mejoras voluntarias: supresión o mantenimiento tras el Real Decreto-Ley 5/1992”, en AA.VV., *La incapacidad temporal*, ed. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 181 y ss.

¹⁹ ROQUETA BUJ, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los planes/fondos de pensiones y los contratos de seguro*, ob. cit., pág. 141.

²⁰ STS de 15 de junio de 1998, rec. 3519/1997.

Así, el art. 174.3 LGSS establece que, extinguido el derecho a la prestación de incapacidad temporal por el transcurso del plazo de quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración, con o sin declaración de incapacidad permanente, solo podrá generarse un nuevo derecho a la prestación de incapacidad temporal por la misma o similar patología, si media un período superior a ciento ochenta días naturales, a contar desde la resolución de la incapacidad permanente. Es decir, que una vez transcurrido el período máximo de 545 días en situación de incapacidad temporal, para generar un nuevo derecho a prestación por la misma o similar patología, será necesario que haya transcurrido un período de actividad laboral de, al menos, 180 días. Además, se exigirá que el trabajador reúna, en la fecha de la nueva baja médica, el período de cotización requerido, de ser necesario por tratarse de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, computando para ello únicamente las cotizaciones efectuadas a partir de la resolución de la incapacidad permanente.

No obstante, aun cuando se trate de la misma o similar patología y no hubiesen transcurrido ciento ochenta días naturales desde la denegación de la incapacidad permanente, podrá iniciarse un nuevo proceso de incapacidad temporal, por una sola vez, cuando el INSS considere que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral. Para ello, acordará la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal.

Es decir, en virtud del art. 174.3 LGSS, cuando la prestación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo de 545 días, con o sin declaración de incapacidad permanente, para generar derecho al subsidio se deben de dar una de las tres situaciones siguientes: en primer lugar, que se trate de una enfermedad distinta a la que provocó el proceso de incapacidad temporal anterior; en segundo lugar, que hayan transcurrido más de 180 días entre ambos procesos de incapacidad y el trabajador acredite nuevamente la carencia requerida; por último, que el INSS inicie un nuevo proceso de incapacidad a los exclusivos efectos de la prestación económica, si considera que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral.

Se deja exclusivamente en manos del INSS el control sobre las recaídas en los procesos de incapacidad temporal, que podrá decidir, por un lado, si se trata de la misma o similar enfermedad y, por otro lado, si el trabajador merece la posibilidad de abrir un nuevo proceso si existe posibilidad de recuperación de su capacidad laboral. En todo caso, tal como ha establecido el Tribunal Supremo²¹, la potestad del INSS no es discrecional debe basarse en criterios objetivos que justifiquen la denegación a tales efectos. El INSS debe, en consecuencia, pronunciarse sobre el estado de salud del trabajador que ha obtenido de los servicios médicos de salud una nueva baja médica y, al objeto de denegarle los correspondientes efectos económicos, debe de pronunciarse fundadamente sobre las posibilidades de recuperar su capacidad laboral, atendidos los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador.

Así pues, si no concurren los presupuestos anteriores no se genera el derecho al subsidio por incapacidad temporal, éste no nace y no puede desplegar ningún efecto económico para el trabajador.

6. CONCLUSIONES

Para resolver sobre el derecho a percibir las mejoras por incapacidad temporal pactadas en convenio colectivo cuando no se genera derecho al subsidio económico por incapacidad temporal, se debe partir, en primer lugar, de la naturaleza jurídica que hay que otorgar al período de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal sin derecho al subsidio.

Tal como se desprende del art. 174.3 LGSS, extinguido un período de incapacidad temporal por el transcurso de su duración máxima, sólo se puede generar un nuevo derecho si transcurren más de 180 días o si el INSS acuerda la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por

²¹ SSTs de 23 de noviembre de 2021, rec. 87/2019, de 6 de noviembre de 2019, rec. 1363/2017 y de 10 de diciembre de 2021, rec. 3429/2011, entre otras.

incapacidad temporal. En ningún caso, salvo que se trate de enfermedad distinta, el Servicio Público de Salud tendrá competencias para iniciar un nuevo procedimiento. En este caso, por tanto, el Servicio Público de Salud ha iniciado una situación de incapacidad temporal sin tener competencias para ello, con lo cual, se deniegan los efectos económicos de dicho período. En puridad, no se debe hablar de una situación de incapacidad temporal sin efectos económicos, sino que se trata de una suspensión del contrato que no ha generado prestación de incapacidad temporal.

No se pueden equiparar, por tanto, estas situaciones con las previstas en el art. 173.1 LGSS, en las que el subsidio no corre a cargo de la Seguridad Social hasta el decimosexto día de baja. Ya que, en estos casos, sí que existe prestación económica, el subsidio nace a partir del cuarto día de baja en el trabajo, si bien desde el día cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive, el subsidio estará a cargo del empresario. En este caso estamos ante un proceso de incapacidad temporal con derecho a prestación a cargo de la Seguridad Social, aunque no asuma el subsidio hasta el día decimosexto, mientras que en el supuesto anterior el derecho al subsidio no nace en momento alguno.

Por su parte, las prestaciones de Seguridad Social pueden ser mejoradas voluntariamente. El régimen jurídico de las mejoras se contiene en las normas que las establecen. Con carácter general, las mejoras a las prestaciones de incapacidad temporal se regulan por convenio colectivo y la primera regla de interpretación de las cláusulas del convenio colectivo será la interpretación literal, el sentido propio de sus palabras. Cuando los términos de la norma son claros y terminantes, no dejando dudas sobre la intención de las partes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas.

El quid de la cuestión es si estamos o no ante una situación de incapacidad temporal. Tal como se desprende de la normativa vigente, en los casos en los que INSS da de alta médica a un trabajador, el Servicio Público de Salud no puede iniciar una situación de incapacidad temporal dentro de los 180 días siguientes por la misma o similar enfermedad, así que necesariamente debemos llegar a la conclusión de que en estos casos el subsidio no llega a nacer en ningún momento.

Si no existe una situación de incapacidad temporal, no se puede obligar a la empresa a asumir el 100% de la prestación como consecuencia del pacto en convenio de la mejora voluntaria de la prestación. Esto supondría forzar en exceso la interpretación del convenio y comportaría atribuir a la empresa la responsabilidad absoluta de la prestación de incapacidad temporal en los casos de error o mal praxis de las entidades competentes para iniciar los procesos de incapacidad temporal.

Por todo ello, si el convenio colectivo establece que la empresa “*complementará el subsidio de incapacidad temporal aportado por la Seguridad Social*”, parece obvio que si no hay subsidio de incapacidad temporal a cargo de la Seguridad Social, como es el caso, no ha lugar a la mejora voluntaria. La mejora se vincula necesariamente a la existencia de una prestación de la Seguridad Social. Esta es la conclusión a la que, a mi juicio, acertadamente ha llegado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de diciembre de 2022 que ha sido objeto de este comentario.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ARADILLA MARQUÉS, M. J., “La Incapacidad temporal: complementos de empresa y cláusula *rebus sic stantibus*”, en AA.VV., *La incapacidad temporal*, ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- ARADILLA MARQUÉS, M. J., “La protección social complementaria”, AAVV (Roqueta Buj y García Ortega), *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- ARAMENDI SÁNCHEZ, P., “La prestación de ILT: Novedades introducidas por la Ley 28/1992 de Medidas Presupuestarias Urgentes”, en *Aranzadi Social*, 1992-IV.
- BENITO-BUTRÓN OCHOA, J. C., “Incapacidad temporal y mejoras voluntarias: supresión o mantenimiento tras el Real Decreto-Ley 5/1992”, en AA.VV., *La incapacidad temporal*, ed. Tecnos, Madrid, 1996.


- BLASCO PELLICER, A., *La Responsabilidad Empresarial en el Pago de Prestaciones de Seguridad Social*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- GARCÍA NINET, J. I., “Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes. Algunas reflexiones”, en *Tribuna Social*, nº 40, 1994.
- JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad laboral para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- MERCADER UGUINA, J., “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, en *Relaciones Laborales*, 2004-I.
- PÉREZ DEL PRADO, D., “La interpretación de las cláusulas sobre mejoras voluntarias de la prestación de incapacidad temporal”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 296, 2018.
- RAMOS QUINTANA, M. I., “Mejoras voluntarias de la Seguridad Social: la mejora directa de prestaciones”, *Derecho y Salud*, volumen 2, nº 1, 1994.
- ROQUETA BUI, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los planes/fondos de pensiones y los contratos de seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., y LUJÁN ALCARAZ, J., “Naturaleza jurídica del subsidio por incapacidad temporal a cargo del empresario”, en *Aranzadi Social*, tomo II, 1996.

El ámbito subjetivo de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social: desigualdad de trato entre trabajadores. Comentario a la STS 877/2022, de 31 de octubre (recurso de casación 50/2019)¹

The subjective scope of voluntary improvements in Social Security: unequal treatment between workers. Comment on Supreme Court Ruling 877/2022, of 31 October (appeal 50/2019)

ENEAS ISPIZUA DORNA

Profesora adjunta de la Universidad del País Vasco

 <https://orcid.org/0000-0002-7531-8166>

Cita Sugerida: ISPIZUA DORNA, E.: «El ámbito subjetivo de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social: desigualdad de trato entre trabajadores. Comentario a la STS 877/2022, de 31 de octubre (recurso de casación 50/2019)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 36 (2023): 125-130.

Resumen

Este estudio tiene por objeto analizar el criterio adoptado por el Tribunal Supremo sobre la discriminación en el ámbito subjetivo de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. En concreto, se debate si un convenio colectivo puede excluir de su ámbito de aplicación a una serie de trabajadores por haberse incorporado a dicha institución pública a través de un plan de empleo. En términos generales, los pronunciamientos jurisprudenciales han insistido que los preceptos de los convenios colectivos que realicen una distinción entre trabajadores fijos y temporales (como es el caso de los trabajadores contratados en base a un programa de empleo) no serán válidos por vulnerar el principio de igualdad y no discriminación.

Abstract

This study aims to analyse the criterion adopted by the Supreme Court on discrimination in the subjective field of voluntary improvements in Social Security. Specifically, it is debated whether a collective agreement can exclude a number of workers from its scope because they have joined said public institution through an employment plan. In general terms, the jurisprudential pronouncements have insisted that the precepts of the collective agreements that make a distinction between permanent and temporary workers (as is the case of workers hired on the basis of an employment program) will not be valid for violating the principle of equality and non-discrimination.

Palabras clave

discriminación; mejoras voluntarias de Seguridad Social; ámbito subjetivo; convenio colectivo

Keywords

discrimination; voluntary Social Security improvements; subjective scope; collective agreement

1. CUESTIÓN SUSCITADA

La STS 877/2022, de 31 de octubre (recurso de casación 50/2019), de la que ha sido ponente la magistrada Rosa María Vinolés Piñol, aborda una cuestión relacionada con el ámbito subjetivo de las mejoras voluntarias de la seguridad social. En concreto, procede a dirimir si un ayuntamiento que tiene convenio colectivo propio puede excluir expresamente a cierto tipo de trabajadores en la aplicación de las mejoras voluntarias de la seguridad social reconocidas en ella.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación MINECO “La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial”, Ref. PID2021-122537NB-I00; y en el Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco “Un nuevo modelo de Gobernanza empresarial sostenible en la era de la internacionalización y la digitalización” (ref. IT1630-22).

2. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Una trabajadora suscribió un contrato de trabajo el 8 de septiembre de 2014 con un ayuntamiento. Dicho contrato era temporal al encuadrarse dentro de los trabajos de interés social/ fomento de Empleo Agrario, Plan Especial de Empleo en zonas rurales deprimidas 2014 y su duración se alargaba hasta el 9 de diciembre de 2014. Prestaba sus servicios como jardinera dentro del Plan Especial Empleo citado y en la cláusula séptima de su contrato se recogía expresamente “sin convenio colectivo”.

El 6 de noviembre, la trabajadora sufrió un accidente de trabajo cuando prestaba sus servicios y, por tanto, inició un proceso de incapacidad temporal. A finales del mismo mes, la trabajadora fue intervenida por los servicios de Mutua Fremap, debido a que el ayuntamiento tenía concertada la contingencia de accidente con dicha aseguradora. La trabajadora agotó el plazo máximo de incapacidad temporal y con fecha de 29 de abril de 2016, el Instituto Nacional de la Seguridad Social le concedió una pensión de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual.

El 19 de mayo de 2016, la trabajadora le solicitó al ayuntamiento la indemnización de mejora voluntaria reconocida en el Convenio Colectivo del ayuntamiento que consistía en quince mil euros. Sin embargo, el ayuntamiento le denegó dicho importe por considerar que no se le aplicaba el artículo 34 del Convenio de personal laboral del ayuntamiento al quedar expresamente excluida en la séptima cláusula de su contrato.

Ante esta negativa, la trabajadora presentó una reclamación previa alegando que, al negársele dicho importe, solicitaba que se le aplicase el Convenio Estatal de Jardinería, donde se reconocía una cantidad superior al del Convenio colectivo del ayuntamiento, que consistía en 18.030,36 euros. Esta reclamación fue desestimada. En esta misma línea, se pronunció el 30 de mayo de 2017 el Juzgado de lo Social nº 2 de Albacete. Contra esta sentencia, la trabajadora interpuso un recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, donde se le estimó en parte su pretensión al reconocerle la cantidad de quince mil euros más los intereses legales. Este Tribunal puntualizó que el debate se centraba en el hecho de que un convenio colectivo excluya de su ámbito de aplicación a un tipo de trabajadores al recoger en el artículo 5 del Convenio colectivo del ayuntamiento lo siguiente: *“El presente Convenio colectivo afecta a todo el personal laboral-fijo, indefinido, no fijo y temporal- al servicio del Ayuntamiento de Hellín, entendiéndose como tal a todo trabajador o trabajadora contratados en régimen de derecho laboral, cualquiera que sea la modalidad de contratación y duración de la misma, con excepción de los trabajadores contratados al amparo de convenios, programas o planes especiales de empleo o de otras fórmulas de colaboración suscritos entre el Ayuntamiento de Hellín y otras administraciones públicas que tengan como finalidad el fomento de empleo, la formación y/o la inserción laboral”*² 3. Por tanto, el conflicto a resolver se centra en determinar si dicha exclusión puede considerarse válida o no por vulnerar el derecho fundamental de la igualdad y no discriminación.

Frente a esta sentencia del TSJ de Castilla La Mancha, el ayuntamiento interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste, para sostener la existencia de contradicción que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la dictada por el mismo TSJ, esto es, de Castilla La Mancha, de 11 de diciembre de 2003 (rec.576/2002). Esta sentencia de contraste estimó el recurso interpuesto por el mismo ayuntamiento y revocó la sentencia de instancia. En este caso, el trabajador prestaba sus servicios en el ayuntamiento desde el año 2000 con la categoría de coordinador de la Escuela Taller y tampoco se aplicaba el convenio colectivo del ayuntamiento al personal de la Escuela Taller. El trabajador, solicitó un incremento

² Fundamentos de Derecho segundo de la STS 877/2022, de 31 octubre.

³ Artículo 5 del IV.Convenio colectivo del Excmo. Ayuntamiento de Hellín, disponible en: <https://www.hellin.es/images/hellinimages/TRANSPARENCIA/RECURSOS%20HUMANOS/IV%20Convenio%20Colectivo%20BOP.pdf> (última consulta: 03-05-2023).

de retribución, debido a que el personal del ayuntamiento percibía mayor salario y solicitaba su equiparación. El ayuntamiento argumentó que no se le podía aplicar el convenio colectivo, porque la Administración cuando depende de subvenciones no actúa con autonomía de empresario, debido a que las contrataciones que se realizan a través de la subvención son realizadas por resolución del INEM. Asimismo, dentro de la voluntad de las partes, un convenio colectivo puede excluir de su ámbito de aplicación a las personas contratadas para los planes de empleo, como es el caso de las Escuelas Taller.

El Tribunal considera que entre las sentencias comparadas existe la contradicción exigida por el artículo 219 de la LRJS. Por tanto, superado el requisito de la contradicción, entra a examinar el fondo del asunto. La cuestión litigiosa se centra en determinar si el convenio colectivo del ayuntamiento puede excluir expresamente a cierto tipo de trabajadores, en concreto, por estar contratados bajo el amparo de los Planes Especiales de Empleo. Pues, según la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el hecho de existir un plan de fomento de empleo con financiación externa, como es el caso, puede ser justificativo de contratar laboralmente a un número mayor o menor de trabajadores, pero lo que no puede hacer es alterar el régimen retributivo aplicable a los contratados. Por lo tanto, estima que no existe causa para excluir a la trabajadora de uno de los beneficios recogidos en el convenio colectivo, como es el de la indemnización de quince mil euros reconocida en el artículo 34. En consecuencia, entiende que el artículo 5 del Convenio Colectivo del ayuntamiento debería ser considerado ilegal y por eso, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el ayuntamiento.

3. PRONUNCIAMIENTOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Resulta incuestionable que las mejoras voluntarias de la Seguridad Social son susceptibles de ser un privilegio que no beneficia a todos los trabajadores. Esta circunstancia puede ser causa de vulneración de los principios de igualdad y no discriminación. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha entendido que el principio de autonomía de la voluntad deja un margen de acuerdo privado y decisión unilateral del empresario en la ejecución de su derecho de organización de la empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución española. Bajo este precepto, el empresario puede libremente disponer las condiciones económicas y laborales del trabajador, siempre y cuando respete los mínimos regulados en la legislación y en los convenios colectivos y siempre que las diferencias de trato no tengan un significado discriminatorio que vaya en contra de la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores⁴. En este sentido, sabemos que estas mejoras surgen de las relaciones entre los trabajadores y empresarios, pero siempre tendrán que respetar el artículo 14 de la Constitución donde se prohíbe emplear factores de exclusión por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Asimismo, la Directiva 2006/54/CE, 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 también prohíbe la discriminación por razón de sexo. Además, deberán respetarse los artículos 4.2.c) y 17 del Estatuto de los trabajadores. También cabe mencionar por el tema tratado en este estudio, el artículo 5 de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, puesto que recoge un precepto relacionado con los compromisos de pensiones y la igualdad y no discriminación. En concreto, el artículo 5.1. recoge que *“los planes de pensiones deberán cumplir cada uno de los siguientes principios básicos: a) no discriminación: debe garantizarse el acceso como partícipe de un plan a cualquier persona física que reúna las condiciones de vinculación o capacidad de contratación con el promotor que caracterizan cada tipo de contrato”*. En consecuencia, el personal con contrato temporal debe tener los mismos derechos que los funcionarios de carrera en relación con las aportaciones de la Administración a los planes

⁴ ÁLVAREZ GIMENO, R., “Las condiciones más beneficiosas en el ámbito de la seguridad social”, *Documentación Laboral*, nº 114, 2018, vol.II, pg.81.

de pensiones⁵. A pesar de recoger dicho principio de no discriminación resulta ser muy limitado, debido a que la no discriminación en el acceso es compatible con la diferenciación de aportaciones del promotor correspondientes a cada partícipe y con la aplicación de regímenes diferenciados en las aportaciones y en las prestaciones. Esto puede suponer que existan trabajadores que cuentan con las aportaciones de su empresario a dichos planes mientras que otros trabajadores forman parte del plan, pero únicamente con sus propias aportaciones.

Estos principios de igualdad y no discriminación mencionados, se cuestionan cuando los convenios colectivos recogen cláusulas relacionadas con el carácter temporal de los contratos, exigiendo una determinada antigüedad de meses o años al trabajador; o sólo refiriéndose a una categoría de trabajadores, como puede ser el caso analizado. Para que estas cláusulas resulten justificadas deben exigir esa permanencia por propia naturaleza del derecho, como ocurre por ejemplo con las indemnizaciones por jubilación vinculadas a la antigüedad del trabajador en la empresa. Pero cuando no sea así, resultará discriminatorio. Así lo constató, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de Andalucía en la sentencia 2474/2011, de 22 de septiembre, cuando confirmó que cuando un convenio colectivo establece la mejora voluntaria de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional sólo para los trabajadores fijos y no para los temporales, estamos ante una vulneración del principio de igualdad. Por tanto, los trabajadores fijos y temporales deben tener la misma cobertura de mejoras voluntarias como proporciona el sistema obligatorio de Seguridad Social. En caso de operarse una diferenciación entre situaciones iguales será necesario que exista una justificación objetiva y razonable, es decir, lo que prohíbe el principio de igualdad *“son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado”*⁶. A diferencia de este supuesto de distinción, existe un claro ejemplo de la Seguridad Social complementaria en el que se permite la diferenciación. Este último supuesto lo encontramos en el reconocimiento de un complemento por incapacidad temporal a colectivos especialmente vulnerables, como es el caso del embarazo de riesgo sufrido por una mujer, que en el sistema público tiene el tratamiento de baja por enfermedad común por ser una situación clínica del propio embarazo. Esta situación puede ser mejorada por la empresa para equipararlo a la prestación por riesgo durante el embarazo, asimilada por la Seguridad Social a las contingencias profesionales y protegida desde el primer día de la baja con el 100% de la base reguladora⁷.

Si volvemos a la sentencia analizada, debemos tener en cuenta que la distinción entre trabajadores se realiza en un ayuntamiento, es decir, en un ente público. Como la misma sentencia constata sobre el principio de igualdad y no discriminación, cuando la empleadora es la Administración Pública, no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad como en las empresas privadas, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Esto es, se niega esa autonomía y se rige por el principio de legalidad. Dentro de este principio de legalidad es indispensable respetar el principio de no discriminación y aprobar medidas de impulso para que la igualdad de trato sea efectiva. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en una sentencia de 1987 (STC 136/1987, de 22 de julio) ya resolvió un caso de distinción retributiva basado en el tipo de contrato. Así, constató que *“no estaría permitida por la ley la ruptura del ámbito normal de negociación colectiva a nivel de Empresa, con introducción de la desigualdad discriminatoria en perjuicio de quienes normalmente constituirán una minoría con mucha menor incidencia en los trámites de elección de la representación de los trabajadores. El Convenio Colectivo del*

⁵ ALDOMÀ BUIXADÉ, J., *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública*, Estudios de Relaciones Laborales, Diputación de Barcelona, 2014, disponible en: https://cemical.diba.cat/sites/chemical.diba.cat/files/public/migracio/publicacions/ficheros/CEMICAL_aplicacion_principio_no_discriminacion_personal_temporal.pdf?noredirect=1 (última consulta: 03-05-2023).

⁶ ROQUETA BUI, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los Planes/Fondos de pensiones y los contratos de seguro*, Tirant lo Blanch, 2010, pg. 77.

⁷ ÁLVAREZ GIMENO, R., “Las condiciones más beneficiosas en el ámbito de la seguridad social”, *Documentación Laboral*, nº 114, 2018, vol.II, pg. 82.

Ayuntamiento, al excluir de la retribución de los indefinidos, al colectivo de personal laboral que no percibe su salario exclusivamente con cargo a los presupuestos de dicha entidad local (personal que somete su contrato a subvenciones de otras entidades o administración), está sometiendo a un nivel de empleo más precario y vulnerable a aquellos trabajadores que contrata de forma temporal con justificación en un alegado interés social”⁸. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional han sido seguidos posteriormente por el resto de tribunales, constatando que los argumentos de que se trata de un contrato que obedece a una concreta finalidad y que está sujeto a una subvención pública, no permite que se justifiquen las diferencias de trato respecto a la retribución. En esos casos, no es lícito hacer distinciones, porque no se trata de dos tipos de personal con un régimen jurídico distinto como ocurre en los supuestos de diferencias salariales entre el personal funcionariado y laboral. En este último caso, esa diferencia en el régimen jurídico sí justifica la diferenciación de trato.

4. CONCLUSIONES

El caso analizado finaliza con el fallo dictado por la Sala de lo Social, Sección 1ª del Tribunal Supremo, que analizado el artículo 5 del Convenio Colectivo del ayuntamiento determina que debe ser calificado como ilegal, al considerar que no existe causa para excluir a una trabajadora de uno de los beneficios del convenio colectivo. Asimismo, pone en conocimiento del Ministerio Fiscal la ilegalidad del precepto para que pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios. Por tanto, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por parte del ayuntamiento. Considero el fallo dictado por dicho Tribunal acorde a la doctrina jurisprudencial y no debe aceptarse la tesis de la sentencia de contraste dónde se admitía la inaplicación del convenio colectivo a un trabajador por considerar el Tribunal que existe libertad de voluntad de las partes a la hora de decidir el ámbito de aplicación de un Convenio Colectivo. Como se ha comentado en los apartados anteriores, no existe autonomía de la voluntad en los supuestos en los que el empleador es una Administración Pública y debe regirse por el principio de legalidad.

Una entidad pública local como es el ayuntamiento no puede incumplir con la normativa laboral y menos excluir a un grupo de trabajadores por el hecho de incorporarse en dicha entidad local a través de un plan especial de empleo que además resulta ser beneficiaria de una subvención. Esto es, la administración pública no puede ejercer diferencias entre los trabajadores que se han incorporado a través de un plan de empleo y su plantilla municipal.

La exclusión de este tipo de trabajadores vulnera las Directivas 1999/70/CE y 2006/54/CE, el artículo 14 de la Constitución española, los artículos 4.2.c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 5 de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

Asimismo, las Administraciones Públicas deben ser ejemplo y promotoras del principio de igualdad y no discriminación y en su papel de empleadores deben respetar dicho principio con independencia de cuál sea la modalidad contractual por la que prestan sus servicios, siendo irrelevante si se trata de trabajadores de la plantilla municipal o trabajadores contratados en base a un plan de empleo.

Por último, sabiendo que los convenios colectivos son negociados y acordados por los sindicatos mayoritarios y organizaciones empresariales, resulta curioso que los sindicatos acordasen expresamente la exclusión de unos trabajadores, por incorporarse en un ente municipal a través de un plan de empleo.

⁸ OCAÑA ESCOLAR, L., “Discriminación y modalidades de contratación en los planes de empleo de los ayuntamientos”, XXXIX. Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Contratación en empleo público: equiparación personal laboral y funcionario, 2021, disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleoformacionytrabajoautonomo/portalcari/c/document_library/get_file?uuid=f2cf5928-cf6d-44ab-9c73-dbd95707bba&groupId=10128 (última consulta: 02-05-2023).

5. BIBLIOGRAFÍA


- ALDOMÀ BUIXADÉ, J., *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública*, Estudios de Relaciones Laborales, Diputación de Barcelona, 2014, disponible en: https://cemical.diba.cat/sites/cemical.diba.cat/files/public/migracio/publicacions/ficheros/CEMICAL_aplicacion_principio_no_discriminacion_personal_temporal.pdf?noredirect=1
- ÁLVAREZ GIMENO, R., “Las condiciones más beneficiosas en el ámbito de la seguridad social”, *Documentación Laboral*, nº 114, 2018.
- OCAÑA ESCOLAR, L., “Discriminación y modalidades de contratación en los planes de empleo de los ayuntamientos”, XXXIX. *Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Contratación en empleo público: equiparación personal laboral y funcionario*, 2021, disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleoformacionytrabajoautonomo/portalcari/c/document_library/get_file?uuid=f2cf5928-cf6d-44ab-9c73-dbd95707bba&groupId=10128
- ROQUETA BUI, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los Planes/Fondos de pensiones y los contratos de seguro*, Tirant lo Blanch, 2010.

La cotización de la indemnización por despido en el exceso de la cuantía fijada por el Estatuto de los Trabajadores

The contribution of severance pay in excess of the amount set by the Workers' Statute

CARLOTA RUIZ GONZÁLEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura

 <https://orcid.org/0000-0002-4128-6573>

Cita Sugerida: RUIZ GONZÁLEZ, C.: «La cotización de la indemnización por despido en el exceso de la cuantía fijada por el Estatuto de los Trabajadores». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 36 (2023): 131-138.

Resumen

Este comentario tiene por objeto analizar la doctrina establecida por nuestro Tribunal Supremo en cuanto a cómo debe interpretarse la referencia a “convenio, pacto o contrato” que se recoge en el párrafo tercero del art. 147.2.c) TRLGSS para, en su caso, incluir o no en la base de cotización de un trabajador, el exceso en la cuantía de la indemnización que percibirá por finalización de un contrato temporal (o por cese o despido) cuando esa mayor cuantía se establezca en un Convenio colectivo del sector afectado.

Abstract

This commentary is intended to analyse the doctrine established by our Supreme Court as to how we should interpret the reference to “agreement, pact or contract” that is included in the third paragraph of art. 147.2.c) TRLGSS to, where appropriate, include or not in the contribution base of a worker, the excess in the amount of compensation that they will receive for the termination of a temporary contract (or for termination or dismissal) when that greater amount is established in a collective agreement of the affected sector.

Palabras clave

Cotización; conceptos excluidos; indemnización por despido; convenio colectivo

Keywords

Contribution; excluded items; severance pay; collective agreement

1. CUESTIÓN CONTROVERTIDA: LA INTERPRETACIÓN DEL TÉRMINO CONVENIO

La STS/C-A de 24 octubre 2022 (R. Casación 5731/2020), de la que ha sido ponente la magistrada María Isabel Perello Domenech, aborda una cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, vinculada a la interpretación que debe realizarse en cuanto a si la referencia a “convenio, pacto o contrato” que se recoge en el párrafo tercero del art. 147.2.c) del TRLGSS¹, alude expresamente a los convenios colectivos. Y si, en cualquier caso, debe incluirse o no en la base de cotización de un trabajador, el exceso en la cuantía de la indemnización que percibirá por finalización de su contrato temporal (o por cese o despido) cuando esa mayor cuantía se establezca por Convenio colectivo aplicable.

Este interés jurisprudencial se fundamenta, conforme dispone el art. 88.2.c) de la LRJCA², en la susceptibilidad que tiene la decisión de afectar a un gran número de situaciones, en cuanto que, solo el colectivo de trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio colectivo de empresas auxiliares, en el que se enmarca la actividad del recurrente (superior a 3.000 trabajadores,

¹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

² Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998).

con centenares de contratos temporales que finalizan cada año), ya justifica la adopción de un criterio que resuelva el gran número de situaciones a las que afectaría la Sentencia dictada en apelación. Además, la situación enjuiciada, podrá ser extrapolable a cualquier otro Convenio colectivo incluso de ámbito estatal que, al amparo de lo previsto en el art. 49.1.c) del ET, disponga una indemnización por importe superior a la supletoria establecida en este artículo³.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

Una empresa viene abonando a sus trabajadores la indemnización del 12% de su salario anual, en caso de cese de contrato temporal, de conformidad con lo establecido con carácter indisponible en el art. 30 del Convenio colectivo de montaje y empresas auxiliares del de Asturias. Particularmente, se la da la circunstancia que dicha indemnización resulta superior a la estipulada, con carácter general, en el art. 49.1 del ET⁴ que dispone una cuantía equivalente a doce días de salario por cada año de servicio.

Realizada la preceptiva inspección, se procede a incoar por la Inspección de Trabajo la correspondiente acta de liquidación, entendiendo la Administración que dicha indemnización, al superar la cuantía prevista en el Estatuto de los Trabajadores, debe ser objeto de cotización en la diferencia existente entre el importe que se viene abonando y lo previsto en la norma.

Mediante Resolución de 8 febrero 2019, confirmada en alzada (sentencia de 30 septiembre 2020), la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la Seguridad Social elevó a definitiva la liquidación girada a la empresa⁵, considerando que la indemnización contemplada en el convenio colectivo no estaba exenta de cotización, al no constituir el supuesto controvertido una de las excepciones previstas en el art. 147 del TRLGSS.

Disconforme con la decisión anterior, la empresa interpone recurso de apelación que es resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, mediante sentencia desestimatoria de fecha 11 marzo 2020. En este sentido, la Sala razona que la interpretación del apartado segundo del art. 147 del TRLGSS conlleva que en los casos de despido (o cese) sólo la indemnización legal resulta excluida de la base de cotización no estando, por el contrario, aquella otra indemnización que superando la cuantía legal procedente, exceda de la fijada en el ET para el despido o cese.

Seguidamente, la empresa interpone recurso de casación identificando como vulnerados el artículo 147.2 del TRLGSS; el artículo 49.1.c) del ET; el artículo 23 del Real Decreto 2064/1995,

³ La cuestión jurídica enunciada, entiendo el Tribunal Supremo, presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, por concurrir la circunstancia contenida en la letra c) del at. 88.2 de la LJCA, al tratarse de una resolución que: “c) *Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso*”, así como la presunción de la letra a) del art. 88.3 de la LJCA: “a) *Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.*”. ATS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 junio 2021 (R. Casación núm. 5731/2020), ECLI:ES:TS:2021:8616A

⁴ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015).

⁵ La Resolución de la TGSS de 8 de octubre de 2018, elevaba a definitiva la liquidación girada a la empresa por importe de 358.207, 88 Euros.

de 22 de diciembre⁶; y los principios de buena fe y confianza legítima del artículo 3.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector Público⁷.

Considera la recurrente que el problema interpretativo radica en que la indemnización estipulada con carácter obligatorio en el ET, para estos casos, no es sólo la de doce días por año de servicio, sino que podrá ser la establecida, en su caso, por la normativa específica que sea de aplicación.

Asimismo, y en relación a la estipulación contenida en la parte final del art. 147.2.c) del TRLGSS, entiende que ésta no hace referencia al convenio colectivo, en este caso sectorial (que no es unilateralmente negociado y acordado por la empresa), sino a convenios, pactos o contratos entre las partes de una relación laboral. Lo que nada tiene que ver con el supuesto controvertido.

Añade, igualmente, que el convenio colectivo no puede por sí sólo disponer y regular los conceptos y cuantías que están sujetas a cotización, y que lo que ocurre es que hay una habilitación legal expresa a que el convenio colectivo sectorial, como norma sectorial, disponga una indemnización por fin de contrato temporal que tendrá la condición de indemnización obligatoria del Estatuto, a efectos de estar exenta de cotización.

En último lugar concluye sus alegaciones la empresa, entendiéndolo razonable que si la habilitación legal es la misma en ambos casos (art. 147 del TRLGSS en relación con el art. 49 del ET), la respuesta debe ser la misma y, por tanto, al igual que se reconoce la exención de la indemnización superior por cese de contrato temporal estipulada en el sector de la construcción, debe aplicarse dicha regla al sector correspondiente a la actividad de la recurrente⁸.

⁶ La regulación contenida en el art. 147 del TRLGSS se completa con lo establecido en el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (BOE núm. 22, de 25 de enero de 1996), donde en su artículo 23 rubricado “Base de cotización” se establece que “1. La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, así como por los conceptos de recaudación conjunta con las cuotas de dicho régimen, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que, con carácter mensual, tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena.”. Excluyéndose, en su apartado segundo, del cómputo de la base entre otros conceptos: “B) Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones, despidos y ceses, en los términos previstos en el artículo 109.2.c) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. De superar el importe de estas indemnizaciones los límites establecidos en el citado artículo, el exceso a incluir en la base de cotización se prorrateará a lo largo de los doce meses anteriores a aquel en que tenga lugar la circunstancia que las motive.”

⁷ BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

⁸ En relación a la aplicación analógica de lo dispuesto para el sector de la construcción, no acepta la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 11 marzo 2020, Recurso de apelación núm. 51/2019, ECLI:ES:AM:2020:882, la pretendida analogía alegada por la recurrente, pues el sistema particular establecido para dicho sector aborda “cuestiones distintas y ajenas a la actual controversia”. Adicionalmente, y como se recoge en el informe ampliatorio de 7 junio 2018, a este respecto, cabe señalar que la DA 1ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo y la DA 3ª de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Ley de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, “otorgan a la negociación colectiva de ámbito estatal la facultad de adaptar al sector de la construcción el contrato de obra o servicio determinado regulado con carácter general en el artículo 15 del E.T. De acuerdo con ello la indicada adaptación se realiza mediante el «contrato fijo de obra» que, además de los restantes caracteres que contiene, regula de forma específica el artículo 15.1.a) y 5 y el artículo 49.c) del E.T. para el sector de la construcción”. Así, puede afirmarse, que para el sector de la construcción, el ordenamiento jurídico establece un régimen normativo específico, en el que la indemnización fijada en el art. 49.c) del ET ha sido sustituida por la indemnización fijada en el art. 24 el V Convenio Colectivo del sector de la construcción. Por tanto, la indemnización por cese prevista en dicho convenio colectivo del 7%, calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio aplicables devengados durante la vigencia del contrato fijo de obra, debe considerarse incluida en el apartado 2.c) del artículo 109 de la LGSS (actual artículo 147 TRLGSS) y, por consiguiente, queda excluida de la base de cotización a la Seguridad Social.

Una perspectiva contrapuesta, lógicamente, invoca el Letrado de la Seguridad Social que refiere respecto del apartado segundo del art. 147 del TRLGSS, que cuando incluye expresamente el término “convenio” no existe duda de que se está refiriendo a los convenios colectivos, toda vez que constituye el resultado de la negociación entre los representantes de los trabajadores y empresarios, adoptado libremente en virtud de su autonomía colectiva. En lo referido al art. 49.1.c) del ET, que regula la indemnización por expiración del contrato, razone que éste no hace referencia a que el importe sea o no cotizable a la Seguridad Social, entendiendo que la exención no alcanza al importe total de las indemnizaciones que pacten los negociadores del convenio colectivo, pues el carácter vinculante de la negociación colectiva, y la fuerza vinculante de los convenios, se produce en el ámbito laboral y nunca en el ámbito de las relaciones con la Seguridad Social.

A partir de estos antecedentes, procede a examinar la Sala las cuestiones suscitadas.

3. SOBRE LOS CONCEPTOS A INCLUIR EN LA BASE DE COTIZACIÓN Y LA EXENCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO O CESE

La base de cotización, tal y como determina el art. 147 del TRLGSS, “...*para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional*”, estará constituida por “*la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena*”.

Aunque la norma menciona el concepto retribución mensual, el apartado primero del citado artículo aclara que las percepciones salariales de vencimiento superior al mensual (por ejemplo, las pagas extraordinarias) se prorratearán a lo largo de los doce meses del año. Por tanto, esa parte proporcional de paga extra devengada, pero no percibida, se incluirá también en la base de cotización sin perjuicio de que, en el mes en que se recibe de manera íntegra esa paga sólo se compute la parte proporcional correspondiente.

“Únicamente”, establece acto seguido el precepto, no se computarán en la base de cotización mensual los siguientes conceptos (art. 147.2 del TRLGSS):

- a) Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, cuando utilice medios de transporte público, siempre que el importe de dichos gastos se justifique mediante factura o documento equivalente.
- b) Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, no comprendidos en el apartado anterior, así como para gastos normales de manutención y estancia generados en municipio distinto del lugar del trabajo habitual del perceptor y del que constituya su residencia, en la cuantía y con el alcance previstos en la normativa reguladora del IRPF.
- c) Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones y despidos. Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados y suspensiones estarán exentas de cotización hasta la cuantía máxima prevista en norma sectorial o convenio colectivo aplicable; y, las indemnizaciones por despido o cese del trabajador estarán exentas en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el ET, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.

Cuando se extinga el contrato de trabajo con anterioridad al acto de conciliación, estarán exentas las indemnizaciones por despido que no excedan de la que hubiera correspondido en el caso de que éste hubiera sido declarado improcedente, y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas. Sin perjuicio de las reglas anteriores, en los supuestos de despido o cese como consecuencia de despidos colectivos o despidos por causas objetivas, siempre que en ambos casos se deban a causas económicas, técnicas, organizativas de producción o por fuerza mayor, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el ET para el despido improcedente.

- d) Las prestaciones de la Seguridad Social, las mejoras de las prestaciones por incapacidad temporal concedidas por las empresas y las asignaciones destinadas por éstas para satisfacer gastos de estudios dirigidos a la actualización, capacitación o reciclaje del personal a su servicio, cuando tales estudios vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo, y
- e) Las horas extraordinarias, salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

A mayor abundamiento, y constituyendo el fondo del asunto una cuestión en esencia interpretativa, es importante para la resolución del recurso tomar en consideración lo establecido en el art. 49.1.c) del ET que determina la cuantía de la indemnización por finalización del contrato por expiración del tiempo convenido, disponiendo: *“A la finalización del contrato, excepto en los contratos formativos y el contrato de duración determinada por causa de sustitución, la persona trabajadora tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación”*.

De estas disposiciones, y sin perjuicio de la exégesis que realiza el TS sobre la que seguidamente nos detendremos, se pueden adelantar dos conclusiones.

Primera, el art. 147 del TRLGSS en su apartado primero contiene una regla general de cotización, mientras que el apartado segundo contempla las excepciones a dicha regla. La regla general que subyace en dicho precepto es el sometimiento a cotización de todas las remuneraciones percibidas por el trabajador cualquiera que sea su forma o denominación, en contraprestación de sus servicios. Siendo así que de forma excepcional el apartado segundo enumera los concretos conceptos que quedaran excluidos, concretamente, las indemnizaciones por cese o despido establecidas con carácter obligatorio en el ET, en su normativa de desarrollo, o en su caso en la normativa reguladora de ejecución de Sentencias, sin que tengan tal consideración las fijadas en virtud de “convenio, pacto o contrato”. Por tanto, en la excepción no se menciona el Convenio colectivo y si el legislador hubiera querido incluir dicho término, lo hubiera hecho, como así lo hace, por ejemplo, cuando señala *“Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados y suspensiones estarán exentas de cotización hasta la cuantía máxima prevista en la norma sectorial o convenio colectivo aplicable”*.

Segunda, por su parte el art. 49.1.c) del ET establece una previsión general de indemnización por finalización de contrato que excluye los contratos formativos y de duración limitada y, de igual modo, salva las previsiones que se contengan en las normas específicas de aplicación, que pueden establecer distintas y superiores indemnizaciones. Precisamente, al amparo de este precepto la empresa recurrente aduce que como resulta preceptivo para ella ha venido abonando la indemnización por cese de contrato de duración temporal, contemplada en el art. 30 del Convenio colectivo aplicable, entendiendo que ese plus correspondiente al convenio, y obligatorio para la empresa, está exento de cotización.

4. UNA DISCREPANCIA NETAMENTE JURÍDICA. SAN (SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 11 MARZO 2020

La sentencia recurrida en casación centra la disconformidad, como la propia Sala identifica en su fallo, en una cuestión netamente de interpretación jurídica, en concreto, determinar si conforme a los arts. 147 del TRLGSS y 49.1.c) del ET la empresa ha cotizado correctamente las indemnizaciones abonadas a sus trabajadores por cese de contrato temporal.

Del análisis de ambos preceptos la Sala concluye no compartir la interpretación mostrada por la demandante y confirmar la resolución impugnada. Recuerda en este plano de análisis que la normativa de Seguridad Social, particularmente el TRLGSS, es el texto legal que imperativamente determina qué conceptos se incluyen en la base de cotización, y por tanto deben ser objeto de oportuna liquidación en cuotas, siendo la regla general el sometimiento a cotización de todas las retribuciones (dinerarias o en especie) que perciba el trabajador y, estipulándose determinadas excepciones a esa regla general en el apartado c) del art. 147.2, donde bajo el término “únicamente” procede a identificar las tasadas situaciones excluidas de la definición anterior. No mencionándose el convenio colectivo.

Una de esas excepciones es precisamente la controvertida aquí, esto es, la referente a los casos de despido o cese del trabajador. En este caso no hay duda que nos encontramos ante un despido que, al igual que otros supuestos de extinción asimilados al despido, justifica que se dé a la indemnización el tratamiento establecido en el art. 147.2 del TRLGSS.

Ese es el tenor y sentido lógico de la norma que exige, por la diferente configuración legal de los supuestos a que se refiere el precepto (referido a las indemnizaciones por fallecimiento, traslados y suspensiones y aquellas otras indemnizaciones por despido o cese del trabajador), unos límites cuantitativos de exención diferentes para uno y otro caso, previéndose solamente para los primeros casos que la exención pueda fijarse en la cuantía máxima prevista en el Convenio colectivo, sin que por el contrario, se prevea tal ampliación de la cuantía máxima exenta en lo referente a las indemnizaciones por despido o cese del trabajador.

La Sala, entre sus argumentos, sale al paso recordando doctrina precedente, en concreto citando la STS (Sala Tercera) de 4 mayo 1992, que aborda un supuesto similar al suscitado en el actual proceso, en cuanto a la posibilidad de que el convenio colectivo regule la materia de cotización a la Seguridad Social.

En ella, de modo terminante, se proclama la doctrina en cuanto a la exclusión de las cuestiones de Seguridad Social del ámbito de ordenación atribuido al convenio colectivo, concluyendo el deber de partir “...del dato de que el ordenamiento de la Seguridad Social es un ordenamiento complejo y cerrado en sí mismo, y no un mero apéndice del ordenamiento jurídico de las relaciones laborales; de ahí que cuando nos encontramos como en el caso de la definición de la base de cotización en el art. 73 de la LGSS, con una norma que defina con claridad su supuesto de hecho, no sea adecuado supeditar el alcance de la misma a otro norma diferente: La rectora de la relación laboral.”

Así, continúa añadiendo la Sentencia, “el ordenamiento jurídico-privado de la relación laboral y el ordenamiento jurídico-público de la Seguridad Social son perfectamente diferenciables, y aunque, ciertamente, en aquél se tomen a veces como elementos de su regulación datos del ordenamiento laboral, ha de estar en cada supuesto a la concreta remisión que, en su caso, se contenga en la normativa de la Seguridad Social; más cuando ésta no existe y el Ordenamiento de la Seguridad Social es completo y preciso, no cabe extrapolar al mismo una regulación jurídico-laboral para recortar o desvirtuar la estricta eficacia de la norma de Seguridad Social.”

Estas consideraciones, en definitiva, abocan inexcusablemente a desestimar el recurso, entendiendo la Sala que lo excluido de la base de cotización será la indemnización legal, pero no aquella indemnización que superando la cuantía legal exceda de la fijada por el ET, siempre y cuando

no se trate de extinciones por mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas.

5. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA EXENCIÓN DE COTIZACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO O CESE

A la vista de los preceptos cuestionados, y su interpretación administrativa y judicial, el Tribunal Supremo ofrece en el fundamento jurídico quinto de la Sentencia comentada, la respuesta que debe darse a la cuestión que presenta interés casacional, en concreto afirma que *“La referencia a «convenio, pacto o contrato» que se recoge en el artículo 147.2.c) de la Ley General de la Seguridad Social, incluye a los convenios colectivos”* y *“salvo previsión legal expresa, procede incluir en la base de cotización de un trabajador el exceso de cuantía de la indemnización que percibe por finalización de un contrato temporal cuando esa mayor cuantía se establezca en virtud de un convenio colectivo del sector afectado”*.

Para llegar a esta conclusión la Sala realiza un recorrido procesal por los argumentos esgrimidos por la Administración y la empresa, así como lo concluido en Resolución de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la Seguridad Social y la Sentencia de la Audiencia Nacional, para finalmente entender del tantas veces citado art. 147 del TRLGSS, lo siguiente:

- a) El término “convenio” en el contexto en el que se encuentra es claro, en el sentido de incluir los convenios colectivos, como entienden la parte recurrida y la sentencia impugnada. No refiriéndose dicho término, en exclusiva, a los pactos privados alcanzados entre la empresa y el trabajador.
- b) Resulta irrelevante que la ley utilice la expresión “convenio”, en vez de “convenio colectivo”, pues el significado usual en el ámbito laboral de este vocablo es asimilable o equiparable al convenio colectivo, como así se recoge en el art. 37 CE y en numerosos preceptos de la legislación laboral, como en el propio ET.
- c) No resulta atinada la cita del apartado c) del artículo 49.1 del ET, pues no existe una previsión legal que contenga una referencia específica a la indemnización por cese y a su carácter cotizable a los efectos de la Seguridad Social, a diferencia de lo que sucede en otros supuestos, en los que es el propio ET quien incluye tal previsión.

La Sala recuerda en este plano de análisis lo dicho en su Sentencia de fecha 27 de septiembre de 2022 (R. Casación núm. 3439/2020)⁹, en concreto, que el aludido artículo *“...contiene la forma de calcular la cuantía de la indemnización para la generalidad de los contratos”*, contemplando excepciones, *“como los contratos formativos y de duración limitada”* y, asimismo, salvando *“las previsiones que se contengan en la normativa específica de aplicación”*. No siendo esta cuantía *“la única aplicable sino que el propio precepto legal prevé que existan normas específicas que fijen indemnizaciones diferentes”*.

No obstante, esta controversia comentada, dista del supuesto enjuiciado en ese pronunciamiento, pues a diferencia del anterior, la única referencia genérica del art. 49.1 c) del ET a la normativa específica de aplicación, no permite interpretar que contenga una habilitación legal a la indemnización establecida en el convenio colectivo sectorial, a los efectos de su exención en la cotización. Esto es, no cabe interpretar que este precepto se remita a la indemnización convencional pactada en el convenio colectivo sectorial, en defecto de una normativa legal.

⁹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 27 septiembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3514).

De este modo, en un caso, es el propio ET el que contiene la previsión específica respecto a la indemnización procedente, esto es, la propia ley se remite al Convenio sectorial de la construcción para fijar la cantidad que corresponde como indemnización, siendo así que en el supuesto objeto de este proceso no concurre, ni se invoca, una regulación legal singular específica en orden a la indemnización por finalización del contrato de trabajo, ni se advierte un reenvío legal expreso al convenio colectivo del sector en el que opera la empresa recurrente, por lo que ni el supuesto de hecho, ni las normas aplicables son las mismas, y

- d) Resulta irrelevante el dato de la obligatoriedad del convenio colectivo para la empresa, en la medida que es expresión del acuerdo libremente adoptado entre los representantes de los empresarios y de los trabajadores, en virtud de su autonomía colectiva. De forma, que la mayor indemnización para la empresa tiene su origen en un pacto o acuerdo vinculante entre las partes, pactadas al margen de la ley, siendo el régimen aplicable a las percepciones así estipuladas, superiores a las previstas en el ET, su sujeción a la cotización de la Seguridad Social.

6. CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo concluye, entendemos con pleno acierto, de la interpretación del apartado segundo del art. 147 TRLGSS (que en cualquiera de sus redacciones vigentes incluye el listado de supuestos excluidos de la regla general, contenida en el primer apartado), que cuando la ley se refiere a “*sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato*”, alude sin distinciones a la totalidad de los convenios colectivos, con independencia de su encuadramiento dentro o fuera del ET. Por tanto, sólo quedará exento de cotización la cantidad equivalente a los doce días de salario, pero no el diferencial entre esa indemnización estipulada en el ET y lo realmente pagado, que deberá ineludiblemente ser llevado a la base de cotización.


7. BIBLIOGRAFÍA

- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Cotización a la Seguridad Social de la indemnización mejorada por convenio colectivo: ¿una duda razonable?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 1, 2023.
- PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R. y PANIZO ROBLES, J.A.: “La determinación de la base de cotización a la Seguridad Social (A propósito del RD 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 Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre).”, *Revista de Información Laboral*, nº 7, 2014.
- SELMA PENALVA, A. y MIRAS MARÍN, N.: “La nueva teoría de la indemnización creciente ¿cómo tributan las cantidades percibidas? Aspectos laborales y tributarios derivados del incremento jurisprudencial de la indemnización por despido improcedente.”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 192, 2021.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Video-comentario a la Sentencia NÚM. 1339/2022 de 20 octubre (RJ 2022\4915)”, *Aranzadi Digital*, nº 1, 2023.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Cambios en la base de cotización y el papel de la TGSS (el nuevo artículo 109 LGSS)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2014.

A vueltas con el reconocimiento de incapacidad permanente por ceguera total, ¿una doctrina consolidada y unificada?

Un análisis a propósito de la STS 930/2022 de 23 de noviembre y a la luz de la revisión doctrinal efectuada por la STS 199/2023 de 16 de marzo

With the recognition of permanent disability due to total blindness, a consolidated and unified doctrine? An analysis on the subject of STS 930/2022 of 23 November and in the light of the doctrinal review carried out by STS 199/2023 of 16 March

JOSÉ ANTONIO RUEDA MONROY *Investigador posdoctoral
(programa Margarita Salas)
Universidad de Málaga*
 <https://orcid.org/0000-0001-8716-040X>

Cita Sugerida: RUEDA MONROY, J.A.: «A vueltas con el reconocimiento de incapacidad permanente por ceguera total, ¿una doctrina consolidada y unificada? Un análisis a propósito de la STS 930/2022 de 23 de noviembre y a la luz de la revisión doctrinal efectuada por la STS 199/2023 de 16 de marzo». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 36 (2023): 139-148.

Resumen

Un trabajador de la ONCE con problemas de visión antes del alta en Seguridad Social solicita el reconocimiento de gran invalidez tras su despido, momento en el cual es reconocido como ciego total. La Administración de Seguridad Social le deniega la prestación que se le es reconocida judicialmente en instancia, pero, de nuevo, retirada en suplicación. El Tribunal Supremo siguiendo su doctrina casa la sentencia y otorga la gran invalidez. Sin embargo, una nueva sentencia del mismo Tribunal posterior en el tiempo ha hecho temblar los cimientos de la *ratio decidendi*.

Abstract

An ONCE worker with vision problems before affiliation with Social Security requests the recognition of major disability after their dismissal, at which time they are recognised as being completely blind. The Social Security Administration denies them the benefit that is judicially recognised in the instance, but, again, withdrawn in supplication. The Supreme Court, following its doctrine, pronounces the sentence and grants the major disability. However, a new ruling by the same Court later in time has shaken the foundations of the *ratio decidendi*.

Palabras clave

Ceguera; criterio de individualización diferenciada; criterio objetivo; discapacidad; gran invalidez; incapacidad permanente

Keywords

Blindness; differentiated individualisation criterion; objective criterion; disability; major disability; permanent disability

1. INTRODUCCIÓN

En las líneas que siguen se aborda el comentario crítico de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 930/2022, de 23 noviembre [JUR\2022\379538], en la que se analiza el reconocimiento de la situación de gran invalidez a una persona con ceguera que reunía las patologías que dan origen a la misma con anterioridad al alta en la Seguridad Social. La doctrina jurisprudencial al respecto venía marcando una solución meridianamente clara y objetiva en estos supuestos que parcialmente se varía en un importante elemento tras la reciente sentencia en Pleno del Tribunal Supremo núm.

199/2023, de 16 marzo [JUR 2023\134629]. Resulta por tanto esencial hacer alusión a esta resolución, posterior en el tiempo a la que comentamos con carácter principal, puesto que impone nuevos criterios –opuestos a los que hasta ahora operaban– a la hora de valorar la gran invalidez.

Para este análisis se partirá de la revisión de los hechos que dieron origen al conflicto judicial, lo que se tratará en el epígrafe que sigue. En el tercero de los apartados, se examinará la aplicación y la interpretación de la norma jurídica relevante para el caso tanto por los juzgados y tribunales implicados en el supuesto que nos ocupa y que finalmente resuelve el Tribunal Supremo, como por la doctrina judicial en general, para lo que nos adentraremos en las líneas interpretativas que se venían siguiendo en relación con los elementos claves del conflicto. Por último, se efectúa una valoración general de la sentencia de 23 de noviembre a la luz de la nueva doctrina que parece que emerge con la sentencia de 16 de marzo.

2. LA RELACIÓN DE HECHOS

En este apartado se recogen de manera sucinta los hechos que dan origen a la cuestión litigiosa y al proceso judicial que culmina con la sentencia que se comenta.

El actor, nacido en 1966, tenía reconocido administrativamente desde 1982 un porcentaje de discapacidad del 74% como consecuencia de distintas patologías relacionadas con la visión. Dos años más tarde la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE, en adelante) le valoraría una agudeza visual en ambos ojos de 0,1.

En lo referente a su vida laboral, había trabajado para la ONCE desde 1984 y hasta el 13 de marzo de 2015, fecha en la que fue despedido por la referida entidad cuando trabajaba como director comercial. Con posterioridad inició procedimiento de reconocimiento de incapacidad permanente por enfermedad común que, tras el preceptivo informe propuesta por parte del EVI, fue desestimada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) en Resolución de fecha 21 de enero de dos mil dieciocho bajo el argumento de que sus lesiones no presentaban grado suficiente de disminución de su capacidad laboral. En el Informe Médico de Síntesis, de fecha 22 de junio de 2017, tras la reproducción de las patologías visuales diagnosticadas, se concluye que posee un “déficit visual profundo de 0,05 en ambos ojos”. La base reguladora del actor era de 2.976,30 euros y, en su caso, el complemento de Gran Invalidez de 1.496,90 euros. Tras la denegación de la prestación presenta reclamación administrativa previa que es también desestimada.

Bajo estas circunstancias se constituye la *litis* ante el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid entre –de un lado– el actor y –de otro– el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS). La demanda fue estimada por el Juzgado de instancia en sentencia de fecha 19 de febrero de 2018.

Frente a la misma, tanto el actor¹ como las demandadas (INSS y TGSS, aunque representadas por la misma letrada de la Administración de la Seguridad Social) interpusieron recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, finalmente, dictó sentencia con fecha 13 de mayo de 2019 en la que desestimaba el recurso del interesado y estimaba el de la Administración de la Seguridad Social, revocando así la sentencia del Juzgado *a quo*.

Finalmente, contra la sentencia dictada en suplicación, la parte actora formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina alegando como sentencia de contraste una emitida por la misma Sala de Madrid, la STSJ de 27 de noviembre de 2018.

¹ El actor, que había visto reconocida su pretensión en instancia, proponía en suplicación una cuantía del complemento de Gran Invalidez superior a la reconocida por aquella.

3. ANTECEDENTES PROCESALES Y DOCTRINA JUDICIAL SOBRE LA CUESTIÓN

3.1. Antecedentes procesales

Pese al reconocimiento en instancia de que el actor estaba afecto de una incapacidad permanente en grado de Gran Invalidez por poseer una agudeza visual del 0,05 en ambos ojos, lo que se asimila a la ceguera total, tal y como reiteradamente ha reconocido la jurisprudencia (sobre lo que se volverá en el siguiente apartado) el TSJ estima el recurso de la Administración bajo el argumento principal de que las lesiones las tenía con anterioridad a su alta en 1984. Es decir, que en la citada fecha el actor “ya padecía una ceguera legal (agudeza visual de 0,1 en ambos ojos)”. Este aspecto nos lleva a que el objeto del debate se centre principalmente en el alcance de la ceguera y en la valoración de lesiones anteriores a la afiliación.

En efecto, en la sentencia de contraste que aporta la parte recurrente (STSJ de Madrid núm. 793/2018, de 27 de noviembre de 2018 [JUR 2019, 73839]) la Sala confirma una sentencia que reconoce a la actora estar afectada de una incapacidad permanente en grado de gran invalidez padeciendo unas lesiones que le causaban problemas de agudeza visual idénticos a los del caso que nos ocupa (agudeza visual en ojo de derecho 0.05 y ojo izquierdo 0.05), las cuales ya se presentaban con anterioridad al alta pero con menor intensidad, en unos índices también idénticos a los que se dan en el supuesto que nos atañe (agudeza visual en el ojo derecho de 0.1 y de ojo izquierdo a 0.1).

Apreciada la contradicción, corresponde al Tribunal Supremo dirimir sobre si la agudeza visual constatada en este supuesto impide el normal desempeño de la profesión del actor y si, además, este requiere de una tercera persona para la realización de los actos esenciales de la vida. Pero, sobre todo, se trata de superar, en su caso, una visión un tanto rigurosa del tribunal *a quo* en la sentencia que provoca que esta *litis* alcance la máxima sede interpretativa de la legislación ordinaria y que, sin embargo, no correspondía con la línea (más amplia) que había mantenido en un supuesto casi idéntico el mismo Tribunal apenas unos meses antes. Y es que, adolecer de determinadas lesiones que provocan la incapacidad antes de la afiliación a la Seguridad Social no tiene por qué impedir siempre y automáticamente el reconocimiento de incapacidad permanente. Sin embargo, a tenor de la resolución casacional, este parece haber sido el criterio tenido en cuenta por la Sala de Madrid (o cuanto menos el de mayor peso) para desestimar el recurso de suplicación, lo que merece cierta censura en consideración de la notable y valiosa doctrina jurisprudencial que ya existía sobre la cuestión.

3.2. Doctrina judicial sobre los elementos claves de la cuestión

Se ha de comenzar este apartado advirtiendo de la dificultad y la limitación en el acceso a la casación por unificación de doctrina de pleitos que versan sobre valoraciones de incapacidad permanente debido a la naturaleza de esta y, muy particularmente, a los problemas derivados de la “identidad del alcance del efecto invalidante” y “por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma”, lo que se deriva del actual artículo 219.1 de la *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social* (LRJS, en adelante)². De ahí que la Sala cuarta de nuestro Tribunal Supremo venga descartando esta materia como propia de la unificación de doctrina. En palabras del Tribunal: “la definición de las situaciones de invalidez con relevancia en el ámbito

² Recuérdese que este precepto exige una triple identidad, de hechos, de fundamentos y de pretensiones y que, existiendo esta, se hubiese llegado a pronunciamientos distintos. El tenor literal del referido precepto es el siguiente: “El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos”.

de la Seguridad Social, en cuanto se asienta sobre la incidencia de específicas dolencias y anomalías físicas o psíquicas en las personas, tiene una configuración casuística y particularizada, derivada de la sustancial individualidad del sujeto que en cada caso resulta afectado; ello es, precisamente, lo que impide la intercomunicabilidad de las conclusiones pues, como dice la sentencia de la Sala de 22-1-1990, bien que en recurso de casación por infracción de ley, «La semejanza de los supuestos de hecho difícilmente llega a convertirse en identidad por recaer sobre individualidades diferenciadas»³⁷.

Pero lo anterior no es óbice para que en determinados supuestos se unifique doctrina y se cree jurisprudencia que, al complementar nuestro ordenamiento (art. 1.6 CC), resulte de aplicación a un supuesto concreto por versar sobre situaciones comparables, sustancialmente iguales u homogéneas, como ocurre en el caso que se analiza en el presente comentario, en el que la cuestión jurídica se centra básicamente en la interpretación y aplicación de los artículos 193.1 y 194 del *Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social* (LGSS en adelante). Este último según la redacción conferida por la Disposición Transitoria 26ª que establece que “se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”.

Partiendo de estas premisas se puede admitir la existencia de doctrina judicial suficiente que permite sustentar un razonamiento jurídico sólido sobre el problema planteado y que se cimenta –a nuestro juicio– en tres pilares: el alcance de la ceguera y su incidencia en las capacidades profesionales y personales; la valoración de las lesiones anteriores a la afiliación; y el criterio objetivo en la valoración de la gran invalidez por ceguera. De seguido nos ocupamos de cada una de estas vertientes jurídicas del problema desde la óptica de la doctrina emanada por el Tribunal Supremo.

A) El alcance de la ceguera total y su incidencia en las capacidades profesionales y personales

La doctrina judicial en lo referente a esta cuestión aparece bien condensada en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 737/2018, de 10 julio [RJ 2018\4334], que, a su vez, acoge los criterios que aparecen en las SSTS de 3 de marzo 2014 [RJ 2014\1189] y de 10 de febrero 2015 [RJ 2015\533]. Al respecto resulta trascendental para el supuesto que aquí nos trae conocer que pese a la inexistencia de doctrina legal o científico-médica “indubitada que determine qué agudeza visual ha de ser valorada como ceguera”, se puede afirmar que “cuando ésta es inferior a una décima en ambos ojos se viene aceptando que ello significa prácticamente una ceguera”. O lo que es lo mismo, se ha de considerar a una persona como ciega (y tal que así ha de ser calificada) por equiparación cuando su agudeza visual sea inferior al 0,1 en ambos ojos y ello puesto que funcionalmente estamos ante una situación análoga⁴. La interpretación correcta de esta doctrina implica la consideración de ceguera cuando la agudeza sea inferior a la cifra que se viene reiterando y no igual, es decir, 0,1 no se considera ceguera⁵.

³ Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 4 noviembre 1991. RJ 1991\8198. La jurisprudencia es profusa en este sentido. Véase al respecto Albert Embuena, V. L.: “Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo recurso 2931/2014 de 17 de febrero de 2016: la dificultad de contradicción entre sentencias de incapacidad permanente y el tratamiento de la profesión habitual”, *Revista de Información Laboral*, núm. 7, 2016 [BIB 2016, 4164].

⁴ Así se establecía ya en 1968 en el artículo cuatro del *Decreto 2421/1968, de 20 de septiembre, por el que se establece en la Seguridad Social la asistencia a los menores subnormales*: “Ciegos. con una visión menor de veinte/doscientos en ambos ojos, después de la oportuna corrección”. Véase como se sintetiza la cuestión en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 806/2020, de 29 septiembre [RJ 2020\4042]: “este Tribunal ha considerado que cuando la agudeza visual es inferior a 0,1 en ambos ojos (a 1/10 en la escala de Wecker) en la práctica ello significa una ceguera. A partir de ello, hemos considerado que la persona que la padece requiere la colaboración de un tercero para la realización de actividades esenciales en la vida, por lo que debe reconocerse la pensión de gran invalidez”.

⁵ Véase en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo núm. 354/2022, de 20 abril [RJ 2022\2304]. Lo mismo se recoge en la sentencia objeto de este comentario puesto que el TSJ de Madrid parte erróneamente de que 0,1 de agudeza visual se ha de considerar ya ceguera total.

Ante tales circunstancias parece razonable objetivar que una persona que presenta –al menos funcionalmente– una ceguera absoluta, por tener una agudeza visual inferior a 0,1 en sus ojos, requiere de una tercera persona que, cuanto menos, le apoye o le asista en la realización de determinadas actividades esenciales de la vida, sin que sea necesario que se precise una necesidad de ayuda continuada⁶.

B) La valoración de las lesiones anteriores a la afiliación

El recurso de suplicación se resuelve bajo la consideración de que las lesiones se padecían con anterioridad al alta. Y esto es cierto, como también lo es que la respuesta del Tribunal no puede estar centrada únicamente en la lesión, sino que se habrá de atender a otras circunstancias y, entre ellas, a la evolución de la incidencia de la misma sobre la persona. El artículo 193.1 LGSS en su segundo párrafo es claro al manifestar que “las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación”⁷. Es decir, si bien de la interpretación del primer apartado del precitado artículo se infiere que la situación incapacitante ha de ser sobrevenida, esto es, posterior en el tiempo al inicio de una actividad profesional⁸ (lo que es consustancial a la noción del riesgo del régimen contributivo de la Seguridad Social)⁹, no es menos cierto que el segundo admite la posibilidad de valorar reducciones anatómicas o funcionales previas al momento de la afiliación bajo unos presupuestos concretos. Por todo lo anterior, la circunstancia de que las lesiones se padecieran antes del alta no implica automáticamente la desestimación del reconocimiento de incapacidad permanente, sino que habrá de valorarse especialmente la existencia o no de discapacidad, la posible agravación de la lesión, o la adicción de secuelas y los efectos de estas sobre la capacidad laboral.

Sobre esta cuestión la doctrina judicial viene siendo también clara y rotunda en relación con las personas con discapacidad, destacándose que en estos casos la “valoración no puede hacerse en comparación con la capacidad laboral normal de un trabajador ordinario, sino con la ya reducida que presentaba el propio trabajador”. Como sigue el Tribunal Supremo en la Sentencia que transcribimos “han de tenerse en cuenta, a tales efectos, las peculiaridades de su inserción en el mundo laboral, en la medida en que supone una ampliación de sus posibilidades de trabajo, compensadora, justamente, de su inicial imposibilidad para desarrollar una actividad laboral en las condiciones habituales del mundo laboral. Ello implica que la lesión preconstituída queda extraordinariamente relativizada en

⁶ Es copiosa también la jurisprudencia en este sentido. Véase la STS con la que se comenzaba este apartado o, más recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 502/2022, de 1 junio [RJ 2022\3420]. Sobre esta cuestión se volverá en la letra c) de este apartado.

⁷ Disposición que se añadió por la *Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible*, al anterior artículo 136.1 TRLGSS (RDL 1/1994). No obstante, esta reforma no vino más que a acoger un criterio jurisprudencial previo sobre la materia. *Vid.* Valle Muñoz, F. A.: “La incapacidad permanente por patologías previas a la afiliación en la Seguridad Social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 374, 2014, p. 90.

⁸ Establece el primer párrafo que “la incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo”.

⁹ Asimismo, “si una persona tiene una determinada lesión, reducción o limitación pero ésta no se proyecta de modo desfavorable en su actividad laboral, no se estará en el campo de la incapacidad permanente incluida en la protección contributiva de la Seguridad Social”. *Vid.* Gala Durán, C.: “La pensión de incapacidad permanente en el ámbito local”, *La Administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núm. 6, 2017 (Recurso electrónico, Aranzadi digital) [BIB 2017, 11934].

estos supuestos en los que, aun existiendo antes de la afiliación, el encuadramiento se ha producido teniendo en cuenta ya los padecimientos y la situación clínica del trabajador¹⁰”.

En definitiva, se trataría de determinar: si esa lesión primigenia ha sido agravada o suplementada con nuevas patologías concomitantes con posterioridad a la incorporación o al alta a la Seguridad Social y si en ese momento sitúan a la persona en una posición acreedora del reconocimiento de una incapacidad permanente por sus nuevos efectos invalidantes y/o, como en este caso al reclamarse una en grado de gran invalidez, por la necesidad de la concurrencia de una tercera persona para los actos más esenciales de la vida. Por ende, lo decisorio será la repercusión previa que la ceguera tenía en la persona, sus cambios y las consecuencias de su agravación. Y no se tendrá derecho al reconocimiento de la situación cuando las consecuencias de la ceguera total ya se manifestaban en el momento de la afiliación a la Seguridad Social¹¹.

C) El criterio objetivo en la valoración de la gran invalidez por ceguera y un giro jurisprudencial que lo somete a revisión

Por último, corresponde examinar el tercer elemento clave identificado, que hace referencia a la forma de evaluar la incidencia de la ceguera en las capacidades personales. La doctrina judicial ha venido reiterando desde antaño sobre esta materia que, en relación con la ceguera, el reconocimiento de la situación de gran invalidez habría de valorarse en términos objetivados, a diferencia de la tesis subjetiva que imperaba por norma en materia de incapacidad permanente. Resulta muy ilustrativa a estos efectos la sentencia del Tribunal Supremo núm. 806/2020, de 29 septiembre [RJ 2020\4042], en la que se manifiesta lo siguiente: “La sentencia del TS de fecha 3 de marzo de 2014 (RJ 2014, 1189), recurso 1246/2013, adoptó la tesis objetiva en materia de pensiones de gran invalidez por discapacidad visual, afirmando que en dicho ámbito debemos prescindir de los aspectos subjetivos, que solo tienen sentido respecto de las pensiones por incapacidad permanente parcial, total y absoluta, pero no en la pensión de gran invalidez. La consecuencia de ello es el reconocimiento objetivo de la pensión por gran invalidez en caso de ceguera legal”.

También en ese sentido se ha manifestado por parte del Tribunal Supremo que “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 situación¹²”.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 675/2016, de 19 julio, [RJ 2016\4421]. Véase también la sentencia del Tribunal Supremo núm. 736/2018, de 10 julio [RJ 2018\3808] en la que se reconoce a un vendedor de la ONCE una incapacidad permanente absoluta y no una gran invalidez “puesto que la situación clínica que podría dar lugar a la misma ya la padecía con anterioridad a su ingreso en el mundo laboral, sin que las nuevas lesiones o el agravamiento de las ya padecidas hayan tenido ninguna incidencia a los efectos invalidantes que se pretenden”. En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo núm. 408/2018, de 17 abril [RJ 2018\1798].

¹¹ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 882/2022 de 2 noviembre [RJ 2022\5074]. También la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 362/2022 de 26 abril [RJ 2022\3194] en la que se estima el recurso de casación interpuesto por el INSS y la TGSS en un supuesto en el que resulta acreditado que, pese al agravamiento de las lesiones de un vendedor de la ONCE, las mismas ya le hacían necesitar de la ayuda de tercera persona en el momento de su afiliación a la Seguridad Social. En el mismo sentido las sentencias del Tribunal Supremo: núm. 804/2020, de 25 septiembre [RJ 2020\4036]; núm. 806/2020, de 29 septiembre [RJ 2020\4042]; núm. 813/2020, de 30 septiembre, [RJ 2020\5198]; núm. 168/2021 de 9 febrero [RJ 2021\690]; núm. 426/2022, de 11 mayo [RJ 2022\2706]; núm. 521/2022, de 7 junio [RJ 2022\2841]; núm. 592/2022, de 29 junio [RJ 2022\3280]; núm. 650/2022, de 12 julio [RJ 2022\3389].

¹² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 737/2018, de 10 julio [RJ 2018\4334]. También las SSTs: de 3 marzo 2014, [RJ 2014\1189], de 10 de febrero de 2015 [RJ 2015\533] y de 20 de abril de 2016 [RJ 2016\2403].

El criterio interpretativo era, pues, que en casos de ceguera total (en los términos también objetivados comentados en la letra “a” de este epígrafe) la persona requiere de la colaboración de un tercero para la realización de las actividades esenciales de la vida diaria, integrando o configurando, en su caso, la situación de gran invalidez de forma automática. No se debía de tener en consideración la adquisición de habilidades adaptativas que permitiesen la realización de actividades esenciales de la vida por sí mismo, sin colaboración. De hecho, este criterio venía manteniéndose y aplicándose por el Tribunal Supremo hasta fechas muy recientes, corrigiendo las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que lo contravenían, como sucedió en sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 593/2022 de 29 junio [RJ 2022\3288], en la que se resuelve una *litis* idéntica a la que es objeto de este comentario en la que el TSJ de Madrid desestima la pretensión de Gran Invalidez de la actora porque “la asistencia de una tercera persona no es precisa todavía pues se declara probado que puede realizar las actividades básicas de la vida diaria (tercer párrafo del primer fundamento de derecho)¹³”.

Pues bien, muy recientemente el Tribunal Supremo en Pleno, en sentencia núm. 199/2023, de 16 marzo [JUR 2023\134629], que precisamente resuelve también un recurso contra una sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid¹⁴, ha revisado la apenas expuesta doctrina del criterio objetivo que, como en la citada sentencia se manifiesta, se venía sosteniendo desde 1973, dedicando esta resolución un buen espacio al examen de la misma. Esta particularidad era única de la ceguera puesto que las demás patologías se alejaban paulatinamente de la objetivación de las dolencias¹⁵, siendo este uno de los focos principales a los que atiende el Tribunal para la revisión de la doctrina, centrando las miras en la actual situación que regula la LGSS y alejándose de marcos legales precedentes. A partir de estos argumentos se presenta el “criterio de individualización diferenciada”:

“la presencia de una enfermedad, ya sea la ceguera total u otra situación en las que confluyan dolencias relevantes sobre el sujeto -físicas o psíquicas- ya sea acreedoras de una incapacidad permanente en cualquiera de los otros grados, debe ir acompañada de una acreditación de que la persona no está en condiciones de atender los actos más esenciales de la vida. Se debe atender a las circunstancias específicas que pongan de manifiesto que, para atender las diferentes facetas que comprende los actos más esenciales de la vida, se precisa la asistencia de una persona, ya que, aunque estemos ante una misma dolencia, ello no implica que los sujetos que la presentan se desenvuelvan de igual forma en ese ámbito personal”.

En la resolución se insiste además sobre la base de la regulación actual y la falta de reglamentación (que ni está ni se le espera) del sistema listado de enfermedades para la calificación de la incapacidad permanente y que obliga a seguir aplicando la regulación precedente recogida en la disposición transitoria 26ª LGSS. De ello se desprende que el sistema actual previsto, pero no desarrollado, podría traer de vuelta –a juicio del Tribunal– el criterio objetivo, pero mientras tanto “la sola presencia de una determinada dolencia no permite, por sí misma, reconocer que la persona que la presenta no pueda atender los actos más esenciales de la vida”, por lo que “no es aceptable que, para la GI, la enfermedad, como la que aquí se presenta, sea objetivada sin atender a la situación real del sujeto”.

Finaliza el Tribunal de justificar la rectificación de la doctrina con esta contundente afirmación que, no obstante, merece censura por la terminología utilizada¹⁶: “No se incurre en desprotección

¹³ Véase sobre la aplicación del criterio objetivo y no subjetivo la sentencia del Tribunal Supremo núm. 806/2022, de 6 octubre [RJ 2022\4828].

¹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de septiembre de 2019 [JUR 2019\287446].

¹⁵ “estamos ante situaciones individuales, que no permiten generalizaciones y extensiones, en donde es muy difícil que exista contradicción, porque su valoración y la necesidad de ayuda de terceras personas, como exige el art. 137.6 de la LGSS, para declararla, depende de cada caso, pues más que de enfermedades estamos ante enfermos”.

¹⁶ Recuérdese que la reciente *Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo*, ha modificado el artículo 4.1 del *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos*

ni desatención a los discapacitados ciegos totales por el solo hecho de que la gran invalidez que se pretenda se analice desde el propio concepto jurídico que la define y que no atiende a criterios objetivos, ya que no se les priva del derecho sino que éste no sea automático sino sea calificado, al igual que otras personas discapacitadas que puedan presentar otro determinado cuadro de dolencias y limitaciones funcionales, ya físicas, sensoriales o psíquicas, se les exige que ponga de manifiesto que precisan de la asistencia de una persona para atender las más esenciales actividades de la vida, y que va a ser remunerada con ese incremento de la pensión de incapacidad permanente que conlleva el reconocimiento de la gran invalidez”.

Como se comprueba, el giro doctrinal del Tribunal Supremo es copernicano. Ahora para el reconocimiento de la gran invalidez habrá de atenderse no principalmente al grado de ceguera, sino a la situación real de la persona, independientemente de que la persona con ceguera total haya adoptado mecanismos para lograr más independencia y se haya afanado por lograr autonomía (lo que podría llevar a que finalmente no le sea reconocida la prestación) o no (lo que parece que le garantizaría la prestación), con todo lo que ello conlleva.

4. VALORACIÓN FINAL DE LA SENTENCIA

La sentencia casacional que aquí nos trae cumple con lo previamente aplicado e interpretado por el Tribunal Supremo en las numerosas ocasiones en las que se ha tenido que pronunciar sobre el reconocimiento de gran invalidez a una persona trabajadora con ceguera. Sigue, por tanto, el criterio tradicional de la sala en estos casos y reconoce la prestación de gran invalidez, casando así la sentencia de suplicación.

Precisamente por ello merece una valoración previa esa sentencia de suplicación y, concretamente, la *ratio decidendi* del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desatiende, como se ha podido extraer de los epígrafes anteriores, una jurisprudencia suficientemente consolidada. Y lo hace, además, sin demasiada justificación y en perjuicio de la persona interesada, dando una solución que no es del todo coherente con el marco regulador de las incapacidades y, más específicamente, con el artículo 193.1 LGSS. En este sentido, hemos de valorar muy positivamente la sentencia del Tribunal Supremo que enmienda la decisión del órgano *a quo* desde un prisma más amplio y respetuoso con el contenido del precepto que se acaba de señalar y, todo ello, superando los escollos en el acceso a este recurso en este tipo de conflictos que emanan del artículo 219.1 LRJS a tenor de lo expresado con anterioridad.

Si valoramos adecuadamente los hechos que se extraen del conflicto, se confirma la realización del supuesto contemplado en el segundo párrafo del artículo 193.1 LGSS. Se puede comprobar cómo se cumplen cada uno de estos presupuestos normativos a los que nos referíamos en el epígrafe previo y que pasamos a singularizar¹⁷:

- El carácter preexistente de la patología de índole visual¹⁸, que era en este caso congénita.
- La condición de persona con discapacidad, que se encuentra además reconocida administrativamente (con un grado del 74%). Con todo, —a nuestro juicio— a estos efectos no sería necesario el reconocimiento administrativo, en la medida en que se

de las personas con discapacidad y de su inclusión social, añadiendo un segundo párrafo que establece que «las disposiciones normativas de los poderes y las Administraciones públicas, las resoluciones, actos, comunicaciones y manifestaciones de estas y de sus autoridades y agentes, cuando actúen en calidad de tales, utilizarán los términos “persona con discapacidad” o “personas con discapacidad” para denominarlas». En la resolución señalada se habla de «discapacitados».

¹⁷ Un análisis completo de estos presupuestos en VALLE MUÑOZ, F. A.: *La incapacidad permanente... op. cit.* pp. 94-109.

¹⁸ No se ha concretado con anterioridad, pero según el diagnóstico del informe del grado de discapacidad: “Atrófia Óptica, nigtagmus, miopía y cataratas congénitas”.

habría de acoger una noción amplia de discapacidad, en los términos del artículo 4.1 del *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* en concordancia con el artículo primero de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU del año 2006¹⁹.

- La prestación posterior de servicios, que se extiende desde el año 1984 hasta 2015 en la ONCE.
- La agravación de la lesión, que queda constatada en el Informe Médico de Síntesis y en el Dictamen Propuesta²⁰.
- La posterior disminución o anulación de la capacidad laboral y personal, que se deriva, como también se acredita, de los efectos funcionales del agravamiento, pasándose a una pérdida de agudeza visual que implica ceguera (como hemos reiterado, se pasa del 0,1 de agudeza al 0,05).

Como se ha visto, es importante que los efectos invalidantes aparecieran o existieran con carácter previo al alta y que los mismos permitieran en ese momento —el del alta— el trabajo y con posterioridad, tras su agravamiento, resultaran incompatibles con él. Esta cuestión, en contra de lo que se apreció en la sentencia de suplicación, posibilita la valoración de tales lesiones. Por ello, se califica a la STSJ de Madrid como insuficiente, en la medida en que se estima el recurso de la Administración bajo la consideración de que las lesiones existieron antes del alta, pero sin valorar adecuadamente el agravamiento de las mismas y, consecuentemente, sus nuevos efectos invalidantes para el trabajo y de la necesidad de una tercera persona para los actos esenciales de la vida. La agravación estaba acreditada y los efectos de la misma resultan de la doctrina jurisprudencial y de sus criterios objetivos en relación con la ceguera.

Por último, cabe efectuar algunas consideraciones sobre estos mentados criterios objetivos. Nos referimos con ello, en primer lugar, al criterio de determinación de la ceguera total, que según nuestros tribunales ha de considerarse cuando la agudeza visual sea inferior al 0,1 en ambos ojos. Y, en segundo lugar, al criterio que parecía asentado relativo a la valoración de la gran invalidez en estos casos de ceguera pero que, a tenor de las novedades jurisprudenciales, se han rectificado. Si bien en el supuesto que se analiza en este trabajo el Tribunal acoge la solución objetiva y, en su virtud, entendiendo la situación como de ceguera total, reconoce la gran invalidez, posteriormente se ha conocido una resolución del mismo Tribunal que corrige ese criterio y opta por uno subjetivo. Se entiende en el supuesto que resuelve la STS núm. 199/2023 de 16 marzo [JUR 2023\134629] que para el reconocimiento de la gran invalidez por ceguera se ha de estar a la realidad del sujeto y a la efectiva necesidad de una tercera persona. Además, esta revisión doctrinal es trascendente y de calado puesto que es dictada por el Pleno de la Sala, por lo que lo se reconoce como el criterio aplicable en estos momentos. Si esta sentencia hubiese sido previa al asunto que aquí nos ocupa, quizás la resolución del caso hubiese sido distinta, no podemos conocerlo, puesto que el reconocimiento de la gran invalidez no hubiese sido automático tras la constatación de la ceguera total, sino que habría requerido de una actividad adicional del Tribunal para constatar la necesidad —o no— de una tercera persona en un análisis *ad causam* de todas las circunstancias individuales y contextuales del interesado. Aunque

¹⁹ Como así se estimó, por ejemplo, en el supuesto analizado en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 51/2021, de 15 de marzo [RTC 2021\51]. Además, téngase presente, aunque no resulta de directa aplicación, la vuelta a la asimilación a algunos efectos de la discapacidad e incapacidad según la nueva redacción dada al precitado artículo 4.1 LGDPD por la nueva *Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo*.

²⁰ No se ha concretado con anterioridad, pero el trabajador padecía según el diagnóstico que contenía el Informe Médico de Síntesis (lo que se reproduce en el Dictamen Propuesta): “Miopía magna, cataratas congénitas, atrofia óptica congénita, nistagmo congénito y desprendimiento de vitreo posterior en ambos ojos”.

no sea objeto de análisis esta relevante resolución, permítase que se destaquen las principales dudas que nos asaltan con este cambio interpretativo tan trascendente. Sobre todo, en relación con la señalada Convención de la ONU del año 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y concretamente, entre otros, con el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19), que aboga por medidas que faciliten esta inclusión, haciendo referencia expresa al apoyo humano, que es precisamente lo que procura el complemento económico concomitante al reconocimiento de la gran invalidez. Si se actúa con criterios objetivos para determinar si estamos o no ante una ceguera total (lo que también puede ser tachado de riguroso o estricto), no parece descabellado aplicar esta misma técnica a la valoración de sus consecuencias.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS


- ALBERT EMBUENA, V. L.: “Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo recurso 2931/2014 de 17 de febrero de 2016: la dificultad de contradicción entre sentencias de incapacidad permanente y el tratamiento de la profesión habitual”, *Revista de Información Laboral*, núm. 7, 2016 [BIB 2016, 4164].
- GALA DURÁN, C.: “La pensión de incapacidad permanente en el ámbito local”, *La Administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núm. 6, 2017 (Recurso electrónico, Aranzadi digital) [BIB 2017, 11934]
- VALLE MUÑOZ, F. A.: “La incapacidad permanente por patologías previas a la afiliación en la Seguridad Social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 374, 2014.

Derecho
comparado
y Derecho
Extranjero en
Seguridad Social
y materias
conexas

Laabrum

Un reto inaplazable para una Seguridad Social del siglo XXI, especialmente desde la perspectiva del derecho comparado: el reconocimiento de la dependencia como riesgo, y su configuración como contingencia contributiva

An urgent challenge for 21STcentury Social Security, especially from the perspective of comparative law: the recognition of dependence as a risk, and its configuration as a contributory contingency

ALBERTO ARUFE VARELA *Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña*
 <https://orcid.org/0000-0002-1954-9971>

Cita Sugerida: ARUFE VARELA, A.: «Un reto inaplazable para una Seguridad Social del siglo XXI, especialmente desde la perspectiva del derecho comparado: el reconocimiento de la dependencia como riesgo, y su configuración como contingencia contributiva». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 36 (2023): 151-157.

Resumen

La protección social de la dependencia sigue estando en España al margen del sistema contributivo de seguridad social. A pesar de lo que dispone el artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A pesar de lo persuasivo del modelo alemán de protección contributiva de la dependencia. A pesar de que nuestra Constitución obliga a estar alerta frente a nuevas situaciones de necesidad. Por ello, el modelo español de protección de la dependencia no ha entrado todavía en el siglo XXI.

Abstract

The social protection of dependency continues to be outside the contributory social security system in Spain. Notwithstanding the provisions of Article 34 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Despite the persuasiveness of the German model of contributory protection of dependence. Despite the fact that our Constitution requires us to be alert to new situations of need. Therefore, the Spanish model of protection of dependence has not yet entered the 21STcentury.

Palabras clave

Alemania; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Constitución Española; Dependencia contributiva; Derecho comparado

Keywords

Germany; Charter of Fundamental Rights of the European Union; Spanish Constitution; Tax Dependence; Comparative Law

1. AGRADECIMIENTO. A LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, UN ALMA SIN CUERPO (EN ESPAÑA)¹

Buenos días. Creo que podría liquidar lo que tengo necesidad de decir -porque tengo verdadera necesidad de decir algo, en materia de protección de la dependencia- con una única frase, a modo de respuesta a una pregunta, pero no lo voy a hacer así, porque eso sería actuar de manera descortés

¹ Texto elaborado a partir de mi participación en la mesa redonda sobre «Los retos del Sistema de Autonomía Personal y Atención a la Dependencia» (particularmente, sobre el tópico de «Europa y atención de la dependencia»), en el marco de la Jornada sobre «Los retos de la protección social a las personas dependientes», organizada por la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, celebrada en el Salón de Actos del Consejo Económico y Social-Madrid, el día 23 febrero 2023.

con los queridos colegas, muy admirados también, con los que tengo el placer de compartir esta mesa redonda. Incluiría ello también una pizca de soberbia, supuesto que supondría reconocermé una autoridad de la que carezco (razón por la necesitaré hacer uso de autoridades en el espacio que tengo por delante). Sería desagradecido, en fin, si liquidase mi intervención sólo con una única frase, la que tengo necesidad de decir, particularmente con quien ha tenido el detalle gentil de propiciar mi presencia aquí esta mañana (refiriéndome ahora, lógicamente, a la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, que ha organizado este magnífico acto, tan necesario, y que me permite encarnar en la figura de su Presidente, que sí es una autoridad, esto es, el profesor MONEREO PÉREZ). Puedo intuir algún porqué de mi presencia aquí, lo que quizá sea debido a que la Asociación de Salud y Seguridad Social, y el profesor MONEREO PÉREZ, tienen la certeza de que vaya a centrar mi intervención en el artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, rotulado «Seguridad social y ayuda social», allí donde se refiere -en su apartado 1, en el marco de la seguridad social contributiva- a la dependencia² (por cierto, con un trampantojo terminológico relativo a la utilización de la palabra inglesa «*dependency*», que es una palabra desconocida en el contexto jurídico anglosajón, habituado a la expresión «*long-term care*»)³. Se trata de un precepto al que conviene mostrar agradecimiento (ya anticipo que voy a necesitar al menos otras cuatro palabras, además de la de agradecimiento, como hilo conductor de lo que viene por delante, siendo estas otras cuatro palabras persuasión, acción, acción y acción). Un agradecimiento debido al hecho de que esta Carta de la Unión Europea se encuentra plenamente puesta al día en esta materia, a diferencia de lo que sucede con el Convenio núm. 102 de la OIT, o con la Carta Social Europea, precisamente porque la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sí sitúa, en el ámbito inequívoco de la seguridad social contributiva, al lado de otros riesgos y contingencias más clásicos, como los accidentes laborales o la vejez, también, la situación de la dependencia. Me parece tan clara e inequívoca esta resulta que no pretendo hablar más del artículo 34, salvo para decir -a la vista de lo anterior- que se trata de un precepto dotado de alma (la consideración de la dependencia como contingencia que ha de formar parte de la protección contributiva de seguridad social), lamentablemente carente de cuerpo, al menos en España (donde la protección de la dependencia se encuentra encarnada todavía dentro del ámbito de lo meramente asistencial, no contributivo). Antes de seguir avanzando, me parece de justicia reconocer que estas reflexiones mías sobre el cuerpo y sobre el alma me las ha sugerido un reciente y bellissimo libro del maestro DE LA VILLA GIL⁴. Pero sobre este maestro y su magna *autoritas* tendré que volver más adelante.

2. PERSUASIÓN. POR EL CASO COMPARADO DE ALEMANIA, CONJUNCIÓN DE ALMA Y CUERPO

No hablo más del artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, persuadido (persuasión, recuérdese, segunda palabra de mi hilo conductor) como estoy, por otra autoridad -la del venerable Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Oliver Wendell HOLMES, Jr.-, a propósito de la afirmación relativa a que «las proposiciones generales no deciden casos concretos», la cual dejó escrita en el célebre caso *Lochner v. New York* -decidido por la propia

² Literalmente, «la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la *dependencia* o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales». Afirmando que dicho «artículo 34 ... resulta de una claridad meridiana a este respecto», véase partido Monereo Pérez, José Luis, «Prólogo» a Alberto Arufe Varela, *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, Atelier (Barcelona, 2019), pág. 12.

³ Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Atelier (Barcelona, 2023), pág. 275, afirmando que «la versión inglesa auténtica del artículo 34, apartado 1, de la Carta contiene un error de traducción monumental».

⁴ Véase DE LA VILLA GIL, Luis E., *Alma*, Editorial Círculo Rojo (Almería, 2022), págs. 8 y ss.

Corte Suprema de los Estados Unidos en 1905⁵, en una emblemática y perenne *dissenting opinion* suya⁶. Por esta razón, en lugar de abrazarme a proposiciones generales, lo que aquí me propongo es aferrarme a una hipótesis concreta, que es la que tiene que ver con defender con la necesidad de acoger la dependencia en el sistema público español de seguridad social. Voy a referirme a esta concreta hipótesis, bajándome para ello de la estratosfera en la que con cierta comodidad acostumbramos a navegar los profesores universitarios; voy a bajarme de esas nubes estratosféricas, en las que con frecuencia nos sentimos tan a gusto, para bajar al suelo. Un suelo metafóricamente representado aquí por un caso judicial resuelto muy recientemente (es el caso judicial más recientemente decidido), en materia de dependencia, por el Tribunal Federal alemán de Seguridad Social, lo que supone remontarnos sólo al mes de septiembre del año 2020⁷. No voy a entrar en muchos detalles, porque esos detalles pueden leerse en un número previamente publicado en esta misma revista, en el que consta incluso una traducción completa al castellano de ese caso judicial alemán de septiembre de 2020⁸.

Sin entrar en detalles más profundos, este caso judicial tan reciente se proyecta sobre una prestación -una concreta prestación- contributiva existente en Alemania (por estar incluida, conjugando alma y cuerpo, en el Libro XI de su Código de Seguridad Social, regulador de lo que allí se conoce como «seguro social de dependencia») ⁹, que trata de fomentar la práctica de compartir viviendas o espacios residenciales por personas dependientes, con la inclusión de servicios ambulatorios de cuidado, a cuyo efecto la entidad gestora concede un complemento económico o dinerario, sí, pero asociado específicamente a dicha finalidad particular. Se trata de un complemento legalmente denominado «de grupo habitacional», que busca animar a las personas dependientes a que compartan espacios residenciales comunes (esto que empieza a llamarse aquí, aunque todavía sin reconocimiento legal general, *cohousing*). La clave en este asunto consistía en determinar qué debía entenderse por vivienda compartida por personas dependientes¹⁰, ante lo que me pregunto si podría darse este caso judicial en España hoy, aun teniendo muy presente -como punto inequívoco de contraste- que «pretender comparar el Libro XI del Código alemán de Seguridad Social y nuestra ley 39/2006

⁵ Nuestra contextualización del caso, consta en ARUFE VARELA, Alberto y MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, Atelier (Barcelona, 2023), págs. 82-83, 87 y 97-98.

⁶ Textualmente, «*general propositions do not decide concrete cases*». Una traducción completa de la opinión disidente del Juez HOLMES, en Arjona Sebastià, César (Estudio preliminar y traducción), *Los votos discrepantes del Juez O.W. Holmes*, Iustel (Barcelona, 2006), págs. 78-80.

⁷ Más en concreto, se trata de una Sentencia de 10 septiembre 2020, referencia oficial B 3 P 1/20 R

⁸ Véase Arufe Varela, Alberto, «Un pleito de seguridad social del siglo XXI, si comparado con el Derecho español. A propósito de la interpretación por el Tribunal Federal alemán de Seguridad Social del concepto de prestaciones de seguridad social contributiva de dependencia por “vivienda compartida”», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 34 (2023), págs. 133 y ss.

⁹ Sobre su traducción íntegra al castellano, véase ARUFE VARELA, Alberto, *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, cit., págs. 129 y ss.

¹⁰ El precepto legal de referencia resulta ser el párrafo 38a (rotulado «Prestaciones complementarias para dependientes en grupos habitacionales de cuidado ambulatorio [*Zusätzliche Leistungen für Pflegebedürftige in ambulant betreuten Wohngruppen*])» del Código de Seguridad Social, a cuyo tenor -en lo esencial- «los dependientes tienen derecho a un complemento global en cuantía de 214 euros mensuales, cuando ... viven como mínimo con dos y como máximo con once personas más en grupos habitacionales de cuidado ambulatorio en una vivienda compartida con el propósito de una asistencia relativa a la dependencia organizada conjuntamente, y al menos dos personas más de ellas son dependientes» (apartado 1, inciso primero, núm. 1). Textualmente, «*Pflegebedürftige haben Anspruch auf einen pauschalen Zuschlag in Höhe von 214 Euro monatlich, wenn ... sie mit mindestens zwei und höchstens elf weiteren Personen in einer ambulant betreuten Wohngruppe in einer gemeinsamen Wohnung zum Zweck der gemeinschaftlich organisierten pflegerischen Versorgung leben und davon mindestens zwei weitere Personen pflegebedürftig ... sind*». Al respecto, véase Krahmer, Utz, Plantholz, Markus y Kuhn-Zuber, Gabriele (Editores), *SGB XI. Soziale Pflegeversicherung. Lehr- und Praxiskommentar*, 6ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2023), págs. 581 y ss.

reguladora del SAAD es, metafóricamente hablando, como intentar trazar parecidos entre un Seat 600 y un Porsche»¹¹, pudiendo utilizarse también otras metáforas eficaces para la comparación¹². Pues bien, la respuesta a esta pregunta es que no. Por razones de pura estadística, por razones sustantivas de regulación y por razones, asimismo, de carácter procesal.

En efecto, la respuesta es no por razones de pura -y lamentable- estadística, pues habría que contar aquí con el dato de que el supuesto beneficiario/litigante español no se hubiese muerto en el trayecto procedimental, pues -sin necesidad de tener que precisar cifras más concretas, e incluso escabrosas- basta recordar que, en torno al 20 por ciento de las personas ya reconocidas oficial y administrativamente con algún grado de dependencia, fallecen antes de que lleguen a percibir cualquier tipo de prestación¹³. Supuesto, incluso, que nuestro potencial beneficiario/litigante español no hubiese fallecido, la respuesta seguiría siendo no, por la sencilla razón de que nuestra regulación sustantiva de la dependencia no concibe nada igual, esto es, no existe dentro de nuestro SAAD ningún tipo de prestación contributiva (no contributiva, tampoco) comparable a la alemana, a que acabo de hacer referencia, incentivadora del *cohousing*. Y si la hubiese, la respuesta se mantendría en el mismo lugar (no, no y no). Y esto último, por razones de carácter procesal, analizando el asunto de la perspectiva del contencioso¹⁴, pues -aun cuando el potencial beneficiario/litigante español no hubiese fallecido, y aunque existiese en España una prestación contributiva comparable a la alemana- el orden jurisdiccional competente para conocer del asunto en cuestión, no sería el orden jurisdiccional social -como sucede en Alemania-, sino el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, donde alguien que no sea beneficiario/litigante se encuentra relativamente cómodo pleiteando, pero donde alguien como el potencial beneficiario/litigante se encuentra más bien incómodo (desde luego, más incómodo de lo que se encontraría ante los tribunales laborales). Pues bien, sobre esto -de reclamar el orden jurisdiccional social como ámbito natural para prestaciones de este tipo- han llovido ya muchas décadas, permitiéndome recordar ahora las palabras que dejó escritas, con firmeza, el profesor VIDA SORIA (a quien recuerdo ahora aquí, y a quien también reconozco autoridad), quien ya en los años sesenta defendía que incluso la asistencia social debía estar fuera del radio de acción de la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁵.

3. ACCIÓN (Y ACCIÓN Y MÁS ACCIÓN). EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA, UN CUERPO SIN ALMA

Habría que pasar a la acción (tercera de las palabras, recuérdese, que necesitaba como hilo conductor). En este sentido, el profesor DE LA VILLA GIL (a quien reconozco igualmente como una de mis autoridades más apremiantes) se preguntaba hace más de una década si entraba dentro del Derecho del Trabajo -me permitiría añadir, en nuestro contexto de ahora, si entra dentro del Derecho de la Seguridad Social- la tarea de resolver situaciones de crisis extremas¹⁶. En materia

¹¹ Véase ARUFE VARELA, Alberto, «Un pleito de seguridad social del siglo XXI, si comparado con el Derecho español. A propósito de la interpretación por el Tribunal Federal alemán de Seguridad Social del concepto de prestaciones de seguridad social contributiva de dependencia por “vivienda compartida”», cit., pág. 133.

¹² Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «Reestructuraciones empresariales», en el volumen *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social (Madrid, 2021), págs. 34 y ss.

¹³ Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», *Revista de Derecho Social*, núm. 72 (2015), págs. 66 y ss.

¹⁴ Sobre el tema, véase Vizcaíno Ramos, Iván, «El orden jurisdiccional provisionalmente competente para conocer de los pleitos sobre aplicación de la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», *Actualidad Laboral*, núm. 3 (2014), págs. 3 y ss.

¹⁵ Véase su aguda crítica en VIDA SORIA, José, «Asistencia social en el ordenamiento de la Seguridad Social española», *Revista de Trabajo*, núm. 121 (Madrid, 1968), págs. 62 y ss.

¹⁶ Véase DE LA VILLA GIL, Luis E., «¿Entra dentro del Derecho del Trabajo la tarea de resolver situaciones de crisis extremas?», *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 20 (2009), págs. 1 y ss.

de dependencia, creo que nos encontramos claramente en situación de crisis, razón por la que nos planteamos aquí la necesidad de afrontar retos. Pero vale la pena observar la situación de crisis como una oportunidad, en lugar de como una amenaza; como una oportunidad para buscar la forma de mejorar el estado actual de las cosas, en lugar de como una amenaza para pensar que caminamos por la senda de la destrucción. Escribía el profesor DE LA VILLA GIL, sobre la base de lo que él califica como «dicotomía escatológica»¹⁷, que podría actuarse siguiendo dos modelos, o bien el del «estimable modelo de la vaca»¹⁸ (ese modelo «que siembra los campos de rotundas muestras de su presencia, acreditando su resolución por la totalidad»)¹⁹, o bien el del «rechazable modelo de la cabra»²⁰ (ese modelo «que deja caer espaciadamente pequeñas formas de su nerviosa movilidad, una aquí y otra allí, caprichosamente, una para esto y otra para aquello, sin saber siquiera cuantas más acompañarán a las precedentes en el itinerario a recorrer»)²¹.

Habría que pasar a la acción (cuarta de las palabras, recuérdese, que necesitaba como hilo conductor) y, puestos a actuar, valdría la pena hacerlo siguiendo el citado «modelo de la vaca», como se hizo ya en Alemania hace casi treinta años, supuesto que el sistema de dependencia forma parte inescindible allí de su sistema contributivo de protección social, constituyendo uno de los cinco pilares sobre los que se sustenta el sistema contributivo en cuestión. Un sistema, el alemán, que ha marcado la senda seguida por algún otro país limítrofe tanto con Alemania como con España, y muy significativo desde la perspectiva de la comparación jurídica, tanto para un alemán como para un español, como es el caso de Francia, donde se comenzó la protección de la dependencia con la institución de un sistema de asistencia social no contributiva, cambiándose después -por la senda de sus vecinos alemanes- por un sistema de protección de seguridad social rotundamente contributivo²². Se ha convertido en Alemania, de hecho, en una seña de identidad suya, trayendo aquí a colación otra autoridad especialmente apremiante para mí, que es la del profesor Ulrich ZACHERT, tristemente fallecido hace casi tres lustros, quien -siempre que venía a profesar a nuestra Universidad de A Coruña- nos recordaba con su característico entusiasmo que, en Alemania, cabía identificar unas claras señas jurídicas de identidad, reconducibles a la protección diferenciada (especialmente, en relación con la flexibilidad para extinguir una relación laboral) de las pequeñas empresas -en el lado del Derecho individual del Trabajo-, a la coestión empresarial -en el lado del Derecho colectivo del Trabajo-, así como a la configuración de la dependencia como una contingencia más, y estelar, de los seguros sociales contributivos -en el lado del Derecho de la Seguridad Social-, valorando también en este último ámbito la utilidad del «*Richterrecht*», o Derecho de creación judicial²³, aun cuando el profesor Ulrich ZACHERT confesase que no estudiaba en profundidad el Derecho alemán de la Seguridad Social, al tiempo que mostraba su admiración por los colegas españoles -tan diferentes aquí de los alemanes-, por su (nuestra) capacidad para dedicarnos al estudio tanto del Derecho del Trabajo como del Derecho de la Seguridad Social.

Sigo insistiendo en que habría que pasar a la acción (quinta de las palabras, recuérdese, que necesitaba como hilo conductor), asumiéndose también en España el reto de configurar un nuevo riesgo/contingencia del sistema público de seguridad social, ampliando el «ideal de cobertura» de dicho sistema, invocando al respecto de esta última expresión la autoridad del profesor ALONSO

¹⁷ *Ibidem*, pág. 4.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «Más razones de Derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia. Acerca de la nueva ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 44 (2016), págs. 1 y ss.

²³ Valiosas reflexiones suyas al respecto, a propósito del Derecho colectivo del Trabajo, constan en ZACHERT, Ulrich, MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 3 y ss.

OLEA²⁴ -cuyo recuerdo resulta especialmente sentido exactamente hoy, el día en que se cumplen veinte años de su fallecimiento-, con todas las ventajas, todas las oportunidades, y todos los beneficios que lleva aparejado formar parte del sistema público de seguridad social, sobre la base de tratarse de un servicio público por antonomasia, que llega a todos los rincones, haciéndolo de la misma manera, siguiendo el rumbo que marcan los indeclinables principios de universalidad, de unidad, de solidaridad y de igualdad, configurando de esta manera, una verdadera contingencia del siglo XXI, supuesto que las situaciones de necesidad de que habla el artículo 41 de nuestra Constitución -que es un precepto vivo- se hallan en constante movimiento, teniendo el legislador que ser capaz de captar ese movimiento²⁵. Un nuevo riesgo/contingencia que sirva actualizar nuestra legislación en desarrollo del citado artículo 41, dotando de alma a la legislación en cuestión, y que sirva, además, para poner plenamente al día el tenor del artículo 50 de la Constitución, que se ha quedado fosilizado, en la medida en que habla sólo de «pensiones» (se supone que económicas o dinerarias) y de «tercera edad», especialmente si tenemos en cuenta que la contingencia de dependencia no se identifica plenamente ni con «pensiones» ni con «tercera edad», sino que tiene que ver fundamentalmente con servicios (o, si se quiere, con dinero afectado a servicios) y con la «cuarta edad», pues -por fortuna- vivimos cada vez más y mejor. Sintiendo el arropamiento aquí de otra autoridad, que es la que representa mi maestro, el profesor MARTÍNEZ GIRÓN, se trataría de devolver no barbarie a los dependientes -tendencialmente personas mayores que han aportado, y siguen aportando, civilización, a través del pago de sus impuestos-, sino civilización²⁶. Concluyo, en fin, con la pregunta -a la que me refería en las primeras líneas- relativa a tratar de saber ¿de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos, en materia de dependencia? Pues bien, en materia de dependencia, me parece claro que venimos del siglo XX; me parece igualmente claro que estamos anclados aún en el siglo XX; y también me parece claro -si seguimos dándole la espalda a nuestra Constitución (evitando actualizar las «situaciones de necesidad», a que alude su artículo 41), al Derecho comparado (ignorando las potencialidades del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, como pilar contributivo de su sistema de seguros sociales), así como al Derecho de la Unión Europea (pasando del artículo 34 de su Carta de los Derechos Fundamentales)- que continuamos yendo irremediabilmente hacia el siglo XX, en el que parece que tan acomodado se encuentra nuestro legislador desalmado.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARJONA SEBASTIÀ, CÉSAR (Estudio preliminar y traducción), *Los votos discrepantes del Juez O.W. Holmes*, Iustel (Barcelona, 2006).

ARUFE VARELA, ALBERTO, *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, Atelier (Barcelona, 2019).

²⁴ Véase ALONSO OLEA, Manuel, *Instituciones de Seguridad Social*, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos (Madrid, 1967), págs. 23 y ss.

²⁵ Recordando que la jurisprudencia constitucional, reflexionando sobre el artículo 41 de nuestra Constitución, sostiene que «no cierra posibilidades para la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se han querido o podido utilizar», véase Martínez Girón, Jesús, Arufe Varela, Alberto y Carril Vázquez, Xose Manuel, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), pág. 5.

²⁶ Sacándole brillante partido a la dualidad barbarie/civilización, véase MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «Sobre la brecha digital generacional de la clase media española. Un análisis perspectivístico de Derecho comparado, relativo a un colectivo gigante de contribuyentes en riesgo de exclusión social», en el volumen *Digitalización, recuperación y reformas laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social (Madrid, 2022), págs. 330-332.

- ARUFE VARELA, ALBERTO, «Un pleito de seguridad social del siglo XXI, si comparado con el Derecho español. A propósito de la interpretación por el Tribunal Federal alemán de Seguridad Social del concepto de prestaciones de seguridad social contributiva de dependencia por “vivienda compartida”», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 34 (2023).
- ARUFE VARELA, ALBERTO Y MARTÍNEZ GIRÓN, JESÚS, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, Atelier (Barcelona, 2023).
- KRAHMER, UTZ, PLANHOLZ, MARKUS Y KUHN-ZUBER, GABRIELE (Editores), *SGB XI. Soziale Pflegeversicherung. Lehr- und Praxiskommentar*, 6ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2023).
- MARTÍNEZ GIRÓN, JESÚS, «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», *Revista de Derecho Social*, núm. 72 (2015).
- MARTÍNEZ GIRÓN, JESÚS, «Más razones de Derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia. Acerca de la nueva ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 44 (2016).
- MARTÍNEZ GIRÓN, JESÚS, «Reestructuraciones empresariales», en el volumen *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social (Madrid, 2021).
- MARTÍNEZ GIRÓN, JESÚS, «Sobre la brecha digital generacional de la clase media española. Un análisis perspectivístico de Derecho comparado, relativo a un colectivo gigante de contribuyentes en riesgo de exclusión social», en el volumen *Digitalización, recuperación y reformas laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social (Madrid, 2022).
- MARTÍNEZ GIRÓN, JESÚS, ARUFE VARELA, ALBERTO Y CARRIL VÁZQUEZ, XOSE MANUEL, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017).
- MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, «Prólogo» a ALBERTO ARUFE VARELA, *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, Atelier (Barcelona, 2019).
- VIDA SORIA, JOSÉ, «Asistencia social en el ordenamiento de la Seguridad Social española», *Revista de Trabajo*, núm. 121 (Madrid, 1968).
- DE LA VILLA GIL, LUIS E., «¿Entra dentro del Derecho del Trabajo la tarea de resolver situaciones de crisis extremas?», *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 20 (2009).
- DE LA VILLA GIL, LUIS E., *Alma*, Editorial Círculo Rojo (Almería, 2022).
- VIZCAÍNO RAMOS, IVÁN, «El orden jurisdiccional provisionalmente competente para conocer de los pleitos sobre aplicación de la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», *Actualidad Laboral*, núm. 3 (2014).
- ZACHERT, ULRICH, MARTÍNEZ GIRÓN, JESÚS Y ARUFE VARELA, ALBERTO, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008).

Social Security of Migrant Workers from Ukraine in EU Member States

Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes de Ucrania en los Estados Miembros de la UE

VALERIY O. ZHURAVEL *Kyiv District Administrative Court
01133, 26A Lesia Ukrainka Blvd., Kyiv, Ukraine*

OLENA V. KARPUSHOVA *Sixth Administrative Court of Appeal
01010, 8/30 Moskovska Str., Kyiv, Ukraine*

VOLODYMYR D. BIELOUSOV *Joint Stock Company "Closed-End Non-Diversified Venture
Corporate Investment Fund "Leo Invest Group"
03035, 14 Lybkiivskiy Str., Kyiv, Ukraine*

HANNA PLATONOVA *Law Firm "Lex Partners"
04071, 56A Yaroslavska Str., Kyiv, Ukraine*

OLHA A. DYACHENKO *Department of Labor Law and Social Security Law
Taras Shevchenko National University of Kyiv
01033, 60 Volodymyrska Str., Kyiv, Ukraine*

Cita Sugerida: ZHURAVEL, V.O.; KARPUSHOVA, O.; BIELOUSOV, V.D.; PLATONOVA, H. y DYACHENKO, O.A.: «Social Security of Migrant Workers from Ukraine in EU Member States». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 36 (2023): 159-177.

Abstract

Labor migration is becoming a growing trend in the modern labor market. The development of transport infrastructure, growth of non-standard forms of employment, globalization and uneven development of different territories lead to an increase in the mobility of the working population. Labor migration has its positive aspects, such as the redistribution of labor and the increase in the efficiency of human capital. However, along with other aspects of a flexible labor market, labor migration can also pose a threat to the social protection of workers. The study of social security issues helps to assess the extent to which these workers have access to the necessary social services and benefits, which contributes to their well-being and encourages further contribution to the economy. The purpose of the article is to analyze the social security provided for by the EU and Member States' legislation on migrant workers in the context of workers from Ukraine. This allows us to identify the basic rights, obligations and principles governing the social protection of this category of workers. The analysis of social security helps to determine how effective and comprehensive its application is for migrant workers. In addition, the purpose of the article is to assess the level of social protection provided to migrant workers under the laws of the EU and its Member States. The main method of research is the method of system analysis, which allows to consider social security as a complex system that includes various components, interrelations and influences. Within this method, the authors analyzed the legislative framework, decisions, institutional structure and processes, financial aspects, access to services and other factors that affect the social protection of migrant workers.

Resumen

La migración laboral se está convirtiendo en una tendencia creciente en el mercado laboral moderno. El desarrollo de la infraestructura de transporte, el crecimiento de formas no estándar de empleo, la globalización y el desarrollo desigual de diferentes territorios conducen a un aumento en la movilidad de la población trabajadora. La migración laboral tiene aspectos positivos, como la redistribución del trabajo y el aumento de la eficiencia del capital humano. Sin embargo, junto con otros aspectos de un mercado laboral flexible, la migración laboral también puede representar una amenaza para la protección social de los trabajadores. El estudio de los problemas de seguridad social ayuda a evaluar el acceso de estos trabajadores a los servicios sociales y prestaciones necesarios, lo que contribuye a su bienestar y fomenta una mayor contribución a la economía. El propósito del artículo es analizar la seguridad social proporcionada por la legislación de la UE y de los Estados Miembros a los trabajadores migrantes en el contexto de los trabajadores provenientes de Ucrania. Esto nos permite identificar los derechos básicos, obligaciones y principios que rigen la protección social de esta categoría de trabajadores. El análisis de la seguridad social ayuda a determinar qué tan efectiva y completa es su aplicación para los trabajadores migrantes. Además, el propósito del artículo es evaluar el nivel de protección social proporcionado a los trabajadores migrantes según las leyes de la UE y sus Estados Miembros. El principal método de investigación es el método de análisis de sistema, que permite considerar la seguridad social como un sistema complejo que incluye varios componentes, interrelaciones e influencias. Dentro de este método, los autores analizaron el marco legislativo, decisiones, estructura institucional y procesos, aspectos financieros, acceso a servicios y otros factores que afectan la protección social de los trabajadores migrantes.

Keywords

labor migration; migrant workers; social protection; social security; EU legislation

Palabras clave

migración laboral; trabajadores migrantes; protección social; seguridad social; legislación de la UE

1. INTRODUCTION

Social security is an important aspect of society, as it provides support and protection to individuals who are vulnerable or in need of assistance. Social security provides people with financial support and protection in the event of unforeseen circumstances, such as illness, disability, unemployment, or the loss of a family breadwinner. It helps to meet basic needs and prevent crises. In addition, social security is an important tool in the fight against poverty and social inequalities. It provides access to the basic needs necessary for a decent life and facilitates the distribution of resources in society.

Social security in international law plays an important role in protecting human rights and improving living conditions. It is recognized as a principle and a human right and has its basis in international legal instruments. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (UN General Assembly, 1966) is a significant international legal instrument governing social security. It establishes that every individual is entitled to an acceptable standard of living, which encompasses sufficient food, clothing, housing, healthcare, education, and social security benefits. Some international organizations, such as the International Labor Organization (ILO) and the World Health Organization (WHO), also address social security issues and make recommendations for the establishment of national social security programs.

International law recognizes the principle of universality of social security, which means that all people, regardless of their status, should have access to social protection. Member states have an obligation to establish national social security systems that meet international standards and protect the rights of workers, migrants, persons with disabilities and other vulnerable groups. However, it is worth noting that the specific requirements and level of social security may vary between countries depending on its legislation, socio-economic development and resources. The level of social security may include various types of benefits, such as pensions, health insurance, unemployment benefits, childcare supplements and other social services.

Social security is also important for migrant workers, as it provides them with protection and guarantees some social rights and benefits. Many countries that receive migrants have social security systems that provide support to these workers. One important aspect of social security is health insurance. Migrants can be covered by health insurance, which allows them to receive medical care and treatment in case of illness or injury. This provides them with access to necessary medical services and preserves their physical health. Legislation can also provide migrants with protection from discrimination in the workplace, including equal pay, employment and career development opportunities. This guarantees migrants equal opportunities and protects them from any form of unfair treatment.

Financial support for migrants can also be provided in the form of assistance in obtaining acceptable housing. This helps migrants to ensure sustainable and comfortable living conditions for themselves and their families. In many countries, there are programs and initiatives that provide financial assistance to migrants in the area of housing. These programs may include the following types of assistance: rental financing; subsidies for the purchase of housing; compensation for utility costs; support in finding housing, etc. In addition, social welfare can include various support programs that facilitate the integration of migrants in a new environment. This may include language and cultural adaptation courses that help migrants learn the basics of the language and familiarize themselves with local customs and values. These programs help improve communication and understanding of the new environment, which facilitates their integration and successful employment.

After Ukraine gained its independence, due to the introduction of freedom of movement and under the influence of economic problems of the transition period, migration of the Ukrainian population has significantly intensified, its geography has expanded, and its scale has increased. Labor migration abroad has become the most numerous and socially significant migration flow (Malynovska, 2012). Modern forms of migration give rise to new problems related to inadequate working conditions, limited legal rights, discrimination, social exclusion, lack of social protection, etc. Due to the territorial nature of social protection and limited rights to social benefits, labor migrants face difficulties in obtaining social security. It should be emphasized that migrants play an important role in the process of strengthening economic integration, and at the same time, most of them risk losing their rights to social protection.

Therefore, increasing the level of coordination of social protection between countries on the basis of bilateral and multilateral agreements and ratification of relevant international conventions should be a priority area of social policy for the welfare of numerous groups of labor migrants and their families. Furthermore, the mobility of social protection not only emphasizes this importance for migrants and their families, but undoubtedly facilitates the portability of labor migrants, and is an indispensable condition for the proper functioning of integrated labor markets (Mulska, 2015). It is also extremely important to strengthen the motivation of the population to participate in the social insurance system, overcome dependency attitudes on the part of citizens and paternalism on the part of the state (Tkachenko, 2009).

For Ukrainian migrant workers, learning about social security is important for several reasons. First, it allows them to be aware of their rights and opportunities to receive social protection in the countries where they work or live. They can know about available social programs, procedures for obtaining benefits, and requirements for doing so. Second, learning about social security helps Ukrainian migrant workers plan their financial future and secure social protection for themselves and their families. They can understand what types of social protection are available to them, how they can use these services, and what their rights and obligations are. In addition, knowledge about social security can help Ukrainian migrant workers to secure their rights and protect themselves from possible abuse or discrimination in the field of labor and social security.

2. MATERIALS AND METHODS

The main method used for the study is the method of systematic analysis. This method is used to analyze various aspects of the problems faced by migrant workers in the context of social security. This includes the lack of coordination between social security systems, unclear rights and procedures, and abuses and unfair practices. Furthermore, using this method, the author highlights how these problems are interconnected and influence each other. Lack of coordination can lead to unclear rights and procedures, which in turn can facilitate abuse and unfair practices. In addition, this method is used to formulate the conclusions to the article, namely, to put forward proposals for solving problems based on a systemic approach and to point out the need to develop bilateral cooperation and conclude bilateral agreements between countries that will help ensure the protection of labor migrants.

The systemic method applied in the article considers social security as a system that includes various components, such as legislation, procedures, monitoring and protection of rights. It examines the interaction of these elements and their impact on labor migrants. The authors also applied a synthesis method to combine information and develop a conceptual framework. The article synthesizes information from various sources on the problems of social security for labor migrants. Using this method, the author analyzes the existence of bilateral cooperation and the conclusion of bilateral agreements as potential solutions to ensure the protection of migrant workers. These concepts are formed by synthesizing information and identifying key issues. In other words, the synthesis method is used in the article to combine information, formulate concepts and summarize the results, which

helps to get a comprehensive picture of the problems of social security for labor migrants and ways to solve them.

The authors also applied the formal legal method. This was used to analyze legal developments in particular, examining the various legal norms, legislation and treaties governing social security for migrant workers. It analyzes these norms, their content and legal implications related to the protection of migrants' rights and social security. The method is also used to interpret legal concepts used in social security legislation. It analyzes the meaning of terms and their application in the context of labor migrants, helping to understand the legal rights and obligations of migrants. In addition, the article identifies legal challenges faced by migrant workers in relation to social security. It uses a formal legal approach to analyze and evaluate contradictions in legislation, inconsistencies between rules and their practical application, and to identify flaws and shortcomings in the social security system. Finally, the formal legal method is applied in the context of proposing legislative changes. The authors propose solutions to the identified legal problems. Recommendations are made for amending legislation, clarifying legal norms or creating new legislative mechanisms to ensure effective protection of the rights of migrant workers.

This article also uses a comparative method by comparing social security systems in different countries. The author analyzes the legislation, rules and procedures of social security for migrant workers in different EU member states. He compares their approaches, norms and standards related to the protection and rights of migrant workers. Based on this comparison, the author provides an analysis of the different approaches and identifies the advantages and disadvantages of the different social security systems. This comparison helps readers to better understand the differences in the legal regulation and practice of social security for migrant workers in different countries.

3. RESULTS

3.1. General overview of EU legislation on social security and employment of foreigners

The effective implementation of social policy is a prerequisite for the functioning of developed societies, as it contributes to the normal development of all its members. In addition, social policy plays an important role in protecting human rights and providing opportunities for a decent standard of living for everyone. Global experience shows that the development of social policy is a factor in stabilizing relations, which emphasizes the importance of effective social policy of the state in the field of social relations.

The European Union's legal system is an important tool for regulating relations within the EU, between member states and third parties. Union law consists of an integral system of sources that express and consolidate legal norms and are binding. Generally, sources of law are classified into primary and secondary law. Primary law includes the founding treaties of the EU (the EU Treaty, the Treaty on the Functioning of the EU, the Charter of Fundamental Rights of the EU), which are in force as amended by the Lisbon Treaty. Secondary law includes EU regulations. In addition, general principles of law, the case law of the Court of Justice of the European Union and international treaties are also sources of Union law. Thus, the system of sources of EU law consists of two categories of acts - primary law and secondary law. The primary sources of EU law define the basis for regulating EU social policy, emphasizing its importance and setting the limits of authority for each member state in the relevant issues. These sources reflect the evolution of legal regulation of EU social policy at different stages of EU development.

Social policy issues are also reflected in EU secondary legislation. The system of regulations adopted by the EU institutions establishes a common framework and guidelines for all member states in the development of social law, and is aimed at gradual convergence and harmonization of national social protection systems of the EU member states. It should be noted that a significant contribution

to social policy issues was made by the following documents: “European social policy: Options for the Union. A Green Paper” (Commission of the European Communities, 1993); “European Social Policy – A Way Forward for the Union. A White Paper” (Commission of the European Communities, 1994). These books have played a huge role in shaping European social policy and formalizing its concept. They are considered to be fundamental normative documents that laid the foundations for the Union’s social policy and influenced the fact that social policy is now one of the most important priorities of the EU.

In addition, the relevant issue is regulated by a number of Directives. First of all, we would like to draw attention to Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. Its provisions are aimed at establishing a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation in employment, with a view to implementing the principle of equality in employment in the Member States. The Directive defines the characteristics of direct and indirect discrimination. It is noted that direct discrimination occurs when one person is granted a less favorable status compared to another person if they are in similar circumstances. Indirect discrimination occurs when an apparently neutral provision, criterion or practice leads to a disadvantage for persons of a particular religion or belief, a particular identity, a particular age or a particular sexual orientation compared to other persons (Council of the European Union, 2000b).

In relation to non-discrimination, Directive 2004/113/EC (Council of the European Union, 2004) plays a significant role in EU secondary legislation. This directive, adopted in 2004, focuses on implementing the principles of equal opportunities and equal treatment between men and women in accessing and providing goods and services. Its objective is to create a framework that addresses and combats gender-based discrimination, aiming to achieve gender equality in all Member States. According to this Directive, the principle of equal treatment of men and women means that discrimination on the basis of sex, including negative attitudes towards women on the grounds of pregnancy and maternity, is prohibited. In addition, any indirect discrimination on the basis of sex is also prohibited. It is important to note that the Directive may not create less favorable conditions relating to the protection of women in connection with pregnancy and maternity. Harassment and sexual harassment are considered forms of sex discrimination and are also prohibited under this Directive (Council of the European Union, 2004).

In addition, a number of other documents can be distinguished, namely: Directive 92/85/EEC (Commission of the European Communities, 1992); Directive 98/59/EC (Council of the European Union, 1998); Directive 2000/43/EC (Council of the European Union, 2000a); Directive 2001/23/EC (Council of the European Union, 2001a); Directive 2010/18/EC (Council of the European Union, 2010); Directive 2011/98/EU (European Parliament & Council of the European Union, 2011). This list is not exhaustive but demonstrates only a part of the large number of legal acts adopted at the Union level in the field of social policy. After analyzing the EU secondary legislation on social policy, we can identify several aspects that they cover. These acts regulate the following aspects of EU social policy: freedom of movement of persons within the EU, definition of the concept of “employee”, labor migration, wage equality between men and women, occupational safety and health, employment, social security, and the establishment of social partnership and dialogue. EU social policy directives define the main directions of development and implementation of social policy. Secondary EU legislation is mainly aimed at harmonizing the legislation of the member states, including in the social sphere, and establishing minimum requirements to be met by the states.

It is also important in the context of the research topic to review the legislation on labor migrants from third countries. Third-country nationals do not enjoy the same freedoms as EU citizens. In general, the current directives regulate the status of long-term resident, the right to family reunification, and the right to study (Council of the European Union, 2003). However, most issues,

including entry, residence permits and employment of third-country migrant workers, legal regulation of fixed-term employment contracts and self-employed workers, are determined at the discretion of each member state (Darmoris, 2010).

The legal act on labor migration from third countries is the Decision setting up a prior communication and consultation procedure on migration policies in relation to non-member countries (Commission of the European Communities, 1985). According to this Decision, Member States shall regularly provide the Commission and other Member States with preliminary information on the following matters: plans of measures they intend to adopt with regard to workers from third countries and their family members relating to entry, residence and employment, including irregular entry and employment, and equality; draft agreements related to these matters; and draft agreements on cooperation with third countries; draft agreements relating to the conditions of residence and employment of its nationals working in third countries and members of their families (Commission of the European Communities, 1985). The Decision is an important legal instrument for harmonizing Member States' policies on the employment of third-country nationals in the EU.

The next important document is the Resolution on limitation on admission of third-country nationals to the territory of the Member States for employment (Council of the European Union, 1994). The resolution states that the Council recognizes the contribution of migrant workers to the economic development of the respective host countries, but as of 1994, no member state had an active immigration policy. On the contrary, all states have reduced the possibility of permanent legal immigration for economic, social and political reasons, in particular as a result of rising unemployment in the EU. The document also states that member states will consider requests for entry into their territory for employment purposes only if vacancies in their country cannot be filled by the domestic workforce or by citizens of other EU member states. However, where necessary, third-country nationals may be temporarily admitted to the territory of a Member State for the purpose of employment for a limited period if the offer relates to a specific employee or service provider and is of a special nature related to the qualification requirements (professional qualifications, experience, etc.) of that specialist (Council of the European Union, 1994).

Given the recent events in Ukraine, it is worth noting Directive 2001/55/EC on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof (Council of the European Union, 2001b). This document regulates the procedure for the implementation of temporary protection of persons from third countries arriving in the EU. According to the Directive, persons who can apply for temporary protection include third-country nationals or stateless persons who have been forced to leave their country and are unable to return due to dangerous conditions, such as armed conflict or epidemic violence, or due to serious risk or systematic violations of their human rights. The main purpose of the Directive is to reduce the burden on national systems for receiving and providing for displaced persons in the territory of EU Member States by harmonizing their rights, such as the right to residence, health care, education, access to the labor market and housing, and others. It is important to note that granting temporary protection to a person does not grant him/her refugee status, but does not deprive him/her of the right to apply for refugee status in accordance with the laws of the country where he/she is staying (Council of the European Union, 2001b).

Despite the fact that the Directive was adopted in 2001, it was first applied in practice only after Russia's full-scale invasion of Ukraine after February 24, 2022. It was decided to apply it to ensure that migration was controlled and that state authorities could cope with the number of migrants. The unprecedented nature of such measures has shown the advantages and disadvantages of temporary protection and the level of readiness of member states to the flow of migrants. It should be emphasized that Ukrainian labor migrants currently working in the EU can be divided into two

categories. The first category includes labor migrants who worked in the EU before February 24, 2022, or are employed on the basis of separate permits from member states (visa, residence permit, etc.). The second category of citizens is persons who are subject to the Temporary Protection Directive and have received the relevant document. Such citizens have the right to be employed in the EU on an equal footing with its citizens. However, it is not correct to call them labor migrants, as they are persons who have temporary protection (or refugee status) in the EU. Therefore, in this article, we will study the specifics of social protection of migrant workers from Ukraine.

Thus, the European Union has a broad legal framework relating to the social security and employment of migrants. This framework includes directives, regulations and decisions that govern various aspects of migration policy and social protection of migrants. In particular, these legal acts establish procedures for obtaining work permits for migrants, rules on social security and insurance, pay equality, labor rights protection, and much more. This broad legal framework aims to ensure fair and equal treatment of migrants in the field of labor and social security within the European Union.

3.2. Overview of migration trends of workers from Ukraine to the EU and their role in the economies of the Member States

Over the past decades, there has been a significant increase in the number of workers migrating from Ukraine to EU countries. Economic opportunities, increased free movement and better working conditions are the main factors contributing to this growth. Following Russia's full-scale invasion of Ukraine on February 24, 2022, the EU has seen an overall increase in the number of refugees forced to flee Ukraine. Consequently, many of them have also taken up employment in member states. Many migrant workers from Ukraine are trying to improve their economic conditions and secure a better future for their families. The EU offers more employment opportunities, as well as higher wages and social security compared to Ukraine.

There are the following reasons for labor migration: political (political events, discrimination on various grounds, etc.); military (evacuation, military events); social (marriage, health, etc.); environmental (man-made and natural disasters); economic (employment, search for higher income, etc.); other (ethical, religious, etc.) (Bortnyk et al., 2017). Economic factors are one of the main reasons for labor migration from Ukraine to the EU. Ukraine has been facing economic challenges such as low wages, high unemployment, and limited employment opportunities. In such circumstances, workers look for opportunities to earn money abroad, where they hope to find better working conditions and higher wages. Social and political factors also influence the migration of workers from Ukraine to the EU. For example, political instability, conflicts, and wars in certain regions of Ukraine may affect people's decisions to move abroad. The overall stability, higher level of security and social protection in the EU countries are becoming attractive factors for Ukrainian workers.

The Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part (European Union and Ukraine, 2014) establishes the right to employment and social security for Ukrainian citizens, ensuring non-discrimination but only for those who are employed legally. This agreement recognizes the validity of existing interstate agreements concerning employment and social security and encourages the signing of new agreements based on mutual benefit and national interests. The agreement emphasizes that social rights, including the right to social security, are fundamental human rights that should be protected and supported by both EU member states and Ukraine. With the deepening cooperation between Ukraine and the EU and Ukraine's economic progress, including foreign investments and job opportunities, there is a potential for Ukrainian migrants to have better employment prospects and access to social security within their home country (Yatskevych, 2018).

For the recipient countries, recruitment of migrant labor from Ukraine can become an important source of labor in certain sectors where there is a shortage of local workers. Ukrainian

workers migrating to the EU countries represent different professional fields and skill levels. Ukrainian migrants include both low-skilled workers and highly skilled professionals. Low-skilled workers are usually engaged in physically demanding jobs such as construction, agriculture, restaurant business, cleaning, etc. They find jobs in recipient countries where the demand for such labor is high. However, Ukrainian workers are also known for their high qualifications and specialization in various fields. They often have higher education and professional experience in such fields as information technology, engineering, medicine, finance, research, and others. Highly skilled workers from Ukraine seek opportunities for career development and higher earnings abroad, where they are offered greater opportunities and benefits.

Some EU countries actively attract highly skilled labor from Ukraine by offering special programs and visa conditions to attract such specialists. In order to facilitate access to labor markets for migrant workers who fall into the category of *highly skilled workers*, the EU has developed a system of Blue Card permits. The Blue Card system has become one of the EU's most important tools for attracting highly skilled workers from third countries to its territory. Regulation of this system began in 2009 with the adoption of Directive 2009/50/EC on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment. According to this Directive, the Blue Card gives the holder the right to reside and work in the territory of a Member State in accordance with the conditions set out in the Directive (Council of the European Union, 2009).

Labor migration of highly skilled workers can have significant economic benefits for recipient countries. Attracting highly skilled workers from other countries helps to increase human capital, boost productivity, and promote innovation. Highly skilled workers can bring new knowledge, skills, and experience to the recipient country's economic activities. They can be engaged in the development of new technologies, scientific research, high-tech projects, and other innovative fields. This contributes to the country's competitiveness, industry development, and stimulates economic growth. In addition, highly skilled workers often attract investment from foreign companies, as their presence helps to create a favorable environment for business development and entrepreneurship. They are able to create new jobs, raise professional standards and improve the quality of products and services (Yatskevych, 2018). Thus, labor migration of highly skilled workers can bring significant economic benefits to recipient countries, contributing to their innovative development, productivity growth, and attracting foreign investment.

However, it is important to note that labor migration can also present certain challenges and problems, such as illegal labor, insufficient social protection, and exploitation. Therefore, it is important that both Ukraine and the countries receiving workers facilitate regular and legal migration, ensure the protection of workers' rights, and guarantee them adequate working conditions and social protection. Ukrainian labor migrants also have an impact on the Ukrainian economy. For example, in 2020-2021, migrant workers transferred \$1 billion to Ukraine every month. Surprisingly, the war in Ukraine had almost no impact on these transfers. On the one hand, labor migrants who had been working in the EU before the war began to send less money to Ukraine due to the cooling of European economies and the departure of some Ukrainians who had been recipients of these transfers. On the other hand, a significant number of Ukrainians who left after the outbreak of the war found jobs and maintained a high level of remittances (Vinokurov, 2023). Thus, it can be stated that Ukrainian labor migrants with strong ties to Ukraine also have a significant economic impact on Ukraine through remittances that are spent in Ukraine. This provokes economic growth of businesses in the country, which in turn pays taxes. Thus, Ukrainian labor migrants have an impact not only on the economies of European countries, but also on Ukrainian ones.

3.3. Differences in social security systems in relation to labor migrants: Poland and Ukraine

As already mentioned, the European Union sets the general framework and minimum standards for social security, but each member state independently regulates and details the relevant provisions in its national legislation. This means that social security may differ across EU member states depending on their socio-economic conditions, traditions and political priorities. EU member states have their own national social security systems, which include aspects such as pensions, health insurance, unemployment benefits, family benefits and other types of social privileges. Each country determines the rules, criteria and conditions for receiving these benefits, as well as the amount and duration of their provision.

The diversity of social security systems in the EU is reflected in the fact that the level and types of social benefits can vary considerably from country to country. For example, some countries may have a wider range of benefits and higher benefit levels, while others may have a more limited range and lower benefit levels. This approach allows Member States to take into account their domestic socio-economic needs and capacities, and provides them with the flexibility to set their own social security policies. Therefore, for a more detailed understanding, let's look at the relevant norms in the legislation and practice of individual Member States. According to the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), as of July 6, 2023, about 5.9 million Ukrainian refugees were granted temporary protection status in Europe (Operational Data Portal, 2023). This is about 1% of the population of the EU countries. Poland, Germany, and the Czech Republic received the largest number of Ukrainians. Therefore, the authors chose these three countries for analysis. It is worth noting that even before the invasion, these countries were the most popular among Ukrainian workers.

Let's look at Poland first. The migration of Ukrainians to Poland plays a significant role in the relationship between the two societies, demanding mutual attention and a bilateral response. It is in the best interest of both countries to facilitate well-managed and secure migration, ensuring the protection of migrants' rights and providing social security measures (Malynovska, 2021). Both now and before the full-scale invasion, there were many Ukrainians working in Poland. As of 2021, about 1.5 million Ukrainians lived and worked in Poland. At the same time, about 600,000 Ukrainians officially pay taxes to the Polish social security fund (Omeliński, 2021). Poland has been experiencing rapid economic growth in recent years, which has resulted in a growing demand for labor on the labor market, both in low-skilled jobs and in industries requiring highly skilled professionals, such as science, IT, construction, etc. As a result, Poland is attractive for third-country nationals, including Ukrainians, seeking employment opportunities. There are several visible reasons that explain this attractiveness. First, Poland has a close geographical proximity to Ukraine. Secondly, the similarity of the language helps labor migrants to find employment in Poland without significant language barriers that may arise when seeking employment in many other EU member states.

Poland's social security system encompasses a range of benefits, including unemployment support, health insurance, pensions, family benefits, and social assistance. The organizational framework of the Polish social security system comprises multiple institutions operating at both the central and regional government levels. The effective and dependable functioning of this system relies on the interaction and collaboration among these institutions to ensure its efficiency (Malynovska, 2014). Act on the Government Departments (*Ustawa o działach administracji rządowej*) outlines the scope of social security in Poland, encompassing areas such as social insurance, old-age pension funds, social assistance, state social assistance programs, social benefits, employment, social and vocational rehabilitation for individuals with disabilities, support for combatants and persecuted persons, as well as the coordination of social security systems and activities in the realm of public welfare (Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, 1997).

The Act of 12 December 2013 on foreigners (Polish Parliament, 2013) establishes the general provisions regarding the entry, relocation, stay, and departure of foreigners in Poland. This Act also

addresses the entitlement to social benefits and sets conditions for work permits based on the coverage of specific social security programs. According to Article 114, a foreigner can obtain a temporary residence and work permit under certain conditions. These conditions include having health insurance within the national healthcare system or private health insurance that covers the cost of treatment in Poland. Additionally, the migrant must have sufficient income to support themselves and their family while in Poland, which means having a monthly income that exceeds the income threshold for receiving social assistance for both the migrant and their dependent family members. Article 139a states that this condition also applies to temporary residence permits for delegated workers. Similar conditions apply to temporary residence permits for long-term mobility (Articles 139o and 139s), as well as for studying at higher education institutions or conducting research. In the case of temporary residence for the purpose of family reunification, the condition related to access to health insurance is also applicable (Polish Parliament, 2013).

Access to social protection for immigrants in Poland is further specified in legal acts that define the conditions of access to social benefits. As for benefits related to the payment of contributions, the main criterion is regular payment of contributions. Therefore, foreigners working in Poland are covered by these types of social security programs. As for benefits that depend on income or marital status, eligibility depends on the immigrant's legal status and his/her stay in Poland. In accordance with the Treaty on European Union, Polish law also recognizes the rights of EU citizens in the same way as the rights of Polish citizens. This results in certain differences between the rights of immigrants and Polish citizens. This affects access to social benefits between EU and non-EU migrants (Chłóń-Domińczak, 2020).

Access to social security for foreigners is determined by the regulations of social security coordination that apply to EU member states and EFTA countries. Additionally, access to social security may be governed by bilateral agreements on social security between Poland and non-EU countries. These agreements establish the rights and obligations regarding social security benefits for foreign nationals, ensuring that they are treated fairly and have access to necessary social protections (Chłóń-Domińczak, 2020). In particular, this list includes Ukraine.

Therefore, the delivery of social security services in Poland operates under two main financing models: insurance-based and tax-based. For foreigners, their access to benefits aligns with that of Polish citizens when it comes to insurance-based benefits, as it is contingent upon the payment of applicable social security or health insurance contributions. However, certain categories of foreigners, constituting a narrower group, may face limitations in accessing tax-financed benefits such as family benefits, social assistance, tax-financed healthcare benefits, and unemployment benefits.

It is worth noting that Poland and Ukraine have signed the Agreement on Social Security. Among the main provisions of the Agreement, Article 7 provides that if a person employed by an employer registered in the territory of one Contracting Party is sent to the territory of the other Contracting Party to perform work for that employer, the legislation of the first Contracting Party shall apply to him/her, provided that the period of work does not exceed 24 months. If the period of work performance exceeds 24 months, the legislation of the first Contracting Party shall continue to apply for the next period not exceeding 36 months, provided that the competent authority of the other Contracting Party, or a competent institution authorized by that authority, agrees to this. The agreement provides for the following types of benefits: unemployment benefits; sickness and maternity benefits; pensions; industrial accidents and occupational diseases; and burial benefits. This agreement establishes rules and procedures that allow citizens of both countries to enjoy social benefits and receive social insurance in cases where they have a connection to both countries. This agreement contributes to improving the living and working conditions of citizens of both countries by providing them with social protection in accordance with the legislation of each state (Verkhovna Rada of Ukraine, 2012).

Taking into account Polish legislation and the Agreement between Ukraine and the Republic of Poland on Social Security (Verkhovna Rada of Ukraine, 2012), it can be argued that Ukrainian workers are entitled to social protection in Poland. This agreement gives them the opportunity to benefit from various forms of social support, such as pensions, health insurance and unemployment benefits. This protection of social rights of Ukrainian workers in Poland is a result of the long-term history of migration between the two countries, as well as the common desire of the parties to promote the protection of the rights and social welfare of workers. This has a positive impact on the working and living conditions of Ukrainian workers, providing them with the necessary social stability and protection. It is important to note that the use of these social benefits and rights is subject to compliance with the requirements and procedures established by law and the agreement between the countries. Therefore, Ukrainian employees should be familiar with the rules and procedures for obtaining social security in Poland, as well as fulfill the requirements for making insurance contributions and other obligations to receive social benefits.

3.4. Differences in social security systems in relation to labor migrants: Germany and Ukraine

Due to a significant shortage of skilled workers in Germany, it was decided that a new Immigration Act should be introduced. These innovations came into force on March 1, 2020. This law is considered to be a fundamental change in the procedure of employment of highly qualified persons. First of all, it should be noted that the law defines skilled workers as persons with higher education or professional qualifications obtained after studying for at least two years (Bundesregierung, 2020). The German social security system can be characterized as a two-pillar system. The first pillar consists of a social insurance system financed by contributions, while the second pillar includes various social welfare programs financed by taxes. Contributions and benefits from social insurance institutions constitute a significant part of the financing of the social security system (Bonfert et al., 2022).

Social insurance in Germany is linked to labor market status and occupation. It is mandatory for most of the German labor force, namely for dependents, with the exception of civil servants. Self-employed persons can opt for social health insurance (restrictions apply to reduce the risk of opting out) and state pensions (except for disability benefits). Social security contributions on earnings above 850 euros are officially split between employer and employee. Receiving unemployment benefits or pensions requires a certain waiting period. Citizenship per se does not play a role, but - in the case of non-EU citizens - it can be important for obtaining a work permit and thus employment in the formal sector (Schnabel, 2020).

For non-German residents, there may be restrictions on receiving tax-financed benefits. EU citizens and non-EU citizens must meet certain minimum employment requirements in order to receive the full minimum income benefit. Residency in Germany plays an important role in accessing tax-funded benefits. Once you become a permanent resident abroad, tax-funded benefits may be canceled. However, there may be some exceptions, for example, for dependent children attending educational institutions abroad (Bundestag, 1997).

It is worth noting that Ukraine and Germany have also concluded an Agreement on Social Security. However, it has not yet been ratified by the Ukrainian side, and therefore has not entered into force. The website of the German Pension Fund published information for refugees in Ukrainian in March 2022 with two main points. The first one concerns employed persons: people who have moved to Germany from Ukraine and found a job here also have to pay compulsory pension insurance contributions. The second point relates directly to pension recipients. Here, Ukrainians are in for some disappointing news: *The agreement on social security concluded between Ukraine and Germany has not yet been ratified by the Ukrainian side. Since there is currently no valid German-Ukrainian agreement on social security, Ukraine has the status of a "foreign state without an agreement" in the*

context of German pension insurance. Thus, for persons who are currently paying mandatory social security contributions and are employed in Germany (Deutsche Rentenversicherung, 2022).

In general, the provisions of the Agreement contain regulations to avoid double insurance in both countries. The subject matter of the Agreement for Germany is accident insurance for the payment of pensions and other financial assistance; pension insurance; additional insurance for employees of mining and metallurgical enterprises; and old-age insurance for farmers. Thus, employees and their employers are primarily subject to the laws of the country in which they actually perform their work. For workers temporarily employed in another country, it is ensured that they can remain integrated into the social insurance system of the country where they worked before. In addition, the agreement provides for the unrestricted transfer of pensions to the other Contracting State (the principle of export of benefits). The prerequisites for pension eligibility can be met through the joint summation of the insurance record acquired in both states (accumulation of minimum pensionable service). In the field of accident insurance, the Agreement is also the basis for the fact that payments can be made in an unlimited amount to the other contracting state (Cabinet of Ministers of Ukraine, 2019).

In our opinion, the lack of ratification of the Agreement on Social Security between Ukraine and Germany by the Verkhovna Rada of Ukraine is a major gap, especially in the context of the fact that the agreement has already been drafted and adopted, and given that Germany is currently the second largest destination for Ukrainian migrants. This situation is of particular importance, as Ukrainian migrants in Germany need adequate social protection and legal support, which can be provided by ratification of the agreement. The absence of ratification of the agreement means that Ukrainian migrants do not have full access to the social protection that the German social security system should provide them. This can lead to insecurity of Ukrainian workers in case of job loss, temporary disability or other negative life circumstances. Moreover, the ratification of the agreement helps to strengthen cooperation between Ukraine and Germany in the field of social protection. This creates a foundation for the further development of joint projects and initiatives aimed at improving the living and working conditions of Ukrainian migrants.

3.5. Differences in social security systems in relation to labor migrants: Czech Republic and Ukraine

Finally, let's move on to Czech legislation. The earnings-related benefits within the employment policy system are still primarily non-contributory, although there is a small portion of social insurance contributions allocated to state employment policy. However, eligibility for unemployment benefits is not dependent on the amount of these contributions.

The non-contributory state social support system is sustained by the state budget and managed by designated state entities. Its main objective is to provide assistance to families with dependent children who are unable to support themselves. Within this system, tax-funded social assistance benefits are available to individuals with disabilities and those experiencing material need. The latter aims to fulfill the basic living and housing needs of individuals with insufficient income. In contrast, the social insurance system operates based on contributions from both employees and employers. This system ensures that individuals are covered for various contingencies, such as healthcare, through a combination of contributions and taxation. Family benefits and social assistance, however, are directly funded by the state budget through general taxation (Koldinská & Lang, 2017).

In the Czech Republic, social protection is quite open to people in situations of interethnic mobility, including mobile EU citizens. However, the situation is slightly different for third-country nationals. The Czech social security system is open to foreigners from non-EU countries if they are permanently residing in the Czech Republic or working for an employer located in the country. Third-country nationals who do not have permanent or long-term resident status are usually not covered by the social security system (Ministry of Labour and Social Affairs of the Czech Republic, 2004).

Participation in social insurance systems, including disability insurance and pension insurance, requires gainful activity. For health insurance, permanent residence or gainful activity is required. Participation in funded systems usually requires permanent residence. The possibility of exporting benefits abroad or calculating the total insurance period in the Czech Republic depends on bilateral social security agreements concluded with third countries (Koldinská, 2020). With this in mind, let's review the relations between Ukraine and the Czech Republic in the context of the existence of social security agreements. It is worth noting that the two countries signed the relevant Treaty, which entered into force in 2003. This Treaty regulates the following types of social security: temporary disability benefits; maternity, childbirth and childcare benefits; assistance to families with children; benefits in case of industrial accidents and occupational diseases; unemployment benefits; old age pensions; disability pensions; survivors' pensions; and burial benefits (Verkhovna Rada of Ukraine, 2002).

Due to the existence of Treaty between Ukraine and the Czech Republic on Social Security (Verkhovna Rada of Ukraine, 2002), it can be concluded that Ukrainian labor migrants have a certain level of social security protection. This agreement provides individuals in international labor mobility between the two countries with the possibility to receive certain social benefits and payments depending on the rules established by the agreement. Such an agreement makes Ukrainian labor migrants more protected from risks and unforeseen situations by providing them with access to social security, such as medical care, pension payments, and other benefits. This is an important step in ensuring the social protection and welfare of Ukrainian workers working in the Czech Republic and indicates the growing attention to the needs of labor migration and international cooperation in the field of social protection.

Bilateral agreements between countries are the best way to ensure the protection of citizens in the context of social security. These treaties allow establishing clear rules and conditions for social protection of labor migrants. Since social security is regulated differently in different EU states, bilateral agreements create mechanisms for coordinating and ensuring social rights and benefits for migrants. These agreements are an important tool that ensures equal social protection conditions for citizens in the countries where they work or temporarily reside. They allow migrants to receive certain benefits and payments that meet the standards and requirements of the country of employment.

Such agreements are a manifestation of international cooperation and mutual understanding aimed at protecting the rights and well-being of labor migrants. They contribute to the creation of a stable and equal working environment that takes into account the needs and rights of migrants, providing them with decent living and working conditions. Governments should continue to actively conclude bilateral social security agreements to ensure maximum protection for their citizens in labor migration situations. This will help to strengthen social justice, promote economic development and strengthen international cooperation.

4. DISCUSSION

The general issues of legal regulation of social security of Ukrainian labor migrants abroad were considered in the work of Ukrainian researcher O. Mulska. In her work, the researcher emphasizes that social security plays an extremely important role in protecting the human rights of foreign workers. Despite the economic benefits of labor migration, it causes serious problems, one of the most acute of which is the lack of proper social protection for labor migrants. In addition, O. Mulska notes that in the scientific discourse it is often believed that the terms *social protection* and *social security* are interchangeable. However, the author notes that social protection includes additional measures to support migrant workers through social networks. Most countries in the world provide a basic level of social protection. However, in many countries, the limitations of this protection are manifested in the lack of access to many social protection programs and schemes for the majority of the population (Mulska, 2015).

The authors also used the scientific work of Ukrainian researcher O. Malynovska. The researcher emphasizes the high attractiveness of Poland for Ukrainian labor migrants. This is due to the fact that Poland is facing a labor shortage against the backdrop of successful economic development and low unemployment. The massive outflow of Poles to other EU countries, where wages are higher than in Poland, also increases the demand for additional labor. Poland has created ample opportunities for legal temporary employment of foreigners. The migration of Ukrainians to Poland is an important aspect of interaction between the two societies, and therefore requires mutual attention and appropriate response (Malynovska, 2021).

The scientific work of another Ukrainian researcher, I. Yatskevych. His work focuses on the social protection of labor migrants under EU law. The researcher emphasizes that while migrants who have been legally employed have guaranteed rights to equal working conditions and social security similar to those of citizens of an EU member state, illegal workers find themselves in a much more difficult situation. Each EU member state monitors compliance with the rules on employment and social security for migrants, but the measures taken in case of violations are mainly aimed at employers, not at the victimized worker. This means that irregular workers who have been employed without complying with the requirements and rules face the risk of losing their jobs and the income they need to provide for their families (Yatskevych, 2018).

In this article, the author also identified important aspects of the scientific work of the Polish researcher A. Chłóń-Domińczak. Her work concerns the study of certain features of Polish legislation on social protection of labor migrants from third countries. The main purpose of the article is to discuss the Polish social security system with a special emphasis on the access of citizens residing in the country, nonresidents and foreigners to its various components in the light of key migration changes (Chłóń-Domińczak, 2020).

Despite the fact that the issue of social security is important and necessary in the context of protecting human rights and freedoms, Ukrainian workers abroad may still face certain challenges in this area. These challenges include: lack of coordination between social security systems; unclear rights and procedures for migrant workers; and abuses and unfair practices in relation to social security. The lack of coordination between social security systems is one of the main problems faced by migrant workers. Since each country has its own social security system with its own rules, procedures and criteria, it creates difficulties for migrants moving between countries. Insufficient coordination between social security systems can lead to double taxation or exclusion from benefits and payments. For example, a migrant may be obliged to pay social security contributions in the country of work and in the country of origin, which creates unnecessary financial costs and complicates the process of obtaining social benefits.

In addition, the lack of coordination can lead to violations of migrants' rights and disruptions in access to social security. For example, a migrant may be excluded from receiving certain benefits or restricted in access to healthcare services due to complicated procedures or requirements for residence status. To address this problem, improved coordination between countries and the development of international agreements and standards are needed to help ensure equal social protection for migrant workers. Such agreements should include the definition of rules for the payment of contributions, transfer of benefits, recognition of work experience and access to social services for migrants.

The availability of information resources and counseling services for labor migrants is also an important step to address the lack of coordination. Migrants should have access to clear information about their rights and procedures related to social services in the countries where they work or live. This will help them to realize their rights and know what benefits they are entitled to, as well as how they can use these benefits. In addition, international organizations dealing with migration issues can facilitate cooperation between countries and help address the lack of coordination. These organizations can mediate negotiations and facilitate bilateral or multilateral social security agreements aimed at

facilitating access to social services for migrants. Given the large number of labor migrants in many countries, it is important to address the lack of coordination between social security systems. This requires joint efforts and cooperation between countries and international organizations, in particular to establish clear rules and procedures, simplify administrative processes and ensure access to social protection for all migrant workers.

Another problem is the lack of clarity of rights and procedures for migrant workers. This problem arises due to different social protection systems in place in different countries, as well as the complexity of legal regulation and migrants' lack of awareness of their rights. One solution to this problem is to improve information access for migrant workers. It is necessary to ensure that they have access to clear, accessible and linguistically understandable information on social security rights and procedures. This can be done through the establishment of special information centers, counseling services or web portals that provide comprehensive information on social rights and procedures in different countries.

In addition, simplification of procedures and standardization of legal norms can help to reduce the lack of clarity of rights for migrant workers. The development of a unified legal framework or the creation of international standards in the area of social security can help to create clearer and more transparent rules for all migrant workers. Finally, abusive and unfair practices in relation to social security are a serious problem faced not only by migrant workers, but also by social security systems in general. These practices can lead to illegal receipt of social benefits or attempts to cheat the system for personal gain.

One of the most common types of abuse is the unlawful receipt of social benefits by submitting false information or concealing certain facts. This can include submitting false documents, providing false information about income or marital status, and abusing the resettlement or temporary residence system. Additionally, there may be cases of forgery of documents or unfair use of the social protection system through the use of multiple or fictitious identities. To combat these problems, it is important to strengthen the control and monitoring of social protection systems, develop stricter verification procedures and establish appropriate sanctions for abuse. It is also necessary to improve information exchange between different state authorities responsible for social security to detect and prevent unfair practices.

5. CONCLUSION

EU legal acts are equality-oriented and give EU member states the opportunity to set their own rules for migrants coming from third countries. As the economic and social situation in different EU countries differs, member states are trying to preserve the common values and principles of the Union, while protecting their markets from additional social obligations related to the employment of third-country nationals.

The priorities of Ukraine's migration policy are to protect the rights and interests of citizens abroad, as well as to coordinate social security systems with recipient countries of Ukrainian labor migrants. Both Ukraine and the EU member states have an interest in organized and safe migration, so joint control and cooperation in the field of employment of Ukrainian workers in the EU can lead to positive results. It is important to coordinate informing migrants about the need to participate in the social insurance system and to intensify the implementation of intergovernmental agreements. Cooperation should also take into account the educational and cultural needs of Ukrainians in the host country. Conducting bilateral research in the field of migration will contribute to effective management decisions.

However, a prerequisite for a successful solution to these issues is to increase the attention of the Ukrainian authorities and the public to migration issues. Currently, these issues are almost a

necessity in the political discourse, as they are considered less important compared to other problems, such as war, economic problems, corruption, etc. However, from a strategic point of view, given the negative demographic situation, rapidly aging population and future labor shortages, it is important not to neglect these issues.

The legal regulation of social security differs from one EU member state to another, which creates problems for Ukrainian labor migrants. In order to ensure their protection and social security, it is necessary to actively develop bilateral cooperation and conclude relevant bilateral agreements between Ukraine and EU member states. This will help to create a unified system of protection of rights and provide migrants with access to social benefits and support, reducing uncertainty and unclear legal norms and procedures. Such agreements will help to ensure fair and effective social protection for Ukrainian labor migrants, contributing to their integration and stability in the country of employment.

To solve the problems faced by labor migrants related to social security, the following measures should be taken:

- 1) improve coordination between social security systems of different countries through cooperation and bilateral agreements between countries;
- 2) ensuring clarity and accessibility of rights and procedures for migrant workers through information support, consultations and provision of proper translations of documents;
- 3) combating abuses and unfair practices in social security by strengthening control, establishing strict sanctions for violators and creating complaint mechanisms;
- 4) continuous monitoring and updating of social security legislation and policies to take into account the needs of migrant workers and ensure their rights;
- 5) ensuring an effective mechanism for addressing complaints and conflicts arising in the area of social security of migrant workers.

These steps will contribute to improving social security conditions for labor migrants, protecting their rights and ensuring fair and equal labor and social security conditions.

6. REFERENCES

- BONFERT, L., GÜNZEL, E., & KELLMER, A. (2022). Migrant organizations and social protection in Germany: The functions of MOs for their target groups' social protection practices. *Social Sciences*, 11(12), 1-17. <https://doi.org/10.3390/socsci11120576>
- BORTNYK, N., YESIMOV, S., & MOROZ, N. (2017). Migration processes: Concept, essence, current state. *Bulletin of Lviv Polytechnic National University*, 884, 64-71.
- BUNDESREGIERUNG. (2020). Fachkräfteeinwanderungsgesetz. Retrieved from <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/fachkraeteeinwanderungsgesetz-1563122>
- BUNDESTAG. (1997). Asylbewerberleistungsgesetz. Retrieved from <https://www.gesetze-im-internet.de/asylblg/BJNR107410993.html>
- CABINET OF MINISTERS OF UKRAINE. (2019). Resolution No. 434 On approval of the Agreement on the Implementation of the Agreement between Ukraine and the Federal Republic of Germany on Social Security. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/434-2019-%D0%BF#Text>


- CHŁOŃ-DOMIŃCZAK, A. (2020). Migrants' access to social protection in Poland. In J.M, Lafleur & D, Vintila (Eds.). *Migration and Social Protection in Europe and Beyond* (Vol. 1, pp. 327-344). Cham: Springer.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. (1985). Decision setting up a prior communication and consultation procedure on migration policies in relation to non-member countries. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/1985/381/oj>
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. (1992). Directive 92/85/EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC). Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31992L0085>
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. (1993). *Green Paper European social policy: Options for the Union*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. (1994). European Social Policy – A Way Forward for the Union. A White Paper. Retrieved from <http://aei.pitt.edu/1118/>
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. (1994). Resolution on limitation on admission of third-country nationals to the territory of the Member States for employment. Retrieved from [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/LT/TXT/?uri=CELEX:31996Y0919\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/LT/TXT/?uri=CELEX:31996Y0919(02))
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. (1998). Directive 98/59/EC on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31998L0059>
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. (2000a). Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0043>
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. (2000b). Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0078&from=EN>
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. (2001a). Directive 2001/23/EC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32001L0023>
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. (2001b). Directive 2001/55/EC on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0055&from=LT>
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. (2003). Directive 2003/86/EC on the right to family reunification. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:251:0012:0018:en:PDF>
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. (2004). Directive 2004/113/EC implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32004L0113>

- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. (2009). Directive 2009/50/EC on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32009L0050>
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. (2010). Directive 2010/18/EC implementing the revised Framework Agreement on parental leave concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC and repealing Directive 96/34/EC. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32010L0018>
- DARMORIS, O.M. (2010). *Formation and development of the labor law of the European Union*. Odesa: National University "Odessa Law Academy".
- DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG. (2022). Information for persons from Ukraine. Retrieved from <https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Home/ukraine.html>
- EUROPEAN PARLIAMENT & COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. (2011). Directive 2011/98/EU on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:343:0001:0009:EN:PDF>
- EUROPEAN UNION AND UKRAINE. (2014). Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A22014A0529%2801%29>
- KOLDINSKÁ, K. (2020). Migrants' access to social protection in the Czech Republic. In J.M, Lafleur & D, Vintila (Eds.). *Migration and Social Protection in Europe and Beyond* (Vol. 1, pp. 109-121). Cham: Springer.
- KOLDINSKÁ, K., & LANG, R. (2017). International encyclopaedia of laws: Social security law. Suppl. 109. Czech Republic. In W., Van Eeckhoutte (Ed.). *International encyclopaedia of laws: Social security law* (pp. 105-124). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- MALYNOVSKA, O.A. (2012). The problem of social protection of Ukrainian migrant workers. Analytical note. Retrieved from <https://niss.gov.ua/doslidzhennya/socialna-politika/problema-socialnogo-zakhistu-ukrainskikh-pracivnikiv-migrantiv>
- MALYNOVSKA, O. (2014). Social security system for Ukrainian labour migrants: Problems and directions of improvement. *Demography and Social Economy*, 2(22), 176-186.
- MALYNOVSKA, O. (2021). Ukraine-Poland: On the issue of modern migration of Ukrainians to Poland. *Strategic Priorities*, 3(4), 65-72.
- MINISTRY OF LABOUR AND SOCIAL AFFAIRS OF THE CZECH REPUBLIC. (2004). Act No. 435/2004 Coll. on Employment. Retrieved from <https://www.globalwps.org/data/CZE/files/Employment%20Act.pdf>
- MULSKA, O.P. (2015). The portability of social protection of labor migrants. *Effective Economy*, 10, 1-6.
- OMELIANIUK, M. (2021). Ambassador: About 1.5 million Ukrainians live and work in Poland. Retrieved from <https://suspilne.media/148900-u-polsi-zivut-i-pracuut-blizko-15-mln-ukrainsiv-posol/>
- OPERATIONAL DATA PORTAL. (2023). Ukrainian refugee situation. Retrieved from <https://data2.unhcr.org/en/situations/ukraine>
- POLISH PARLIAMENT. (2013). Act of 12 December 2013 on foreigners. Retrieved from <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/en-act-12-december-2013-foreigners-poland>

- SCHNABEL, R. (2020). Migrants' access to social protection in Germany. (2020). In J.M, Lafleur & D, Vintila (Eds.). *Migration and Social Protection in Europe and Beyond* (Vol. 1, pp. 179-193). Cham: Springer.
- SEJM RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ. (1997). Ustawa o działach administracji rządowej. Retrieved from <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu19971410943>.
- TKACHENKO, L. (2009). The problems of the social security of the Ukrainian labour migrants. *Demography and Social Economy*, 1, 71-79.
- UN GENERAL ASSEMBLY. (1996). International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Retrieved from <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>
- VERKHOVNA RADA OF UKRAINE. (2002). Treaty between Ukraine and the Czech Republic on Social Security. Document No. 203_019. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/203_019#Text.
- VERKHOVNA RADA OF UKRAINE. (2012). Agreement between Ukraine and the Republic of Poland on Social Security. Document No. 616_161. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/616_161#Text
- VINOKUROV, Ya. (2023). Ukrainian migrants are boosting Europe's economy. What will happen to Ukraine without them? Retrieved from <https://www.epravda.com.ua/publications/2023/01/10/695807/>
- YATSKEVYCH, I. (2018). Right to social security of employment migrants in European Union. *NaUKMA Research Papers*, 1, 62-67.

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

MARÍA NIEVES MORENO VIDA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

 <https://orcid.org/0000-0002-0600-8332>

La biblioteca

1. CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

1.1. MEDIDAS URGENTES

— **Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE 29-6-2023).**

Mediante este RDL se lleva a cabo la transposición de determinadas Directivas de la UE, entre ellas, la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, cuya transposición constituye el objeto del libro primero del presente real decreto-ley; y la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, que se traspone en el libro segundo.

Por otro lado, se procede a la prórroga de alguna de las medidas puestas en marcha hasta la fecha con la finalidad inicial de afrontar las consecuencias en España de la guerra en Ucrania, en especial aquellas con las que se pretende proteger a los colectivos más afectados y vulnerables; así como adoptar nuevas medidas con la misma finalidad.

El presente real decreto-ley se estructura en una parte expositiva y una parte dispositiva que consta de cinco libros, conformados por 226 artículos, cinco disposiciones adicionales, diez disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y nueve disposiciones finales.

I. El libro primero transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas intracomunitarias, estructurándose en cuatro títulos.

-El título I incluye un capítulo I que contiene disposiciones preliminares relativas a las limitaciones y exclusiones aplicables a las distintas operaciones de modificación estructural reguladas; un capítulo II, que contiene, novedosamente, las disposiciones comunes aplicables a todas las modificaciones estructurales, sin distinción de que sean operaciones internas o transfronterizas, no obstante las adaptaciones en su caso oportunas a cada operación y que comprenden, la elaboración del proyecto de modificación estructural, los informes del órgano de administración y de expertos independientes, la publicidad preparatoria del acuerdo, la aprobación de operación proyectada, el acuerdo unánime de modificación estructural, la publicación e impugnación del acuerdo, la protección de socios y acreedores y la eficacia de la inscripción y validez de la operación inscrita.

-Estas disposiciones comunes se completan, en el título II, con una serie de normas específicas para cada uno de los tipos de modificación interna regulados en la ley: transformación por cambio de tipo social (capítulo I), fusión (capítulo II), escisión (capítulo III) y cesión global de activo y pasivo (capítulo IV).

-En este ámbito de las operaciones internas, la opción de armonizar su régimen al de las modificaciones estructurales transfronterizas, se ha llevado a cabo, manteniendo en este título II el actual texto de la Ley 3/2009, de 3 de abril, procediendo al cambio de numeración del articulado y suprimiendo las menciones y especialidades para las fusiones transfronterizas que, en su caso, se recogen en el título que regula a éstas.

-Asimismo, en ocasiones ha sido necesario un cambio de denominación de las tradicionales modificaciones estructurales internas incluidas en la Ley 3/2009, de 3 de abril, pasando a denominarse, de conformidad con la Directiva (UE) 2019/2121, el «traslado internacional de domicilio» como «transformación transfronteriza», que, a su vez, se diferencia de la transformación por cambio de tipo social, que no conlleva cambio de ley nacional.

-De otro lado, en un ámbito sustantivo, se ha considerado conveniente extender también al ámbito interno algunas de las opciones de política legislativa adoptadas respecto de las modificaciones estructurales transfronterizas. Igualmente, la simplificación de requisitos que la citada Directiva establece respecto de la escisión por segregación transfronteriza aconseja no sujetar a las segregaciones internas a mayores requisitos que las operaciones transfronterizas. Finalmente, en materia de escisión, se ha optado por extender también al ámbito interno el régimen contemplado respecto de las escisiones transfronterizas, la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias de la escisión frente a las deudas que hubieran quedado a cargo de la sociedad escindida o segregada, limitándose no obstante la responsabilidad de la sociedad escindida al activo neto que quede en ella.

-Por su parte, las modificaciones estructurales transfronterizas se abordan en el título III, relativo a las intraeuropeas, y en el título IV dedicado a las extraeuropeas. La regulación de estas últimas en este texto normativo se justifica a la vista del elevado número de operaciones que se producen en la práctica en este ámbito.

-En las operaciones transfronterizas los trabajadores se ven protegidos tanto en sus *derechos de información y consulta*, como en sus derechos, cuando existan, de participación o cogestión en los órganos de dirección o control.

- El régimen de protección de la Directiva 2019/2121, previsto para las fusiones transfronterizas, sigue vigente en lo sustancial, aun cuando ahora se extiende también a las operaciones de transformación y escisión transfronteriza.
- Con ese fin, se introducen algunas novedades en la regulación de los derechos de información y consulta, exigiéndose la previsión de una sección específica para los trabajadores en el informe del órgano de administración, reconociéndose a los trabajadores el derecho a presentar observaciones al proyecto con antelación a la junta general, en la misma línea que a socios y acreedores. Todo ello se materializa en un artículo único, semejante al que existía para las fusiones transfronterizas, que ahora afecta también a las transformaciones y escisiones, por lo que se incluye en la sección de disposiciones comunes, dentro de la opción de política legislativa de evitar la repetición de los mismos preceptos.
- La disposición adicional primera indica que lo previsto en el libro primero de este real decreto-ley se entiende sin perjuicio de los derechos de información y consulta de los trabajadores previstos en la legislación laboral; añadiendo que en el supuesto de que las modificaciones estructurales reguladas en el libro primero de este real decreto-ley comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, serán de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 44 ET.

II. El libro segundo procede a la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

- El nuevo contenido va más allá del establecimiento de permisos y otorga una relevancia especial a la adaptación de condiciones de trabajo, introduciendo con rotundidad la dimensión de la corresponsabilidad.
- En los tres títulos en los que se divide este libro, se efectúan *modificaciones en el ET y en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*.
- En el título I de este libro segundo, se incluyen todas las modificaciones necesarias en el Estatuto de los Trabajadores, las cuales responden a un doble propósito: de un lado se evita penalizar o duplicar los sistemas de protección frente a las situaciones descritas – crianza de los hijos e hijas, cuidado de mayores y dependientes– y de otro, con el límite necesario, introducir los requisitos mínimos de cada permiso y las mejoras que no resultan absorbibles.

1. Se modifica la letra c) del artículo 4.2, referente a los derechos de las personas trabajadoras en la relación laboral, especificando que el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral será constitutivo de discriminación por razón de sexo. De este modo se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 11 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 y es consecuente con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto Praxair) y del Tribunal Constitucional (STC 79/2020, de 2 de julio de 2020), en las que se ha establecido que, sobre la base de una mayor afectación femenina, la discriminación por ejercicio de derechos de conciliación puede ser constitutiva de discriminación indirecta por razón de sexo.

2. Se modifica el artículo 34.8 ET, que requería de ajustes puntuales a efectos de que se acomode totalmente a las previsiones del artículo 9 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre fórmulas de trabajo flexible.

3. Se modifica el artículo 37.3 ET, en su letra a), para recoger otras formas de convivencia de manera similar a como se amplía el ámbito subjetivo de la directiva y la relación de familiares recogida en el artículo 3.1.e), así como en su letra b), a efectos de transponer al ordenamiento español el permiso de cuidadores previsto en el artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019:

- se amplía el número de días y también el ámbito subjetivo de este permiso, incorporando a las personas convivientes sobre las que se llevará a efecto el cuidado efectivo, esto es, atendiendo a las necesidades de asistencia y cuidados importantes dando cumplimiento de este modo a lo establecido en el artículo 3.1.c) de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, acerca del abanico de las posibles personas beneficiarias trascendiendo el ámbito de las unidades familiares de convivencia.
- el precepto se completa para incluir en la cobertura a la pareja de hecho.

- se introduce una nueva letra b bis) para separar del anterior el permiso por fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, cuya causa es diversa, lo que aconseja esta nueva distribución sistemática.

4. Se introduce un nuevo apartado 9 al citado artículo 37 ET, en el que se transpone el artículo 7 de la Directiva 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que da respuesta a aquellas situaciones, distintas de las de los permisos de cuidadores y parentales, que permiten a las personas trabajadoras ausentarse por razones justificadas de urgencia familiar y que requieren la presencia inmediata de aquéllas. Se refiere a «motivos familiares urgentes o inesperados», esto es, a la necesidad de atender sucesos esporádicos, previéndose como retribuidas las horas equivalentes a cuatro días al año, sin perjuicio de lo que al respecto pudieran establecer los convenios colectivos.

5. Se modifican los artículos 37.4 y 6, y 46.3 ET para que, en caso de coincidencia en la misma empresa del disfrute por parte de ambas personas progenitoras de los permisos de lactancia, reducción de jornada o excedencia –todos ellos permisos o periodos de ausencia relacionados con la familia– la empresa deba aportar un plan de disfrute alternativo si concurren razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la misma, dando así cumplimiento a las exigencias del citado precepto.

6. Se modifican los artículos 37.6 y 46.3 ET, para matizar los permisos vinculados al cuidado de dependientes con el fin de incluir de manera expresa a los familiares por consanguinidad de las parejas de hecho.

7. De conformidad con lo establecido en los artículos 5 y 8 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, se regula, a través de la introducción de un nuevo artículo 48 bis, en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, un *permiso parental* específico que se ocupa del cuidado de los hijos e hijas, o de los niñas y niños acogidos por más de un año, y hasta la edad de ocho años, intransferible y con posibilidad de su disfrute de manera flexible.

8. Se modifican los artículos 53.4 y 55.5 ET, para asegurar el pleno ajuste de nuestro ordenamiento jurídico al artículo 12 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en lo relativo a la protección contra el despido derivada del disfrute de permisos de conciliación, recogiendo el disfrute de todos los derechos de conciliación, incluyendo los nuevos, entre las causas de nulidad.

9. El título II de este libro segundo *modifica el Estatuto Básico del Empleado Público*, para introducir modificaciones en el régimen de permisos, a fin de acompañar el permiso por accidente o enfermedad grave (artículo 48.a) a lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019.

-El título III del libro segundo contiene la modificación de los artículos 108.2 y 122.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, para garantizar su coherencia con las modificaciones planteadas, respectivamente, en los artículos 53.4 y 55.5 del ET.

III. El libro cuarto, dividido en cuatro títulos, contiene la prórroga de determinadas de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad.

-En el ámbito laboral, se amplían hasta el 31 de diciembre de 2023 los expedientes de regulación temporal de empleo vinculados a la situación de fuerza mayor temporal en el supuesto de empresas y personas trabajadoras de las islas Canarias afectadas por la erupción volcánica registrada en la zona de Cumbre Vieja.

-En materia de Seguridad Social, se prorroga por seis meses más el aplazamiento del pago de cuotas de la Seguridad Social de empresas y trabajadores autónomos afectados en su actividad por

la erupción volcánica. También se prorrogan las medidas extraordinarias de Seguridad Social para los trabajadores autónomos y la exención en el pago de cuotas a la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, de superior cuantía que la aplicable con carácter general, en los expedientes de regulación temporal de empleo mencionados.

IV. En el título V del libro quinto, se recogen medidas de carácter sanitario, social y económico, que se dividen en tres capítulos.

-El capítulo II incorpora medidas para hacer efectivo el derecho al olvido en la contratación de seguros y productos bancarios de los pacientes de patologías oncológicas una vez transcurrido un determinado período de tiempo desde la finalización del tratamiento sin recaída.

-El capítulo III introduce diversas medidas de carácter social y económico:

1. En primer lugar, el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, regula la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de los *alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación*.

- La entrada en vigor de esa previsión, inicialmente fijada para el 1 de octubre de 2023, ha de demorarse hasta el 1 de enero de 2024 puesto que las prácticas formativas, remuneradas o no, no se realizan con carácter general al inicio de los cursos académicos sino en el segundo o tercer trimestre de dichos cursos. La ampliación temporal de la *vacatio legis* permitirá, además, facilitar los trabajos técnicos de adaptación de los centros formativos y, en general, de quien deba asumir la condición de sujeto responsable del cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social respecto a quienes realicen las prácticas.
- También resulta necesario efectuar una serie de modificaciones puntuales en la posibilidad de suscribir un convenio especial para poder computar períodos de prácticas realizadas con anterioridad a su entrada en vigor, ampliando el plazo del convenio de dos a cinco años, al objeto de favorecer y dar seguridad jurídica.

2. En materia de empleo público se autoriza una tasa adicional a las Administraciones Públicas para que convoquen procesos selectivos conforme a la disposición adicional octava de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas para reducir la temporalidad en el empleo público.

-El título VII del libro quinto incluye diversas *medidas de carácter procesal*, modificando la normativa reguladora del proceso en los diferentes órdenes jurisdiccionales:

1. El capítulo I se ocupa de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

-Se introducen una serie de medidas que permitan una mayor conciliación de la vida personal y familiar con el desempeño profesional de las personas profesionales de la abogacía, la procura y los graduados y las graduadas ante los tribunales de justicia, así como la regulación de la baja por nacimiento y cuidado de menor como causa de suspensión del curso de los autos y no solo de las vistas u otros señalamientos.

-Además, comprende todas aquellas medidas que se consideran compatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva de la ciudadanía y no ocasionadoras de indefensión, como la suspensión de vistas u otros actos procesales, de actos de comunicación y del curso del procedimiento cuando acontezcan determinadas circunstancias.

-Por otro lado, se modifica la regulación del recurso de casación penal.

- 2.El capítulo II está dedicado al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.
- 3.El capítulo III reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- 4.El capítulo IV está dedicado al orden social:

- Se pretende dotar de mayor agilidad la tramitación de los recursos de casación para la unificación de doctrina

- Se introducen algunas modificaciones como la eliminación del recurso contra el auto de inadmisión por falta de subsanación de defectos cuando la parte ya ha sido advertida y requerida para subsanación, dejando pasar el plazo. Es la misma solución que la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, ya establece para los autos de inadmisión por incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos procesales para preparar o interponer el recurso, por carencia sobrevenida del objeto del recurso, por falta de contenido casacional de la pretensión y por haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales.

- Se elimina el trámite de audiencia previa al recurrente respecto de ciertas causas de inadmisión sobre las cuales necesariamente habrá de haber efectuado alegaciones en dos momentos diferentes -escrito de preparación y escrito de interposición de recurso-, de manera que su supresión en nada perturba el derecho a la tutela judicial efectiva y sí evita un trámite que dilata innecesariamente la tramitación del recurso. Se deja claro, no obstante, que se mantiene la audiencia a la parte cuando la causa de inadmisión escapa del contenido de aquellos escritos como sucede con la falta de contenido casacional de la pretensión y el haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales.

V. Las disposiciones transitorias segunda y tercera determinan el régimen aplicable en materia de adaptaciones de jornada y permisos regulados en el libro tercero del presente real decreto-ley tras la entrada en vigor del mismo.

La disposición transitoria décima establece el régimen transitorio de las medidas de carácter procesal.

VI. Disposiciones finales:

1.La disposición final primera modifica el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, para establecer un régimen sancionador adecuado a la nueva regulación en materia de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

2.La disposición final segunda tiene por objeto la modificación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, a fin de transponer lo establecido respecto a la protección de los derechos de participación o cogestión de los trabajadores en la Directiva (UE) 2019/2121, de 27 de noviembre, adaptando la rúbrica y el título IV de esta ley laboral que pasa a denominarse «Disposiciones aplicables a las modificaciones estructurales transfronterizas intraeuropeas de sociedades de capital», abarcando no solo las fusiones

transfronterizas sino las transformaciones y escisiones de este carácter, dando así cobertura a los tres tipos de operaciones estructurales.

3. Mediante la disposición final cuarta se modifican, por un lado, el apartado 3 del artículo 317 y el artículo 399 ter 1; y por otro se da una nueva redacción a los artículos 317 bis y 631.3 del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo; modificaciones que también responden a la necesidad de adaptar estas previsiones a la nueva regulación en materia de modificaciones estructurales de sociedades de capital.

4. Disposición final novena establece la entrada en vigor: El presente real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE, excepto las previsiones del libro primero y del título VII del libro quinto, que entrarán en vigor al mes de su publicación en el BOE, y las regulaciones del título III del libro tercero, que entrarán en vigor cuando se apruebe su desarrollo reglamentario.

1.2. AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS

— Orden ISM/835/2023, de 20 de julio, por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social de las personas trabajadoras desplazadas al extranjero al servicio de empresas que ejercen sus actividades en territorio español (BOE 22-7-2023)

Esta Orden ISM 835/2023 regula la situación asimilada al alta en el Sistema de la Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero al servicio de empresas que ejercen su actividad en territorio español.

Tiene por objeto regular el alcance y condiciones de la situación asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social en el supuesto de desplazamiento de personas trabajadoras al servicio de sus empresas fuera del territorio nacional, de acuerdo con lo previsto en artículo 166.3 LGSS. Además, mejora las condiciones de Seguridad Social de los trabajadores desplazados, al facilitar los desplazamientos de trabajadores al servicio de sus empresas fuera del territorio nacional, manteniendo su vinculación con nuestra Seguridad Social.

Se actualizan y adecúan al sistema actual aspectos que habían quedado obsoletos de la Orden de 27 de enero de 1982 por la que se regulaba la situación asimilada a la del alta en el Régimen General de la SS de los trabajadores trasladados al extranjero al servicio de Empresas españolas (ahora derogada).

Se establecen varios supuestos de situación asimilada a la de alta (art.3):

- a) El desplazamiento de personas trabajadoras a un país en el que no resulte aplicable un instrumento internacional en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social.
- b) El desplazamiento de personas trabajadoras a un país en el que, aun siendo aplicable un instrumento internacional en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, no queden incluidas dentro de su ámbito de aplicación subjetivo, por referirse este únicamente a personas nacionales de cada una de las partes.
- c) El desplazamiento de personas trabajadoras a un país en el que resulte aplicable un instrumento internacional en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social que prevea la aplicación de la legislación de Seguridad Social del país de origen durante dicho desplazamiento, una vez agotado el periodo máximo de duración previsto para

el mismo, incluidas las prórrogas que se hubieran autorizado, en caso de que estas se contemplen en el respectivo instrumento internacional.

- d) El desplazamiento de personas trabajadoras a un país en el que, aun siendo aplicable un instrumento internacional en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, este no prevea la figura del desplazamiento de trabajadores o trabajadoras por sus empresas al territorio de la otra parte.

Se regulan con mayor claridad los procesos a seguir en estas situaciones (arts. 4 y 5)

Esta orden entrará en vigor el día primero del cuarto mes siguiente al de su publicación en el BOE.

1.3. PRESTACIONES

— **Real Decreto 677/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (BOE 19-7-2023)**

El Real Decreto 677/2023 modifica el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave para ampliar las situaciones que protege la norma (art. 2).

El objetivo de los cambios se centra, básicamente, en adecuar la regulación prevista en el RD 1148/2011 a las novedades que ha introducido el nuevo Real Decreto respecto a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, así como también ajustar las referencias terminológicas y la remisión a otras normas.

-El RD 677/2023 introduce nuevos supuestos de personas beneficiarias de esta prestación (art. 4), prorroga en 4 meses el derecho al subsidio (art. 7.1), y cambia el procedimiento para el reconocimiento del derecho (art.9).

-Además, actualiza el listado de enfermedades (Disp. Final 3ª).

-Se dispone que el RD 1148/2011 no será de aplicación al personal funcionario incluido en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, que se regirá por lo previsto en el artículo 49.e) de dicha ley, así como por el resto de las normas de Función Pública que se dicten en desarrollo de la misma” (art. 1.2)

1.4. TRABAJADORES POR CUENTA AJENA AGRARIOS

— **Tramitación electrónica. Situaciones de inactividad de los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el RGSS.- Resolución de 26 de julio de 2023, de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de la emisión de resoluciones derivadas de trámites relativos a situaciones de inactividad de los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social.(BOE 07-08-2023)**

En el ámbito de la gestión de los periodos de inactividad en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social cuya competencia de gestión corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social, se

determina como actuación administrativa automatizada la emisión de las resoluciones administrativas relacionadas con la inclusión, exclusión o reincorporación en dicho sistema especial durante los períodos de inactividad en las labores agrarias, de acuerdo con la normativa aplicable.

Los actos administrativos automatizados a que se refiere esta resolución se entenderán adoptados por las administraciones de la Seguridad Social de la Dirección Provincial que corresponda al domicilio del trabajador incluido en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios.

Esta resolución surtirá efectos a partir de 1 de enero de 2024.

1.5. OTRAS NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

— Resolución de 8 de junio de 2023, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se establecen los términos para la aplicación a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social de los coeficientes para la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena de las empresas asociadas (BOE 19-6-2023)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, la fracción de cuota a la que se refiere el artículo 71.2 del Reglamento sobre colaboración, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, consistirá, con carácter general, en la aplicación del coeficiente del 0,06 sobre las cuotas íntegras correspondientes a las empresas asociadas a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social respecto de las que gestionen la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores a su servicio; coeficiente que en el caso del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social será del 0,030 de las cuotas íntegras correspondientes.

Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social podrán percibir los coeficientes especiales del 0,07 y del 0,033 a los que se refiere el artículo 24.1 de la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, cuando concurra la situación de insuficiencia financiera por circunstancias estructurales en los términos y condiciones previstos en esta resolución.

El cálculo de la insuficiencia financiera de los coeficientes generales del 0,06 y 0,030 se realizará mediante la estimación de los ingresos previstos para el ejercicio 2023 correspondientes a la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena de las empresas asociadas, y de las prestaciones económicas por incapacidad temporal del referido colectivo de trabajadores y demás gastos ocasionados por su gestión durante el mismo periodo.

— Resolución de 12 de julio de 2023, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, por la que se establece la planificación general de las actividades preventivas de la Seguridad Social a desarrollar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en sus planes de actividades del año 2024 (BOE 20-7-2023)

Mediante esta resolución se trata de organizar las actividades preventivas de la Seguridad Social que deben desarrollar las mutuas durante el ejercicio y de racionalizar el destino de los recursos económicos de las mismas, mediante el establecimiento de los criterios y prioridades que han de regir la ejecución de estas actividades; actividades con las que se da continuidad a las que ya se vienen realizando por las mutuas y que, tal como se prevé en el artículo 2.1 del Real Decreto 860/2018, de 13 de julio, se orientarán preferentemente a realizar en las pequeñas empresas, así como en las empresas y sectores con mayor siniestralidad en el año 2022, acciones de asesoramiento, divulgación,

sensibilización e investigación, desarrollo e innovación en materia de prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Para el establecimiento de las divisiones de actividad en las que se llevarán a cabo las actividades preventivas, se ha tomado en consideración la última información estadística disponible sobre accidentalidad, divisiones y sectores de actividad en el año 2022, así como la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, adoptada por Acuerdo del Consejo de Ministros, en su reunión del día 14 de marzo de 2023 (publicada mediante Resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social).

Así, en esta Resolución se establecen los criterios y prioridades a aplicar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en la planificación de sus actividades preventivas; las actividades preventivas a desarrollar por las mutuas; la financiación de las actividades preventivas a desarrollar por las mutuas; y la presentación por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social del plan de actividades preventivas a desarrollar en el año 2024.

La presentación por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social de sus planes de actividades preventivas de 2024 para su aprobación por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social se deberá realizar en el período comprendido entre los días 16 y 31 de diciembre de 2023, con el fin de que se puedan incorporar las especificidades que, en su caso, se hayan comunicado por las comunidades autónomas.

1.6. DISCAPACIDAD y DEPENDENCIA

— Resolución de 22 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se fijan los criterios de distribución territorial y las cuantías resultantes entre comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, del crédito destinado a la financiación en 2023 del Programa de Protección a la Familia y Atención a la Pobreza Infantil (BOE 1-6-2023).

— Resolución de 22 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para el Marco de Cooperación Interadministrativa y criterios de reparto de créditos de la Administración General del Estado para la financiación durante 2023 del nivel acordado, previsto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 6-6-2023)

— Resolución de 28 de junio de 2023, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se establece la hoja de ruta para la mejora de la atención temprana en España sobre un marco común de universalidad, responsabilidad pública, equidad, gratuidad y calidad (BOE 10-7-2023)

En junio de 2022 se constituía el Grupo Técnico de Trabajo de Atención Temprana, conformado por los Ministerios de Sanidad, Derechos Sociales y Agenda 2030, Educación y Formación Profesional, las Comunidades Autónomas, el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, el Real Patronato sobre Discapacidad y la sociedad civil de la infancia y discapacidad, así como organizaciones de profesionales sobre esta materia. Este Grupo Técnico ha trabajado sobre cinco ámbitos temáticos fundamentales: Marco conceptual de la atención temprana; Criterios de detección y prevención

comunes; Catálogo de prestaciones y servicios esenciales; Estándares de calidad de las prestaciones y servicios esenciales; Sistemas de información y coordinación.

En base a ello, en este Acuerdo se establece la hoja de ruta para la mejora de la atención temprana en España sobre un marco común de universalidad, responsabilidad pública, equidad, gratuidad y calidad, se establecen los Principios de actuación de Atención Temprana, se determinan los principales elementos de la Red de Atención Temprana y se determinan las personas destinatarias de los servicios y actuaciones de Atención Temprana.

— **Real Decreto 675/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 19-7-2023)**

El Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia acordó, en su sesión celebrada el día 15 de enero de 2021, el Plan de Choque en materia de dependencia. Entre sus medidas se recoge el incremento de las cuantías del nivel mínimo de protección, la consideración de la teleasistencia como derecho subjetivo, un calendario de mejoras en las prestaciones económicas y servicios de atención a la dependencia tanto en las cuantías como en las intensidades y la modificación de la prestación económica de cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales.

Este real decreto pretende favorecer la flexibilidad e incrementar las posibilidades de combinación de prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia a los efectos de prestar una atención más personalizada. Con esa finalidad:

-En relación con el acceso a la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, se modifican los requisitos y las condiciones de acceso a esta prestación. Entre otras, se suprime el período previo de prestación de cuidados y se amplía la condición de persona cuidadora no profesional a las personas de su entorno relacional que, a propuesta de la persona en situación de dependencia, estén en condiciones de prestarles los apoyos y cuidados necesarios para el desarrollo de la vida diaria.

-Se dispone la prestación del servicio de teleasistencia como servicio complementario del resto de prestaciones contenidas en el programa individual de atención para todos los grados de dependencia, a excepción del servicio de atención residencial.

-Se incrementan las cuantías máximas de las prestaciones económicas y se establece la cuantía mínima de las mismas. Asimismo, se incrementa la intensidad de las horas de servicio de ayuda a domicilio.

-Se modifica el Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de protección establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, a los efectos de considerar como prestación de servicios aquellas prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar en las que se haya formalizado por la persona en situación de dependencia un contrato laboral con un tercero, al objeto de colaborar con la persona cuidadora no profesional en las tareas del hogar de la persona en situación de dependencia.

— **Discapacidad.** - Orden DSA/934/2023, de 19 de julio, por la que se modifican los baremos que figuran como Anexos I, II, III, IV, V y VI del Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (BOE 8-4-2023).

El Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad tiene por objeto la regulación del procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, el establecimiento de los baremos aplicables, así como la determinación de los órganos competentes.

La aplicación del citado Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, ha puesto de manifiesto la existencia de errores en los baremos contenidos en los anexos que es preciso subsanar, de tal manera que los mencionados baremos se correspondan con los acordados en su momento por el Pleno del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia.

De tal modo, la presente orden procede a modificar los actuales anexos I, II, III, IV, V y VI, incorporando, en virtud del principio de seguridad jurídica, su contenido íntegro en el artículo único.

— **Personas con discapacidad.** - Ley 8/2023, de 28 de julio, por la que se modifica la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los derechos y la atención a las personas con discapacidad en Andalucía (BOE 15-8-2023).

1.7. PROTECCIÓN SOCIAL

— **Servicios sociales.** Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (BOE 7-6-2023)

1.8. SANIDAD

— **Real Decreto 572/2023, de 4 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos en el Sistema Nacional de Salud (BOE 5-7-2023)**

El Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, proporciona modelos de información clínica de referencia para el conjunto del Sistema Nacional de Salud necesarios para su intercambio entre profesionales y centros y servicios autonómicos de salud.

Transcurridos más de doce años desde la aprobación del Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, se considera necesario avanzar en la interoperabilidad de los datos clínicos mediante el enlace de las estructuras de información con el conocimiento, en beneficio de la calidad asistencial que los servicios de salud prestan a las personas. Para ello, es preciso no sólo representar la estructura de la información sino también su significado a través del enlace con terminologías clínicas. Esta combinación constituye un elemento clave para posibilitar la interoperabilidad de los informes clínicos entre los diferentes centros y dispositivos del Sistema Nacional de Salud, y facilitar así la cohesión y calidad de las actuaciones clínicas.

Además, es necesario implementar en el Sistema Nacional de Salud los modelos de información clínica que permitan también la interoperabilidad entre los países de la Unión Europea, al objeto de cumplir con la normativa vigente, 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, y 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 Real Decreto 1718/2010,

de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, que dispone la aplicación de los estándares nacionales, europeos e internacionales de comunicación de la Historia Clínica Electrónica o de sus componentes en el intercambio de información de datos de salud. Por todo lo anterior, debe llevarse a cabo una revisión de los modelos de información clínica.

La modificación del Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, tiene, por lo tanto, como objetivo, contribuir a la mejora de la interoperabilidad de los informes clínicos que se producen en el Sistema Nacional de Salud, adecuándolos al estado del arte y normativa actuales, mejorando la composición de la información clínica requerida, formulando modelos de información clínicos e integrando los recursos de normalización semántica del Sistema Nacional de Salud, siempre en beneficio de la mejor asistencia sanitaria a las personas.

De esta forma, se modifica el Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos en el Sistema Nacional de Salud, estableciendo el conjunto mínimo de datos que deberán contener los documentos clínicos enumerados en el anexo I, cualquiera que sea el soporte, electrónico o papel, en que los mismos se generen., lo que será de aplicación en todos los centros y dispositivos asistenciales que integran el Servicio Nacional de Salud.

Por tanto, mediante este real decreto, se pretende favorecer la equidad en el acceso a la prestación sanitaria y la cohesión entre los diferentes territorios, entendiendo equidad en la línea de desarrollo del principio constitucional de igualdad, que garantice el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio y posibilite la libre circulación de todos los ciudadanos garantizando la disponibilidad de la información y la comunicación recíprocas entre la Administración Sanitaria del Estado y la de las comunidades autónomas. El sistema de Historia Clínica Digital del Sistema Nacional de Salud (HCDSNS) contribuye a la coordinación de las administraciones públicas a través de la interoperabilidad, aspecto que se consigue mediante la normalización de los informes clínicos, apostando por la estandarización y la utilización de terminologías de referencia dentro del Sistema Nacional de Salud y a nivel europeo.

1.9. PLANES DE PENSIONES

— **Real Decreto 668/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, para el impulso de los planes de pensiones de empleo (BOE 20-7-2023)**

La Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, fue desarrollada por el Real Decreto 885/2022, de 18 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, para el impulso de los planes de pensiones de Empleo. Pero Se trataba, no obstante, de un desarrollo reglamentario de carácter parcial que tenía como objetivo primordial regular los elementos imprescindibles que permitieran su aplicación.

Este real decreto completa el desarrollo reglamentario necesario para recoger aquellas cuestiones no reguladas por razones de urgencia en el anterior, y que resultan imprescindibles para permitir la efectiva aplicación de la Ley 12/2022, de 30 de junio. Así, el Real Decreto 668/2023 modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, dando cumplimiento a la Recomendación 16ª del Pacto de Toledo sobre sistemas complementarios.

Para ello, se disponen, entre otras, las siguientes novedades:

-Mediante esta norma se regulan algunos aspectos de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos, tales como las posibles modificaciones posteriores a la constitución e inscripción de los mismos; se determinan las características y funcionalidades de la plataforma digital común; se regulan los flujos de información entre la Comisión Promotora y de Seguimiento y la Comisión de Control Especial del fondo de pensiones de empleo de promoción pública abiertos y el régimen de incompatibilidades aplicable a los miembros de la Comisión de Control Especial.

-Se dedica especial atención al desarrollo reglamentario de los planes de pensiones de empleo simplificados, que quedaron fuera del desarrollo reglamentario anterior.

-Se modifican determinados preceptos del Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, en materia de inversiones, actuarial y otros temas más generales que se considera necesario actualizar para adaptar la regulación a la realidad socioeconómica actual.

1.10. NORMAS LABORALES

— Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (BOE 12-7-2023)

Este real decreto desarrolla lo dispuesto en el artículo 47 bis ET, dotando al Mecanismo RED de un régimen jurídico completo: el procedimiento para que las empresas puedan aplicar las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos, las competencias sobre su gestión, la gobernanza del mecanismo y sus garantías –protección de las personas trabajadoras, beneficios en la cotización a la Seguridad Social, acciones formativas, compromiso de mantenimiento del empleo, límites en materia de horas extraordinarias, contrataciones y externalizaciones–.

Asimismo, se incluyen normas en materia de Seguridad Social y en desarrollo de los previsto en la disposición adicional cuadragésima primera de la LGSS, relativa de manera específica a medidas de protección social de las personas trabajadoras afectadas por la aplicación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, regulado en el artículo 47 bis ET.

1.El capítulo I desarrolla el funcionamiento general del Mecanismo RED, indicando su objeto (artículo 1), modalidades (artículo 2) y medidas aplicables (artículo 3), así como configurando la comisión tripartita que ha de servir de instrumento participativo de seguimiento del funcionamiento del mecanismo sectorial (artículo 4).

2.El capítulo II tiene una dimensión procedimental y regula los trámites que han de seguir las empresas que deseen acogerse a un mecanismo que se encuentre activo.

-La sección 1.^a regula la iniciación del procedimiento, de manera que se contemplan, en los artículos 5 y 6, la comunicación empresarial de inicio y la necesaria constitución de una comisión negociadora en el centro o centros de trabajo afectados, integrada por la representación de la empresa y por una comisión representativa de las personas trabajadoras. En el seno de esta comisión negociadora se desarrollará el periodo de consultas, cuya apertura se regula igualmente en el artículo 6. Por último, el artículo 7 regula la solicitud a la autoridad laboral de la autorización para la aplicación de medidas en el ámbito del Mecanismo RED, simultánea a la citada apertura.

-La sección 2.^a se refiere al desarrollo del procedimiento:

— Su subsección 1.^a, que contiene el artículo 8, señala los requisitos del periodo de consultas.

— La subsección 2.^a se refiere a la instrucción del procedimiento, y regula las actuaciones oportunas que se deben llevar a cabo por parte tanto de la autoridad laboral competente (artículo 9) como de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (artículo 10).

Particularmente, esta última evacuará un informe en el que deberá pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos correspondientes.

-La sección 3.^a establece las normas que rigen la finalización del procedimiento.

- La subsección 1.^a establece las reglas aplicables a la finalización con acuerdo de dicho procedimiento. El artículo 11 establece el contenido mínimo y las condiciones esenciales del acuerdo, mientras que el artículo 12 se refiere a las actuaciones de la autoridad laboral en caso de acuerdo tras el periodo de consultas. Cabe destacar que cuando el periodo de consultas concluya con acuerdo entre las partes, la autoridad laboral procederá a autorizar la aplicación del mecanismo. Por último, el artículo 13 establece normas específicas para proceder a la prórroga de la vigencia de las medidas.
- En el ámbito de la modalidad sectorial, la empresa habrá presentado una propuesta de plan de recualificación en la comunicación inicial (artículo 6), cuyo contenido deberá ser concretado en el acuerdo (artículo 11) o en la comunicación empresarial de finalización (artículo 14). El contenido de este plan deberá responder a la realidad empresarial de la solicitante, pudiendo concretarse en diversos procesos formativos, teóricos o de carácter práctico, que permitan ampliar competencias y conocimientos a las personas trabajadoras o incluso una reorganización de los departamentos empresariales vinculada a la estabilización del empleo. En todo caso, el contenido de este plan se ajustará a la finalidad perseguida por el propio Mecanismo RED sectorial, la recualificación y procesos de transición profesional de las personas trabajadoras.
- La subsección 2.^a regula la finalización sin acuerdo del periodo de consultas. De igual manera, se recogen el contenido mínimo y las condiciones esenciales de la comunicación empresarial (artículo 14) y las actuaciones de la autoridad laboral (artículo 15). En este caso, la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando la solicitud empresarial.

-La sección 4.^a se refiere a las disposiciones comunes del procedimiento, determinando la autoridad laboral competente (artículo 16) y el régimen de recursos administrativos y acciones ante la jurisdicción social (artículo 17).

3.El capítulo III define las garantías asociadas al Mecanismo RED, relativas a la protección de las personas trabajadoras (artículo 18), los beneficios en la cotización de las empresas (artículo 19), las acciones formativas (artículo 20) y el compromiso del mantenimiento del empleo (artículo 21) a que se vinculan las exenciones en la cotización.

Adicionalmente el capítulo se acompaña de la previsión de una serie de límites en materia de horas extraordinarias, contrataciones y externalizaciones (artículo 22), así como la regulación del acceso a los datos relativos a las reducciones de jornada y suspensiones de contrato autorizadas en el ámbito del Mecanismo RED por la Tesorería General de la Seguridad Social, el Servicio Público de Empleo Estatal, el Instituto Social de la Marina y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (artículo 23).

4.Por último, el capítulo IV establece el régimen jurídico y de funcionamiento del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, F.C.P.J.

5.Entre las Disposiciones de esta norma destacan:

-En la disposición adicional única se establece la aplicación supletoria del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

-La disposición transitoria primera prevé la aplicación de la norma solo a aquellos procedimientos iniciados tras la entrada en vigor del real decreto.

-La disposición transitoria segunda se refiere al inicio de la gestión del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, F.C.P.J.

-La disposición transitoria tercera se ocupa de la asunción de las competencias sancionadoras que tienen atribuidas el Servicio Público de Empleo Estatal y el Instituto Social de la Marina.

-La disposición final primera prevé la modificación del artículo 22 del RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, a fin de adaptar las previsiones reglamentarias a la nueva redacción del artículo 47 ET, así como homogeneizar los procedimientos de tramitación y pago de las prestaciones por desempleo derivadas de la aplicación de las medidas de suspensión del contrato o reducción de jornada contemplados en dicho precepto, y la tramitación de la prestación social regulada en la disposición adicional cuadragésima primera LGSS.

-La disposición final segunda modifica el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, para aclarar las competencias sancionadoras en esta materia.

-La disposición final tercera, se encarga de adaptar el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, a las modificaciones operadas en el artículo 47 ET por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, por lo que su objeto es la modificación de los artículos 10, 16, 21 y 33 del citado reglamento, así como la introducción de un nuevo título IV en el que se incorporan las garantías asociadas a los expedientes de regulación temporal de empleo, relativas a los beneficios en la cotización a la seguridad social, las acciones formativas vinculadas a los beneficios extraordinarios, el compromiso del mantenimiento del empleo, los límites en materia de horas extraordinarias, contrataciones y externalizaciones y el acceso a los datos relativos a los expedientes de regulación temporal de empleo por la Tesorería General de la Seguridad Social, el Servicio Público de Empleo Estatal, el Instituto Social de la Marina y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

— **FOGASA. - Orden TES/941/2023, de 1 de agosto, por la que se regula el procedimiento para el reintegro al Fondo de Garantía Salarial, O.A., de las prestaciones pagadas indebidamente (BOE 5-8-2023).**

Esta Orden tiene por objeto establecer un procedimiento para el reintegro de prestaciones pagadas indebidamente por el Fondo de Garantía Salarial, en el ámbito de sus competencias. Para ello:

-En el artículo 1 se recoge el concepto de pago indebido y el ámbito de aplicación de la norma. Se explicita que “por pago indebido” a los efectos de esta Orden deben entenderse “el que se realiza por error material, aritmético o de hecho, a favor de persona en quien no concurra derecho alguno de cobro frente al FOGASA, O.A, con respecto a dicho pago o en cuantía que exceda de la consignada en el acto o documento que reconoció el derecho del acreedor”.

-Se prevé que la Orden se aplicará a los pagos indebidos realizados por el FOGASA en materia de prestaciones de garantía salarial, para su reintegro tanto en periodo voluntario como ejecutivo.

-En el artículo 2 se establece el ámbito competencial para declarar un pago como indebido y para ordenar su restitución.

-La competencia se hace recaer sobre la jurisdicción social o sobre el órgano que dictó el acto que contiene el error material, aritmético o de hecho que ha provocado el pago indebido, en virtud

de lo establecido en el artículo 146 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

-Se determina que los órganos competentes para la recaudación en vía de apremio del reintegro del pago indebido serán los órganos de recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que correspondan, según lo establecido en el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, y en las demás disposiciones de aplicación.

-La regulación del procedimiento para el reintegro al Fondo de Garantía Salarial, O.A., de las prestaciones pagadas indebidamente se establece en los arts. 3-6: Inicio del procedimiento (art. 3), procedimiento de revisión (art. 4), Procedimiento de revisión ante la jurisdicción social (art. 5), Procedimiento de rectificación de errores materiales, aritméticos y de hecho (art. 6).

-La propuesta de resolución motivada deberá incluir obligatoriamente una serie de datos, incluyendo expresamente la identificación del perceptor del pago indebido: nombre y apellidos, si se trata de una persona física, o razón social si es jurídica, número de identificación fiscal y domicilio o sede social a efectos de notificaciones y requerimientos.

-El artículo 7 regula el supuesto de compensación en el caso de que el deudor fuese a su vez acreedor del FOGASA, por tener derecho a nueva prestación de garantía salarial.

-Los artículos siguientes se centran en la regulación específica del aplazamiento o fraccionamiento de las deudas contraídas con el FOGASA por los perceptores de prestaciones, con el fin de facilitar su reintegro a quienes, por sus circunstancias económico-financieras, les impida de forma transitoria efectuar el pago de la misma en el plazo y términos establecidos en este reglamento de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia.

— Teletrabajo. - Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual (BOE 4-8-2023)

El presente Acuerdo Marco se extiende a todas las personas a las que pueda aplicarse el apartado 1 del artículo 16 del Reglamento de base, siempre que su residencia se encuentre en un Estado signatario y la sede o el domicilio de la empresa o empleador esté situado en otro Estado signatario.

1. Establece, en primer lugar, que se entiende por teletrabajo transfronterizo y a quién se aplica.

-En concreto, se refiere a las personas a las que sería aplicable la legislación del Estado de residencia como consecuencia del teletrabajo transfronterizo habitual (art. 13 1 a Reglamento en relación con el art. 12 8. Y 10 del Reglamento) que estén empleadas por una o más empresas o empleadores (en lo sucesivo denominados únicamente el «empleador») que tengan su sede o domicilio en un único Estado signatario distinto.

-Sin embargo, excluye del ámbito de aplicación del trabajo transfronterizo a las personas que: (i) ejerzan habitualmente una actividad distinta del teletrabajo transfronterizo en el Estado de residencia, y/o (ii) ejerzan habitualmente una actividad en un Estado distinto de los mencionados en el apartado 1, y/o (iii) trabajen por cuenta propia.

2. En segundo lugar, dispone las implicaciones jurídico-laborales del trabajo transfronterizo. Así, se determina que, previa solicitud, las personas que realicen teletrabajo transfronterizo habitual de acuerdo con el Acuerdo Marco:

-estarán sujetas a la legislación del Estado en el que el empresario tenga su sede o su domicilio,

-siempre que el teletrabajo transfronterizo realizado en el Estado de residencia sea inferior al 50 % del tiempo de trabajo total

A fecha de 30 de junio de 2023, el Acuerdo ha sido firmado por los siguientes países: Alemania, Suiza, Liechtenstein, República Checa, Austria, Países Bajos, Eslovaquia, Bélgica, Luxemburgo, Finlandia, Noruega, Portugal, Suecia, Polonia, Croacia, Malta, España y Francia.

El Acuerdo entró en vigor el día 1 de julio de 2023.

— **Formación profesional. - Real Decreto 659/2023, de 18 de julio, por el que se desarrolla la ordenación del Sistema de Formación Profesional (BOE 22-07-2023)**

El Real Decreto 659/2023 tiene por objeto el desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional.

Este real decreto establece la ordenación del Sistema de Formación Profesional, a partir de la cual las administraciones responsables desde cada comunidad autónoma trabajen conjuntamente, garantizando una oferta suficiente y adecuada de Formación Profesional, tanto para estudiantes como para personas trabajadoras, permitiendo el establecimiento de itinerarios formativos, que les acompañen, desde antes de acabar su escolaridad obligatoria y a lo largo de su vida laboral, y que concluya en la generalización de una nueva cultura del aprendizaje.

Se determina las distintas finalidades del Sistema de Formación Profesional, entre las que destacan:

- Garantizar la formación profesional de personas trabajadoras, incluida la dirigida a la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer la empleabilidad, de acuerdo con el artículo 4.2.b) ET.

- La adquisición, mantenimiento, adaptación o ampliación de las habilidades y competencias profesionales y el progreso en la carrera profesional.

- La reconversión profesional y la reconducción del itinerario profesional a un sector de actividad distinto de aquellas personas trabajadoras que necesiten o deseen dirigirse hacia otro sector profesional.

Se disponen las funciones y objetivos generales del Sistema de Formación Profesional. También, se procede a la organización de ofertas formativas de Formación Profesional, modalidades de formación profesional y a su planificación.

La presente norma modifica, a través de las correspondientes disposiciones finales, los siguientes reales decretos:

- RD 1850/2009, de 4 de diciembre, sobre expedición de títulos académicos y profesionales correspondientes a las enseñanzas establecidas por la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

- RD 1684/1997, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Funcionamiento del Consejo General de Formación Profesional.

- RD 229/2008, de 15 de febrero, por el que se regulan los Centros de Referencia Nacional en el ámbito de la Formación Profesional.

- RD 1085/2020, de 9 de diciembre, por el que se establecen convalidaciones de módulos profesionales de los títulos de Formación Profesional del sistema educativo español y las medidas para su aplicación.

— **Resolución de 29 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de mayo de 2023, por el que se aprueba el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023 (BOE 6-6-2023)**

El Plan 2023 concreta los objetivos a alcanzar en este año en el conjunto de España y en cada una de las distintas comunidades autónomas.

El Plan 2023 recoge, asimismo, los indicadores que se van a utilizar para valorar el grado de consecución de dichos objetivos

En el Plan 2023 se ha tenido en cuenta el resultado de la tercera evaluación que se ha realizado por la Red de Servicios Públicos Europeos, y las recomendaciones realizadas.

Este Plan 2023 se ha elaborado en colaboración con las comunidades autónomas, tras informe de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales de 28 de abril de 2023 e informe del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo de 5 de mayo de 2023, con carácter previo a su aprobación por el Gobierno mediante Acuerdo del Consejo de Ministros. Desde esa fecha, el Plan 2023 se aplica de hecho por el conjunto de los servicios públicos de empleo, sin perjuicio de lo que se disponga en su aprobación final.

Conforme a lo establecido en el título VI de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, este Plan se someterá a una evaluación continuada, planificada, dirigida en el seno del Sistema Nacional de Empleo y realizada con carácter externo e independiente, desarrollándose de manera adicional al conjunto de evaluaciones internas que se realicen dentro del Sistema Nacional de Empleo.

El Plan 2023 cuenta con cinco anexos, que se refieren, respectivamente a los servicios y programas de apoyo activo al empleo (anexos I y II), a la dotación presupuestaria (anexo III), a los indicadores para la evaluación del Plan (anexo IV) y, como novedad en este Plan 2023, al programa de transversalización de la igualdad de género en las políticas activas de empleo (anexo V).

— **Real Decreto 660/2023, de 18 de julio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a empresas de determinados sectores que tengan personas trabajadoras con contratos indefinidos en las ciudades de Ceuta y Melilla (BOE 19-7-2023)**

El objeto de este real decreto consiste, por tanto, en regular la concesión directa de subvenciones, con carácter excepcional, por razones de interés público, social y económico, a empresas de determinados sectores en Ceuta y Melilla que accedan a las bonificaciones en la cotización previstas en el artículo 31.1 del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, respecto de personas trabajadoras con contratos indefinidos que presten actividad en los referidos sectores y ámbitos geográficos, a fin de complementar las citadas bonificaciones, conforme al compromiso recogido en los Planes integrales de desarrollo socioeconómico de Ceuta y Melilla 2023-2026.

El presente real decreto se estructura en nueve artículos, una disposición adicional única y tres disposiciones finales.

En el articulado se define el objeto de las subvenciones (artículo 1); se establece el ámbito de aplicación del real decreto desde una triple perspectiva: sectorial, territorial y temporal (artículo 2); se prevé el régimen jurídico aplicable a la concesión de las subvenciones (artículo 3); se aborda la financiación de las subvenciones (artículo 4); se establece el criterio para la determinación de la cuantía de las subvenciones (artículo 5); se hace referencia a los requisitos y obligaciones de las empresas beneficiarias (artículo 6); se regula el procedimiento de concesión directa de las subvenciones y su justificación (artículo 7); se regula la resolución y pago de la subvención (artículo 8); y se prevé el reintegro de las subvenciones, así como el régimen sancionador aplicable cuando proceda.

La disposición adicional única prevé que la concesión de las subvenciones queda condicionada a las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio.

Por su parte, las disposiciones finales abordan los títulos competenciales a cuyo amparo se dicta este real decreto, la habilitación normativa y la fijación de su entrada en vigor.

1.11. MIGRACIONES

— **Catálogo de Ocupación de Dificil cobertura.- Resolución de 11 de agosto de 2023, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura para el tercer trimestre de 2023 (BOE 15-08-2023)**

Conforme a lo establecido en el art. 65 del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 y RD 629/2022, de 26 de julio, que establece que, a los efectos de determinar la situación nacional de empleo, el Servicio Público de Empleo Estatal ha de elaborar, con periodicidad trimestral, de acuerdo con la información suministrada por los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos y previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, un Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura para cada provincia o demarcación territorial que, en su caso, establezca la correspondiente Administración Autonómica, así como para Ceuta y Melilla, la Resolución de 11 de agosto de 2023 aprueba el catálogo de Ocupación de Dificil Cobertura para el tercer trimestre de 2023.

1.12. ECONOMÍA SOCIAL Y TRABAJO AUTÓNOMO

— **Resolución de 17 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de abril de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027 (BOE 1-6-2023)**

La nueva Estrategia enmarcada en el período 2023-2027 tiene la finalidad de fomentar la Economía Social para incrementar su contribución al desarrollo socioeconómico del Estado. Para ello, impulsa y apoya la mejora de su competitividad y las condiciones de actuación en el mercado, en colaboración con otros actores empresariales y sociales para afrontar el reto que tiene nuestro país de consolidar una economía sostenible e inclusiva que dé oportunidades a los colectivos con mayores dificultades de empleabilidad y que fomente el emprendimiento colectivo como una fórmula de creación de empleo de calidad, flexible y estable, enmarcada en otros objetivos estratégicos como son la lucha contra la despoblación y el aprovechamiento racional de los recursos naturales respetando el entorno y el medio ambiente. Asimismo, fortalece la dimensión internacional de la economía social.

Para la elaboración de la Estrategia Española de Economía Social (en adelante, EEES) 2023-2027 se ha realizado, en primer lugar, un análisis DAFO que permite conocer con detalle la situación actual de la Economía Social en España, sirviendo como punto de partida para el establecimiento de los ejes estratégicos en torno a los cuales se va a articular la EEES.

El tercer apartado está dedicado a exponer la misión y la visión de la EEES 2023-2027, así como la identificación de los ejes estratégicos en torno a los cuales se articula la Estrategia, todo ello sustentado en los resultados del análisis DAFO.

En el cuarto apartado se detallan las líneas de actuación y acciones específicas a desarrollar en la EEES 2023-2027 para cada uno de los ejes estratégicos. En las acciones, además de los objetivos, se incluye tanto el detalle de las actuaciones concretas a llevar a cabo, los organismos implicados en su ejecución y los agentes implicados, como los indicadores de ejecución y resultado.

El quinto y último apartado presenta las cuestiones relacionadas con la gobernanza y el seguimiento y la evaluación de la EEES 2023-2027.

El documento concluye con un anexo I, en el que se detallan las correspondencias entre los resultados del análisis DAFO y los ejes estratégicos.

— **Resolución de 24 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de junio de 2022, por el que se aprueba la Estrategia Nacional de Impulso del Trabajo Autónomo (ENDITA) 2022-2027 (BOE 1-6-2023)**

Las prioridades transversales de la Estrategia Nacional de Impulso del Trabajo Autónomo 2022-2027 son las de responder de modo efectivo a las necesidades de las personas que desarrollan trabajo autónomo; dimensionar el trabajo autónomo como elemento clave en una economía regenerada y sostenible y la de reforzar el trabajo autónomo para contribuir a la igualdad y a la cohesión social.

Para la consecución de estas tres prioridades transversales, se han definido un total de seis ejes estratégicos que establecen los ámbitos o áreas generales de actuación de la Estrategia: Eje 1: Hacia la inclusión y la cohesión social por medio del trabajo autónomo; Eje 2: Fijar población al territorio a través del trabajo autónomo; Eje 3: Promover la digitalización y modernización del trabajo autónomo; Eje 4: Por un trabajo autónomo sostenible; Eje 5: Impulsar la formación especializada para el trabajo autónomo, y Eje 6: Garantizar la igualdad de género en el trabajo autónomo.

Sobre esta estructura de prioridades transversales, ejes estratégicos, y dentro de cada eje, de líneas prioritarias y medidas, la Estrategia define un marco con las líneas generales de actuación hasta 2027, que requerirá de una planificación operativa que se desarrollará a través de una Comisión de Seguimiento, de carácter interministerial, que se constituirá una vez aprobada la Estrategia.

La Comisión de Seguimiento, concebida como instrumento de coordinación interministerial, acogerá las actuaciones concretas que en el ámbito de la presente Estrategia desarrollen cada uno de los ministerios competentes y coordinará el seguimiento y la evaluación de la Estrategia.

— **Ley 2/2023, de 24 de febrero, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid (BOE 9-6-2023)**

1.13. OTRAS NORMAS

— **Empresas emergentes.- Orden PCM/825/2023, de 20 de julio, por la que se regulan los criterios y el procedimiento de certificación de empresas emergentes que dan acceso a los beneficios y especialidades reconocidas en la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (BOE 21-07-2023)**

Esta Orden tiene por objeto:

- a) la determinación de los criterios para evaluar las características de los artículos 3 y 6 de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, en especial el carácter de emprendimiento innovador y escalable de las empresas emergentes, y
- b) el desarrollo de las previsiones de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, referidas al procedimiento para evaluar y certificar a estas empresas.

— **-Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial. - Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial (BOE 02-09-2023)**

El RD 729/2023 aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial. Se establece la naturaleza jurídica de la AESIA, así como su régimen jurídico. También se determinan las competencias y su estructura orgánica.

Se dispone que el personal al servicio de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial será personal funcionario o laboral:

- El personal funcionario se regirá por lo previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público y demás normas aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado. Será la Dirección de la Agencia quien convoque y resuelva los procedimientos de provisión de puestos de trabajo de conformidad con los procedimientos de provisión establecidos en la normativa sobre función pública. Tanto las convocatorias como sus resoluciones se publicarán en el BOE.
- El personal laboral se regirá por el Estatuto de los Trabajadores, la normativa convencional aplicable en su caso, y por los preceptos del Estatuto Básico del Empleado Público que expresamente le resulten de aplicación. Corresponderá a la Agencia la celebración de los contratos de trabajo del personal laboral, que será seleccionado, en ejecución de la Oferta de Empleo Público, mediante convocatoria pública que, además de adecuarse a la relación de puestos de trabajo de la Agencia, se sujetará a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad previstos por el Estatuto Básico del Empleado Público, así como del acceso al empleo público de las personas con discapacidad.

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

A) DISCRIMINACIÓN

— **STS 540/2023, de 19-07-2023. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro**

Cuando un beneficiario de prestaciones de Seguridad Social considera que la resolución de la Entidad Gestora lo discrimina puede canalizar su acción procesal a través de la modalidad de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. Así procede en el caso de varón jubilado bajo la vigencia del art. 60 LGSS antes de su modificación por RDL 3/2021 que reclama el complemento de pensión.

B) ACCIDENTE DE TRABAJO

— **STS 476/2023, de 04-07-2023. Ponente: Concepción Rosario Ureste García**

La imprudencia es temeraria cuando el trabajador ha omitido la más elemental diligencia, prudencia y cautela, asumiendo un riesgo evidente e innecesario de puesta en peligro de su vida, que llega a materializarse en un accidente. Merece tal calificación el accidente sufrido por el trabajador cuando cruza de noche por lugar no habilitado al efecto una carretera que consta de cuatro carriles con doble sentido de circulación, amplitud y variación de sentidos llevando carga y sin ropa reflectante.

En estas condiciones, la distracción del conductor del vehículo que lo atropelló no distorsiona la existencia de imprudencia temeraria en tanto que las circunstancias concurrentes -del entorno y de

las propias condiciones del actor- dificultaban necesariamente la capacidad de reacción del conductor, sumándose la imprevisibilidad de que acaeciese el cruce por un lugar no habilitado para los peatones.

— **STS 479/2023, de 05-07-2023. Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín**

Mientras que en el RGSS es accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, en el RETA es el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del que realiza por su propia cuenta.

Además, para que se considere accidente de trabajo, en el RGSS basta con que la lesión tenga lugar durante el tiempo y en el lugar de trabajo, mientras que en el RETA, además de lo anterior, se exige expresamente la prueba de la conexión de la lesión con el trabajo realizado por cuenta propia.

C) MUTUAS

— **STS 508/2023, de 12-07-2023. Ponente: María Luz García Paredes**

El Consejo de ministros como consecuencia del Acta de Infracción extendida por la Dirección Especial de la ITSS acuerda sancionar a la Mutua Asepeyo por no observar las normas relativas a la denominación y su utilización, y a la constitución y funcionamiento de sus órganos y gobierno y de participación; incumplir el régimen de incompatibilidades y prohibiciones establecido en el actual art. 91 TRLGSS; falta de diligencia suficiente en la supervisión de la gestión de la prestación de forma reiterada y prolongada en el tiempo; concertar, utilizar o establecer servicios sanitarios, de prevención de accidentes, de recuperación o de rehabilitación propios o de terceros, sin la previa autorización del organismo competente; no aplicar el patrimonio estrictamente al fin social de la entidad y no llevar a cabo operaciones distintas a las que debe limitar su actividad, imponiendo al sujeto responsable una sanción por cuantía total 741.280,00 euros.

La Mutua impugna el acuerdo y la sentencia apuntada tras una exhaustiva valoración de los hechos probados y normativa aplicable al caso de autos resuelve estimar parcialmente el recurso y rebajar las sanciones relativas al uso de servicios sanitarios con terceros sin la previa autorización entre los años 2017 a 2019; suscribir seguro de responsabilidad civil de la Junta Directiva, director gerente y personas que ejerzan funciones ejecutivas; y reconocimiento indebido de prestaciones especiales, colectivas e individuales.

D) INCAPACIDAD TEMPORAL E INCAPACIDAD PERMANENTE

— **STS 472/2023, de 04-07-2023. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro**

SUBSIDIO POR DESEMPLEO E INCAPACIDAD TEMPORAL. A los efectos de devengar la protección por una recidiva de incapacidad temporal (surgida más de seis meses después de finalizar el anterior periodo) no es posible considerar como situación asimilada al alta la de quien está percibiendo el subsidio (asistencial) por desempleo. Reafirma doctrina de STS 26 julio 1993 (RCUD. 2012/1993) y posteriores.

— **STS 495/2023, de 11-07-2023. Ponente: María Luz García Paredes**

Se debate en el recurso si, a efectos del cumplimiento del periodo de carencia para el reconocimiento de una incapacidad permanente, debe estarse al momento en el que el solicitante se jubiló anticipadamente o al de la solicitud de la prestación de IP.

La sentencia anotada considera que no resulta de aplicación al caso la doctrina del paréntesis pues la misma contempla supuestos en el que el cese de la obligación de cotizar como determinante del periodo de carencia se produce estando el sujeto en situación de alta o asimilada a ésta; situación

que no es equiparable a la de un jubilado anticipadamente, que no se encuentra en situación de alta o asimilada al alta.

En el caso enjuiciado el actor está jubilado anticipadamente desde 2015 y reclama el reconocimiento de la prestación de gran invalidez o invalidez permanente absoluta casi tres años después, lo que determina que no reúna el periodo de carencia exigible. Se confirma la desestimación de la demanda apreciada en las instancias judiciales previas

— **STS 520/2023, de 18-07-2023. Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer**

La Sala IV casa la sentencia de suplicación que había reconocido la Gran Invalidez a trabajador de la ONCE que antes de su afiliación a la Seguridad Social tenía una agudeza visual en el ojo izquierdo de 0,1 y amaurosis en el ojo derecho, lo que conforme a la tradicional doctrina jurisprudencial venía siendo considerado como “ceguera legal” objetivamente constitutiva de Gran Invalidez. En el caso de la sentencia analizada, se reitera la nueva doctrina jurisprudencial instaurada en SSTS -del Pleno- 199 y 200 de 16 de marzo de 2023 (RCUDS. 3980/2019 y 1766/2020) y las que han seguido con posterioridad: La simple presencia de una determina dolencia no permite, por sí solo, reconocer que la persona no puede atender los actos más esenciales de la vida.

Es evidente que un cuadro de dolencias puede tener distinto alcance en los sujetos los que afecta, atendidas a determinadas circunstancias que le puedan rodear, como es la edad, el momento en el que la dolencia se presenta, situación anterior y posterior, etc. No es aceptable que, para la GI, una determinada dolencia sea objetivada sin atender a la situación real del sujeto.

En el caso, no procede el reconocimiento de la gran invalidez al estar acreditado que el beneficiario podía atender los actos más esenciales de la vida.

E) DISCAPACIDAD

— **STS 473/2023, de 04-07-2023. Ponente: Concepción Rosario Ureste García**

Se cuestiona si resulta procedente sumar los factores sociales complementarios, cuando el porcentaje de discapacidad no alcanza el 25%.

Atendiendo a los términos del art. 5, sobre valoración, del RD 1971/1999, el baremo valora los factores que pueden limitar la integración: familiar, económico, laboral, cultural y entorno. A cada uno de estos factores puede otorgarse una puntuación máxima que, obviamente, no es la suma de las distintas situaciones que se describen. El mismo porcentaje mínimo se había contemplado de forma semejante en la Orden de 8 de marzo de 1984 que precedió al RD y que desarrollaba a su vez las previsiones del Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

La literalidad de la norma evidencia que el sumatorio del baremo correspondiente a factores sociales complementarios no es automático, sino que requiere una plataforma mínima acerca de la propia valoración de la discapacidad que el legislador ha situado en el 25%. Si se alcanza -valoración de un 25% de discapacidad-, procederá adicionar la puntuación obtenida en el baremo de factores sociales complementarios en la forma y límites previstos por la normativa. En sentido contrario, la no obtención del porcentaje mínimo, que sin ambages ni condiciones fija el art. 5.3 in fine del RD 1971/1999, enerva el sumatorio de los factores sociales complementarios

F) JUBILACIÓN

— **STS 461/2023, de 29-06-2023. Ponente: María Luz García Paredes**

Se plantea en el recurso si el derecho del progenitor al complemento por aportación demográfica (respecto de su pensión de jubilación, causada el 8 de octubre de 2018) debe percibirse en su totalidad o debe minorarse en atención a que la otra progenitora ha devengado, con efectos de 8 de noviembre de 2021, el complemento por brecha de género.

La Sala IV considera que en caso de concurrencia de ambos complementos, el importe del referido a la brecha de género debe minorar el reconocido por aportación demográfica, aplicando para ello la DT 33 de la LGSS que así lo establece expresamente (introducida por RDL 3/2021, de 2 de febrero, que dio nueva redacción al art. 60 LGSS, dando así respuesta normativa a la STJUE de 12 de diciembre de 2019 -asunto WA-, que estableció que dicho precepto era discriminatorio para los varones y contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 por reconocer el derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica para las mujeres mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento).

— **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Autónoma de Andalucía/ Provincia de Granada de 25.05.2022 núm. 961/2022/2022 [Recurso de Suplicación, núm. 2417/2021. PROV\ 2022\ 254184 - AS\ 2022\ 1244. Ponente: Jorge Luis Ferrer González]**

PENSIÓN DE JUBILACIÓN: siendo la falta de alta y cotización empresarial durante un largo período de tiempo debido a que la relación se entendía no laboral (arquitecto técnico) hasta que por sentencia firme la declaró como tal, es razonable el reparto de responsabilidad en el pago de la pensión durante todo el tiempo en el que se lucre la misma: aplicación del principio de proporcionalidad. El TSJ desestima los recursos de suplicación interpuestos por las demandadas contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Granada, en fecha 5-2-2021, en reclamación sobre pensión de jubilación.

— **Sentencia del Tribunal Supremo de 28.10.2022 núm. 875/2022/2022 [Recurso de casación para la unificación de doctrina, núm. 1932/2019. PROV\ 2022\ 355011 - RJ\ 2022\ 5307. Ponente: M^a Luz García Paredes]**

COMPLEMENTOS POR MÍNIMOS POR RESIDENCIA DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN: cumplimiento de requisitos de residente en España, que teniendo reconocida pensión de jubilación en Venezuela, no se percibe y no puede computarse como ingreso. El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte actora, contra sentencia dictada el 12-3-2019, por la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, para casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por la parte demandada, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, sobre jubilación.

— **Sentencia del Tribunal Supremo de 11.11.2022 núm. 900/2022/2022 [Recurso de casación para la unificación de doctrina, núm. 3908/2019. PROV\ 2022\ 368761 - RJ\ 2022\ 5362. Ponente: Juan Molins García-Atance]**

JUBILACION ANTICIPADA: habiéndose extinguido el contrato con anterioridad a 31-12-2012, resulta aplicable el art. 161.bis dos de la LGSS en la redacción anterior a la Ley 27/2011, siendo una extinción no voluntaria, porque el trabajador se acogió al plan de prejubilaciones, pactado colectivamente, estando incluido expresamente en su ámbito de aplicación, habiéndose abonado por la empresa las prestaciones contributivas por desempleo y las cotizaciones a la Seguridad Social desde su desvinculación hasta el momento de la solicitud de la jubilación anticipada, no siendo aplicables

los apartados b) y d) de dicho precepto. El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el «INSS» demandado, contra la Sentencia de 15-07-2019 de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, dictada en autos promovidos en reclamación de jubilación.

— **Sentencia del Tribunal Supremo de 26.09.2022 núm. 764/2022/2022 [Recurso de casación para la unificación de doctrina, núm. 118/2022. PROV\ 2022\ 329799 - RJ\ 2022\ 4614. Ponente: M^a Luisa Segoviano Astaburuaga]**

MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: ha de calificarse como tal la decisión unilateral de la empresa, como medida en el marco del ERTE por causa de fuerza mayor, autorizado por resolución administrativa, comprometiéndose al abono de la diferencia entre la prestación por desempleo percibida y el 100% del salario que hubiera correspondido sin la aplicación del ERTE, y, por tanto, de conformidad con el art. 239 LGSS, no puede suprimirse unilateralmente por la empresa, sino de acuerdo con las normas que regularon su reconocimiento, y en este caso no se estableció previsión concreta de anulación o disminución de dicha mejora, siendo la única previsión la obligación de la empresa ligada a la permanencia del ERTE, por lo que se ha de mantener mientras subsista este. El Pleno del TS desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada, contra la Sentencia de 03-06-2021 de la Sala de lo Social del TSJ de Catalunya, dictada en procedimiento de conflicto colectivo.

— **Sentencia del Tribunal Supremo de 28.09.2022 núm. 786/2022/2022 [Recurso de casación para la unificación de doctrina, núm. 1382/2020. PROV\ 2022\ 329946 - RJ\ 2022\ 4621. Ponentes: Ricardo Bodas Martín]**

JUBILACION ANTICIPADA: habiéndose extinguido el contrato con anterioridad a 31-12-2012, resulta aplicable el art. 161.bis dos de la LGSS en la redacción anterior a la Ley 27/2011, siendo una extinción no voluntaria, porque el trabajador se acogió al plan de prejubilaciones, pactado colectivamente, estando incluido expresamente en su ámbito de aplicación, habiéndose abonado por la empresa las prestaciones contributivas por desempleo y las cotizaciones a la Seguridad Social desde su desvinculación hasta el momento de la solicitud de la jubilación anticipada, no siendo aplicables los apartados b) y d) de dicho precepto. El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el «INSS» y la «TGSS» demandados, contra la Sentencia de 09-12-2019 de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, dictada en autos promovidos en reclamación de pensión de jubilación.

— **Sentencia del Tribunal Supremo de 31.10.2022 núm. 877/2022/2022 [Recurso de casación para la unificación de doctrina, núm. 50/2019. PROV\ 2022\ 355969 - RJ\ 2022\ 4956. Ponente: Rosa María Virolés Piñol]**

MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: la exclusión del ámbito de aplicación del convenio colectivo del Ayuntamiento de Hellín de los trabajadores contratados al amparo de convenios, programas o planes especiales de empleo o de otras fórmulas de colaboración suscritos entre el mismo y otras Administraciones públicas que tengan como finalidad el fomento del empleo, la formación y/o la inserción laboral, incurre en discriminación y, por tanto, procede el abono de la indemnización por IPT derivada de AT; traslado al Ministerio Fiscal a los efectos previstos en el art.163.4 LRJS.

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandado, contra la Sentencia de 11-10-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha, dictada en autos promovidos en reclamación de cantidad. Se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal que la Sala ha considerado ilegal el artículo 5 del IV Convenio Colectivo del Ayuntamiento de

Hellín, a los efectos de que pueda proceder a plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenio.

— **STJUE de 07.07.2022, Asunto núm. C 576/2020; CC/Pensionsversicherungsanstalt. Cuestión prejudicial [PROV\ 2022\ 237086 - TJCE\ 2022\ 170]**

SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES: Cuestiones particulares de las prestaciones: Vejez y muerte (pensiones): Cálculo y liquidación de las prestaciones: «período de educación de los hijos»: inclusión: estimación: ciudadano de la UE que ha ejercido su derecho de libre circulación a los territorios de otros Estados miembros, aunque durante ese tiempo no ha ejercido ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, requisito impuesto por el art. 44 del Reglamento de aplicación de la disposición que lo regula, y dado que, dicha persona trabajó y cotizó exclusivamente en ese Estado miembro, tanto antes como después del traslado de su residencia a otro Estado miembro en el que transcurrieron los referidos períodos. De lo contrario esa persona quedaría en desventaja, únicamente debido al ejercicio de su derecho a la libre circulación.

«Procedimiento prejudicial — Seguridad social de los trabajadores migrantes — Reglamento (CE) n.º 987/2009 (LCEur 2009, 1613) — Artículo 44, apartado 2 — Ámbito de aplicación — Pensión de vejez — Cálculo — Consideración de los períodos de educación de los hijos cubiertos en otros Estados miembros — Artículo 21 TFUE (RCL 2009, 2300) — Libre circulación de los ciudadanos»

En el asunto C-576/20, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE (RCL 2009, 2300), por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria), mediante resolución de 13 de octubre de 2020, recibida en el Tribunal de Justicia el 4 de noviembre de 2020, en el procedimiento entre CC y Pensionsversicherungsanstalt.

G) PRESTACIONES PARA SITUACIONES DERIVADAS DE MUERTE Y SUPERVIVENCIA (VIUDEDAD, ORFANDAD Y A FAVOR DE OTROS FAMILIARES)

— **STS 480/2023, de 05-07-2023. Ponente: Juan Molins García-Atance**

La cuestión que decide el TS es si la actora, que por razón de violencia de género no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho. No se discute que la demandante cumplía con los restantes requisitos legalmente exigidos para tener derecho a la pensión.

La Sala IV, siguiendo el criterio de resoluciones previas, estima el recurso y reconoce a la actora el derecho a percibir la pensión de viudedad solicitada. Se efectúa una interpretación con perspectiva de género del art 221.1 LGSS de 2015 (anterior artículo 174.3 LGSS de 1994), declarando el derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho de la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, siempre que cumpla los restantes requisitos legalmente exigidos. Y ello porque, cuando media la violencia de género, la convivencia es imposible e indeseable por lo que, si se exige y se impone como requisito, no se alcanzaría la finalidad primordial y principal de proteger a la víctima de la violencia de género. Además, la convivencia se rompe, no exactamente por la libre voluntad de la mujer que forma parte de la unión de hecho, sino porque la violencia ejercida sobre esta última hace imposible la convivencia. La protección, integral y trasversal, contra la violencia de género debe presidir la interpretación de las normas aplicables a la prestación reclamada.

H) DESEMPLEO

— STS 488/2023, de 06-07-2023. Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín

La sentencia de suplicación recurrida confirma la de instancia que, estimando la demanda del SPEE, revoca la resolución administrativa de 18/2/2014 de concesión de la renta activa de inserción. En fecha 6/4/2004 se dictó resolución de extinción del subsidio por desempleo.

La cuestión suscitada en casación unificadora se centra en determinar si la sanción de extinción del subsidio de desempleo está sujeta a plazo de prescripción y si los efectos de la sanción están limitados temporalmente, de forma que los efectos de la inicial sanción no pueden obstar al reconocimiento posterior de la renta activa de inserción.

La Sala IV razona, interpretando el art. 2.1.c del RD 1369/2006, que detal precepto no puede extraerse que la sanción de extinción de la prestación tiene efectos temporales ilimitados. Y ello porque ha de estarse a los principios de seguridad jurídica y de proporcionalidad de las sanciones Y, conforme a lo establecido en el art.7.3 del RD 928/1998 y el art. 132.1 de la ley 30/1992 y 30.1 de la ley 40/2015, debe tenerse en cuenta que las infracciones y sanciones están sometidas a los plazos de prescripción contemplados en las mismas. En consecuencia, se estima el recurso de la beneficiaria demandada y se desestima la demanda del SPEE.

— STS 515/2023, de 17-07-2023. Ponente: Juan Molins García-Atance

Se plantea en la sentencia analizada si tiene derecho a percibir el subsidio por desempleo para mayores de 55 años una persona que no había cumplido esa edad cuando agotó la última prestación por desempleo o el subsidio por desempleo.

Tras rechazar inadmisión del recurso por alegada falta de abono de la prestación reconocida en suplicación, para lo que existía justa causa, la Sala IV revoca la sentencia recurrida y confirma la de instancia, que había denegado el derecho. Resulta aplicable la legislación anterior al RDL 8/2019, de 8 de marzo, que exigía tener cumplidos 55 años a la fecha del agotamiento de la última prestación o subsidio.

La solicitante había agotado la última prestación por desempleo cuando todavía no había cumplido 55 años y posteriormente, después de cumplir esa edad, y antes de la entrada en vigor del RDL 8/2019, solicitó este subsidio. No consta que manifestase su constante voluntad de trabajar mediante su inscripción como desempleada, por lo que no reunía los requisitos exigidos para el devengo del subsidio por desempleo para mayores de 55 años.

I) SANIDAD

— STC 78/2023, de 03 de julio de 2023 (BOE 03-08-2023)

Vulneración del derecho a la integridad física y moral: lesión causada por la derivación a una clínica privada, ubicada fuera del territorio autonómico, para la práctica de la interrupción del embarazo. Votos particulares.

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

— CONTRATO DE TRABAJO

ÁLVAREZ PADÍN, B. CARRERA DOMÈNECH, M.; HERNÁN GARCÍA, E: *Nuevo contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo*, Claves Prácticas Francis Lefebvre, 2023.

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: *La interdicción de la arbitrariedad en la relación laboral* Ed. Tirant lo Blanch, núm. 289, 2023

MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M.: *La protección socio-laboral de los jóvenes: construyendo un futuro*. Atelier. Barcelon, 2023.

MORENO MÁRQUEZ, A.: *El derecho a la formación profesional en el marco del contrato de trabajo*, Aranzadi, 2023

SEMPERE NAVARRO A.V (Dir) CÁMARA BOTÍA, A.: *Contratos indefinidos adscritos a obras de la construcción*, Aranzadi, 2023.

SEMPERE NAVARRO, A. V (Dir), BINI, S. CASTRO FRANCO A.: *Becas contratos de trabajo formativos y en sector de universidades e investigación* (Dúo), Aranzadi, 2023

VVAA: *MENTO Despido 2024-2025*, Ediciones Lefebvre 2023

— PROCESAL LABORAL

MIGUEL BARRIO, R.: *La prueba tecnológica en el proceso laboral: tendencias y desafíos*, Ed. Dykinson, 2023

— EMPLEO PÚBLICO

VILLALOBOS SÁNCHEZ, E.: *Fraude de Ley en las relaciones laborales de las administraciones públicas y la figura del trabajador indefinido no fijo*, Laborum, 2023.

— OBRAS GENERALES Y OTRAS

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V.; LÓPEZ AHUMADA, J.E.; ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*, Aranzadi, 2023

MARTÍNEZ MORENO, C. (Dir.): *El Derecho del Trabajo que viene. La Reforma que necesitamos*, Colex 2023

MORENO GENE, J, ROMERO BURILLO, A.M.: *Los nuevos escenarios laborales de la innovación tecnológica*. Tirant lo blanch, 2023

MONEREO PÉREZ, J. L.: *Simone Weil. Filosofía del trabajo y teoría crítica social*. El Viejo Topo. Barcelona, 2023.

MONEREO PÉREZ, J. J.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos*. Atelier. Barcelona 2023.

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N. y VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*. 21ª edición. Comares, Granada, 2023

MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo, 44ªed.*, revisada y puesta al día, Madrid, 2023

RIVAS VALLEJO, P. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Colex, 2023, 14ª. ed., 2023

SALVADOR TRAPERO, A.: *Sistema RED SLD-SILTRA: Soluciones en torno a la reforma laboral, autónomos y empleados de hogar*, Claves Prácticas, Francis Lefebvre, 2023

VVAA: *Guía laboral del Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones* 2023, BOE, 2023

VVAA: *La formación dual en España*, CES, 2023

VVAA: *Guía laboral del Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones 2023*, BOE, 2023

VVAA: *La formación dual en España*, CES, 2023

— **PROTECCIÓN SOCIAL**

GONZÁLEZ ORTEGA, S. y BARCELÓN COBEDO, S.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*. 17ª edición. Tirant lo blanch. Valencia 2023.

MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A. (Dir.): *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*. Comares, Granada, 2023, 537 págs.

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M. N., MÁRQUEZ PRIETO, A. y MALDONADO MOLINA, J. A.: *Manual de Seguridad Social*. 19ª edición. Tecnos, Madrid, 2023.

VVAA: *MEMENTO PRÁCTICO-Seguridad Social*, Ediciones Lefebvre 2023

VVAA: *MEMENTO Guía Rápida Empleados de hogar*, Ediciones Lefebvre 2023

Crónica de
Doctrina
Administrativa
en materia
de Seguridad
Social

Las
Laborum

DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA
Letrado de la Administración de la Seguridad Social
 <https://orcid.org/0000-0002-0034-5194>

1. ACCIÓN PROTECTORA

1.1. Fin de medidas derivadas del COVID-19. Criterio de Gestión del INSS 19/2023, de 25 de julio de 2023

Tras la publicación en el Boletín Oficial del Estado de 5 de julio de 2022, la Orden SND/726/2023, de 4 de julio, por el que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de julio de 2023, por el que se declara la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, dadas las dudas suscitadas, se concreta que han decaído las siguientes medidas:

1.- Disposición adicional cuarta de la ley 10/2021, que determinaba que se consideraban derivadas de accidente de trabajo las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que preste servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios, y que el ejercicio de su profesión, hayan contraído el virus SARS-CoV2 por haber estado expuesto a ese riesgo específico.

El citado centro directivo concluye que, la medida queda derogada, salvo para los casos de fallecimiento que se registrarán por lo previsto en el artículo 217.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

2.- Artículo 6 y disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. El artículo 6 establecía que los profesionales de los centros sanitarios y socio-sanitarios que han contraído el virus SARS-CoV-2 en el ejercicio de su profesión, tendrán las mismas prestaciones que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas que se ven afectadas por una enfermedad profesional. Al respecto se presumirá, en todo caso, que el contagio se ha producido en el ejercicio de su profesión en la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios.

La disposición adicional tercera extendía esa protección al personal sanitario que presta servicios en la Inspección Medida de los Servicios Públicos de Salud y del Instituto Nacional de la Seguridad Social y al personal sanitario de Sanidad Marítima que preste servicios en el Instituto Social de la Marina.

3.- Artículo quinto del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, en el que se daba la consideración de situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, a los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocadas por el virus COVID-19.

1.2. Complemento de brecha de género. Aplicación y alcance del requisito exigido a los hombres respecto a la cuantía de las pensiones que perciba. Criterio de Gestión del INSS 21/2023, de 7 de agosto de 2023

Se plantea si es exigible, para el reconocimiento a los hombres del complemento de reducción de brecha de género, regulado en el artículo 60 LGSS, el requisito de que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas al hombre ha de ser inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer, establecido en el artículo 60.1.b), condiciones 1ª, 2ª, en relación con la 5ª de la misma norma, en el supuesto de que, siendo ambos progenitores titulares de pensiones contributivas de la Seguridad Social, la mujer no hubiese podido beneficiarse del complemento por maternidad, regulado en la anterior redacción del artículo 60 LGSS, ni del complemento para la reducción de la brecha de género regulado en la actual redacción del artículo 60 LGSS, por habérsele reconocido la pensión o pensiones que podrían dar derecho a dichos complementos en fecha anterior a la entrada en vigor de las normas que los establecieron.

El Criterio señala que el artículo 60.1.b) LGSS, establece que para que los hombres puedan tener derecho reconocimiento del complemento regulado en dicho artículo deberán concurrir los siguientes requisitos:

“b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:

1ª. En el supuesto de hijos e hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

2ª. En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer:

(...)

5ª. El requisito para causar derecho al complemento, de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma”.

El requisito de que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas al hombre sea inferior a la suma de las cuantías de las de la mujer, ha de exigirse al hombre por los hijos en común en todos los casos en los que, conforme dispone la condición 5ª, ambos progenitores hayan causado derecho a una pensión contributiva de la Seguridad Social (en el caso de los hombres de jubilación o incapacidad a estos efectos), con independencia de que la mujer no haya podido beneficiarse del complemento regulado en el artículo 60 LGSS por haber causado su pensión o pensiones antes de la entrada en vigor de las normas que lo establecieron.

Por tanto, si la entidad gestora comprueba que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas al hombre es superior a la suma de las reconocidas a la mujer, ha de entenderse que el hombre no cumple “las condiciones que exige la ley para tener derecho a dicho complemento, sin que pueda supeditarse el cumplimiento de este requisito a que ambos progenitores accedan a una pensión contributiva que podría dar derecho al complemento para la reducción de la brecha de género

(...) pues nada se estipula en ese sentido para poder comprobar el cumplimiento de dicho requisito y no hay motivo para no acudir a una interpretación literal, ya que (...) parece clara la voluntad del legislador al determinar que sólo los hombres que reúnan dichas condiciones en los términos legalmente establecidos podrán acceder al complemento, pues son los que acreditan un perjuicio en su carrera de cotización en una situación comparable a la mujer por la asunción de esas tareas en el cuidado de los hijos”.

2. ASISTENCIA SANITARIA

2.1. Alcance de la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales. Criterio de Gestión del INSS 17/2023, de 21 de julio de 2023

El Tribunal Supremo en sentencia 705/2019, de 10 de octubre, señala que la derogación formal del Decreto de 1967 aparece ayuna de toda finalidad restrictiva o minorada de la protección propia de a asistencia sanitaria dispensada en caso de accidente de trabajo.

Con posterioridad el citado Tribunal ha dictado una nueva sentencia, la STS 517/2021, de 11 de mayo, sobre infracción y sanciones en el orden social a una Mutua Colaboradora de la Seguridad Social, en la que, si bien no se aborda directamente un supuesto de reparación íntegra del daño en caso de accidentes de trabajo, si bien, se hace mención obiter dicta, recuerda la anterior sentencia y el principio de reparación íntegra del daño.

En este sentido, el principio de reparación íntegra del daño causado por el accidente de trabajo es el que debe seguir presidiendo la prestación de asistencia sanitaria. Esto no equivale, ni ahora ni antes, a la ausencia de límites o a la proclamación de un deber de gasto incontrolado sino sujeto a las posibilidades razonables, pero sin las restricciones del catálogo de prestaciones sanitarias en contingencia común.

3. INCAPACIDAD TEMPORAL

3.1. Prestación por Incapacidad Temporal de los trabajadores del Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios. Criterio de Gestión del INSS 18/2023, de 25 de julio de 2023

El trabajador eventual del SETACA no llega a prestar efectivamente servicios el día de la baja médica pero se constata que el empresario ha comunicado a la Tesorería General de la Seguridad Social conforme a lo previsto en el artículo 45.1.1º.a) del Reglamento de Afiliación que ese día, aunque el trabajador no se haya presentado al trabajador, estaba prevista la realización de una jornada real y cumple con la obligación de cotizar por dicha jornada según previene el artículo 13.2 del Reglamento de Cotización, efectivamente procede reconocer la prestación económica por incapacidad temporal.

4. CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE

4.1. Dinámica de la prestación y reducción de jornada del progenitor no beneficiario a consecuencia de ERTE. Criterio de Gestión del INSS 20/2023, de 2 de agosto de 2023

Se plantea si procede mantener, suspender o extinguir la prestación por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, en aquellos supuestos en los que el progenitor no beneficiario resulte afectado por un expediente de regulación temporal de empleo parcial de reducción de jornada, prestando servicios en semanas alternativas o periodos de corta duración alternos.

El criterio de gestión establece las siguientes consideraciones:

- Para el reconocimiento del subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave al progenitor no beneficiario no se le exigen más requisitos que los establecidos en el apartado 2 del artículo 4 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio.
- No procede suspender el subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave en aquellos supuestos en que ambos progenitores acreditaban en la fecha del reconocimiento de dicho subsidio las condiciones para ser beneficiarios del mismo establecidas en el artículo 4 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, y cualquiera de ellos, sea o no el beneficiarios, resulte afectado por la inclusión en un ERTE que determine la reducción temporal de su jornada de trabajo, aunque deba desarrollarse dicha jornada en semanas u otros cortos periodos de tiempo alternos, en cualquier caso inferiores a un mes. Ello, siempre que sigan acreditando los requisitos exigidos, respectivamente, para ser progenitor beneficiario y no beneficiario.
- Por el contrario, aunque tuvieran ambos progenitores los requisitos para ser beneficiarios del subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, si uno de ellos es incluido en un ERTE que determine la suspensión del contrato de trabajo durante periodos iguales o superiores a un mes, sea o no en ese momento el beneficiario del subsidio, procederá la suspensión de la percepción del subsidio mientras se mantenga el ERTE en esas condiciones, en aplicación del artículo 7.2.a) párrafo primero, del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio.
- Lógicamente, cuando el progenitor no beneficiario se encuentre en alguno de los supuestos especiales previstos en el artículo 4.2 (estar incorporado obligatoriamente a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional en razón del ejercicio de su actividad profesional, o tener suscrito un Convenio Especial en el Sistema de la Seguridad Social por realzar su actividad laboral en un país con el que no existe instrumento internacional de Seguridad Social), la inclusión del progenitor beneficiario del subsidio en un ERTE con suspensión del contrato de trabajo implicará necesariamente la suspensión de la prestación.

5. INCAPACIDAD PERMANENTE

5.1. Incidencia de las vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas. Criterio de Gestión del INSS 22/2023, de 30 de agosto de 2023

Se plantea la determinación del hecho causante en los casos en los que a la finalización de la relación laboral existen periodos de vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas.

Hay que recordar que mediante el criterio 13/2006 se flexibilizó la cuestión relativa al reconocimiento de la cuantía de las pensiones del sistema de la Seguridad Social en los supuestos en los que existen periodos de vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas a la finalización de la relación laboral que son cotizadas a través de una liquidación complementaria.

Dicha flexibilización, que en su momento fue conformada por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, se extendió a la pensión de jubilación como a la gestión de incapacidad permanente, ante la ausencia de un desarrollo reglamentario que previera esta cuestión.

Con la aprobación del nuevo Real Decreto 453/2022, de 14 de junio, por el que se regula la determinación del Hecho Causante y los efectos económicos de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y de la prestación económica de ingreso vital, y se modifican diversos reglamentos del sistema de la Seguridad Social que regulan distintos ámbitos de la gestión, sean

introducido una mayor flexibilización general para determinar el hecho causante de la pensión de jubilación, debiendo entenderse la cuestión relativa a los periodos vacacionales incluida en el artículo 3 del Real Decreto indicado.

Sin embargo, en lo que se refiere a la pensión de Incapacidad Permanente, continuaría siendo necesario mantener lo dispuesto en el anterior criterio.

Por tanto, si el último día de trabajo o durante el periodo de vacaciones y no distribuidas se produjese la extinción de la incapacidad temporal o la emisión del dictamen-propuesta de la incapacidad permanente y en ese momento no se cumpliera el periodo de cotización exigido para acceder a la pensión, pero sí se alcanzase a cubrir esa carencia computando algún día o todos los días del periodo de vacaciones, el hecho causante se fijará el día en que finalice ese periodo vacacional, siempre que la retribución correspondiente sea objeto de liquidación y cotización complementaria al concluir el contrato, iniciándose los efectos económicos del derecho desde el día siguiente al de esa finalización de dicho periodo vacacional.

6. JUBILACIÓN

6.1. Compatibilidad de la pensión de jubilación con la actividad artística

Se plantea el alcance de la compatibilidad de la pensión de jubilación con la actividad artística tras la publicación en el Boletín Oficial del Estado del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, con entrada en vigor a partir del 1 de septiembre de 2023, y que ha sido parcialmente modificado mediante la disposición final séptima del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

Tras el informe emitido al respecto por la dirección General de Ordenación de la Seguridad Social se afirman las siguientes líneas de actuación:

— Primera.- Aplicación al colectivo de artistas del artículo 213.4 LGSS

El artículo 213.4 LGSS, establece:

“El percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social.

Las actividades específicas en el párrafo anterior, por la que no se cotice, no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social”.

Esta previsión general también es aplicable a las actividades artísticas por cuenta propia por lo que quienes se dediquen a alguna actividad artística cuyos ingresos, en cómputo anual, no superen el salario mínimo interprofesional pueden compatibilizar al 100 por ciento del importe de su pensión de jubilación, aunque se trate de una jubilación anticipada, sin necesidad de acogerse a las condiciones establecidas para otras modalidades de compatibilidad entre dicha pensión y el trabajo distintas de las establecidas en el artículo 213.4.

En consecuencia, el pensionista de jubilación contributiva que realice un trabajo por cuenta propia en el sector artístico incluido en el ámbito de aplicación del artículo 249 quater podrá optar por el alta y la cotización desde el comienzo de su actividad en los términos del artículo 310 bis o acogerse a la previsión de compatibilidad del artículo 213.4 LGSS. De esta manera:

a) Artículo 310 bis. Cotización de los perceptores de pensión de jubilación cuando realicen actividades artísticas. Durante la realización de un trabajo por cuenta propia compatible con la pensión de jubilación, en los términos establecidos en el artículo 249 quater, las personas estarán obligadas a solicitar el alta y cotizar en este régimen especial únicamente por contingencias profesionales y quedarán sujetas a una cotización especial de solidaridad del 9 por ciento sobre su base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones.

b) Artículo 213.4. Incompatibilidades. Si opta por la compatibilidad del artículo 213.4 desde el momento que los ingresos por actividad artística hayan alcanzado el importe del salario mínimo interprofesional, el trabajador tendrá que solicitar el alta y cotizar por contingencias profesionales conforme el artículo 310 bis.

— Segunda.- Derechos de propiedad intelectual y Derechos de imagen

En relación con el nuevo artículo 249 quater LGSS, introducido por la disposición final cuarta. Siete del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero se ha puesto de manifiesto por el colectivo afectado que en el apartado 1, letra b), del citado artículo, al establecer la compatibilidad entre el percibo del 100 por ciento del importe de la pensión de jubilación contributiva y el trabajo por cuenta ajena y la actividad por cuenta propia desempeñada por autores de obras literarias, artísticas o científicas, se indica específicamente que la indicada compatibilidad se produce tanto si perciben como si no “derechos de propiedad intelectual por dicha actividad, incluidos los generados por su transmisión a terceros y con independencia de que por la misma actividad perciban otras remuneraciones conexas”, previsión que no se recoge en la letra a) del mismo apartado, relativa a la compatibilidad con el 100 por ciento de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia de las personas que desarrollen una actividad artística, por lo que se cuestiona si, en los que concierne a estas últimas, la pensión de jubilación es incompatible con la actividad artística que dé lugar a la percepción de derechos de propiedad intelectual, incluidos los generados por su transmisión a terceros.

Sobre esta cuestión debe aclararse que, desde el momento en que el artículo 249 quater.1.a) LGSS determina la compatibilidad entre el percibo del 100 por ciento del importe de la pensión de jubilación contributiva con el trabajo, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, de las personas que desarrollen una actividad artística, implícitamente está considerando compatible dicha pensión con cualquier otro rendimiento que puede generar ese tipo de trabajo, por lo que los derechos de propiedad intelectual, incluidos los derivados de su transmisión a terceros, y con independencia de que por la misma actividad perciben otras remuneraciones conexas, generados por una actividad artística compatible son igualmente compatibles con la pensión de jubilación.

Por tanto, no existe diferencia alguna a este respecto en el tratamiento que se da a los supuestos recogidos en la letra b) y en la letra a) del apartado 1 del artículo 249 quater, y en la letra b) se ha introducido una aclaración relativa a la compatibilidad entre el 100 por ciento de la pensión de jubilación y los derechos de propiedad intelectual ha sido tan solo por conllevar normalmente el tipo de actividad artística a la que se refiere esa letra “autor de obras literarias, artísticas o científicas”, derechos de propiedad intelectual, menos frecuentes previsiblemente en las actividades que se relacionan en la letra a), pero sin que ello deba inducir a considerar que tales derechos resultan incompatibles en los supuestos de la letra a).

Lo expuesto también resulta de aplicación a la percepción de derechos de imagen que se deriva de su trabajo en la actividad artística. Como referencia interpretativa de esta compatibilidad entre una prestación del sistema de Seguridad Social y el cobro de derechos de imagen en la disposición final cuarta.14 del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero que compatibiliza la prestación especial por desempleo de las personas del sector artístico con los derechos de propiedad intelectual y derechos de imagen.

— Tercera.- **Ámbito de las actividades artísticas compatibles con la pensión de jubilación**

Otra cuestión que se plantea en relación con este artículo es la necesidad de identificar, por seguridad jurídica, las actividades relacionadas con la actividad artística o de auditoría de obras literarias, artísticas o científicas que pueden considerarse compatibles con la pensión de jubilación.

Sobre este particular puede ser ilustrativo el artículo 19 de la Ley 53/1984, de 25 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, que relaciona una serie de actividades exceptuadas del régimen de incompatibilidades aplicable al citado personal, todas ellas conexas con su condición de personal de las administraciones públicas, excepto las incluidas en las letras a) y f) del artículo, pero distintas de su actividad habitual, permitiéndose la compatibilidad con aquellas que, o bien tienen carácter ocasional o, de ser habituales, no son retribuidas. Siguiendo este ejemplo, podrían considerarse actividades conexas cualesquiera actividades no retribuidas o que, aun siendo retribuida, tengan carácter ocasional, pero que en todo caso estén relacionadas con la actividad artística o de auditoría de obras literarias, artísticas o científicas del jubilado.

Finalmente, en ningún caso puede considerarse actividad conexas compatible con la actividad artística o de auditoría de obras literarias, artísticas o científicas la actividad docente permanentes o habitual a título lucrativo, aunque se refiera a contenidos artísticos, que dé lugar a la inclusión de quien la imparte en alguno de los regímenes del sistema.

— Cuarta.- **La autoedición y autoproducción**

Las actividades artísticas, especialmente las referidas en el apartado b) del artículo 249 quater LGSS, cada vez con más frecuencia requieren de una actividad instrumental por parte de quien las realiza para su difusión y comercialización, lo que se denomina autoedición o autoproducción, lo que lleva a cuestionar si el hecho de efectuar ese tipo de actividad excede de lo que debe considerarse actividad artística que permite estar incluido en el ámbito de aplicación del citado artículo.

En relación con esta cuestión, debe decirse que en tanto la actividad de autoedición y autoprotección se efectúa de forma personal y directa y se limite a la actividad artística propia y no a la actividad artística de terceros, estando por tanto vinculada directamente con el ciclo productivo de la actividad artística del pensionista de jubilación, es compatible con la pensión de jubilación.

6.2. Compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo de los facultativos de atención primaria médicos de familia y pediatras, adscritos al sistema nacional de salud con nombramiento estatutario o funcionario. Criterio de Gestión del INSS 24/2023, de 12 de septiembre de 2023

Se plantea el alcance de la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación con el trabajo de los facultativos de atención primaria médicos de familia y pediatras, adscritos al sistema nacional de salud con nombramiento estatutario o facultativo.

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

Según se recoge en el Preámbulo del citado Real Decreto-ley, “Dada la acuciante escasez de facultativos en el Sistema Nacional de Salud, resulta urgente implementar medidas que faciliten o contribuyan a paliar su falta. Con este objetivo, en materia de Seguridad Social, se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, para permitir la actividad de los profesionales

jubilados y contribuir así a paliar la falta de facultativos de atención primaria, médicos de familia o pediatras en el Sistema Nacional de Salud.

El apartado 1 de la DT 35ª LGSS establece lo siguiente:

“1. En los tres años a partir de la entrada en vigor de esta disposición transitoria, los facultativos de atención primaria, médicos de familia y pediatras, adscritos al Sistema Nacional de la Salud con nombramiento estatutario o funcionario podrán continuar desempeñando sus funciones durante la prórroga en el servicio activo y simultáneamente, acceder a la jubilación percibiendo el 75 % del importe resultante en el reconocimiento inicial de la pensión, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública.

Asimismo, podrán acceder a esta compatibilidad los facultativos de atención primaria adscritos al sistema nacional de salud con nombramiento estatutario o funcionario que hubieran accedido a la pensión contributiva de jubilación y se reincorporen al servicio activo, siempre que el hecho causante de dicha pensión haya tenido lugar a partir del 1 de enero de 2022 o se hubieren acogido en su día a la compatibilidad de la pensión de jubilación con el nombramiento como personal estatutario o funcionario de las y los profesionales sanitarios, realizado al amparo del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

Con respecto al apartado anterior, se dicta el siguiente criterio interpretativo:

- Podrá accederse a la compatibilidad desde la situación de activo, aun cuando con carácter inmediatamente anterior a la misma se viniesen desarrollando otras funciones distintas a las detalladas en la disposición transitoria (como por ejemplo de dirección de un centro hospitalario) siempre y cuando en el momento de iniciar la compatibilidad se desempeñen con exclusividad las referidas funciones como facultativo de atención primaria, médico de familia y pediatra, adscritos al Sistema Nacional de Salud con nombramiento estatutario o funcionario y se cumplan los demás requisitos.

No cabe interpretar restrictivamente el primer párrafo del apartado 1 de la disposición transitoria de forma que se exija que, con carácter inmediato al inicio de la compatibilidad, ya se viniesen desarrollando necesariamente las funciones como facultativo de atención primaria, médico de familia y pediatra, adscritos al Sistema Nacional de Salud con nombramiento estatutario o funcionario. Lo contrario supondría exigir unos condicionantes adicionales que la norma no establece, limitando el ámbito subjetivo de la misma, sin atender a la finalidad de la medida.

- Igualmente, en el caso de que se solicite la compatibilidad desde la situación de pensionista de jubilación, no obstará esta posibilidad el hecho de que en el momento de jubilarse se viniesen realizando otras funciones distintas, siempre y cuando la reincorporación a la vida activa se produzca por la realización en exclusividad de las funciones como facultativo de atención primaria, médico de familia y pediatra, adscritos al Sistema Nacional de Salud con nombramiento estatutario o funcionario en los términos que exige la norma y se cumplan los demás requisitos.

6.3. Jubilación anticipada por causas no imputable al trabajador en el caso de despido tácito por cierre de empresa. Criterio de Gestión del INSS 23/2023, de 11 de septiembre de 2023

Se plantea si a los efectos de acceder a una jubilación anticipada voluntaria, procede equiparar la extinción del contrato de trabajo por despido tácito producido por el cierre de facto de la empresa al supuesto de extinción del contrato de trabajo por la vía de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 207 LGSS, regula la modalidad de acceso a la pensión de jubilación anticipada que deriva del cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador permitiendo beneficiarse de la pensión de jubilación anticipada con unas condiciones más beneficiosas, en cuanto a los requisitos de edad y carencia exigidos que en aquellos otros casos en los que se anticipa la jubilación por voluntad del trabajador -artículo 208 LGSS.

Para acceder al derecho a la pensión de jubilación por causa no imputable al trabajador, la letra d) del artículo 207.1 LGSS establece unas causas de extinción del contrato de trabajo tasadas:

“d) Que el cese en el trabajo se haya producido por alguna de las causas siguientes:

1ª. El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 ET.

2ª. El despido por causas objetivas conforme al artículo 52 ET.

(...)”.

La letra d) del artículo 207.1 LGSS como cláusula antifraude con el objeto de evitar que el despido fuese meramente, sin sustrato real y con la sola finalidad de posibilitar el acceso del trabajo a la jubilación anticipada prevista en dicho artículo.

De acuerdo con la finalidad de la norma, esta entidad gestora viene defendiendo que la letra d) del precepto debe ser aplicada según su tenor literal. Esta misma postura es también compartida por la doctrina judicial al señalar que el listado que contiene el artículo 207.1 d) es tasado o cerrado.

No obstante, el Tribunal Supremo en sentencias de casación para la unificación de doctrina de 14 de octubre de 2021 y de 17 de octubre de 2022 establece que no procede excluir de este listado a los despidos tácitos ocasionados por los cierres de empresas con cese de actividad, cuyas extinciones de contrato de los trabajadores debieran haberse encauzado por la vía de los artículos 51 o 52 ET.

Señala el Alto Tribunal en las citadas sentencias que “Legalmente, un cierre de empresas que vaya a dar lugar a la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores tiene que encauzarse preceptivamente, sin realizar ahora mayores previsiones, por la vía del artículo 51 ET o del artículo 52.c) ET, dependiendo del número de empleados afectados. Pero el hecho de que la empresa no proceda al cierre como legalmente debe hacerlo (...), sino que el cierre sea de facto y, en consecuencia, que los despidos sean tácitos (...), no puede perjudicar, ni el incumplimiento hacerse recaer, sobre el trabajador”.

Resalta el TS que “a los efectos del artículo 207.1.d) LGSS, un trabajador cuya empresa se cierre y cuyo contrato se extingue por la vía del artículo 51 ET o del artículo 52c) está en una posición sustancialmente similar a la de un trabajador cuya empresa cierra (de hecho) y cuyo contrato de trabajo se extingue tácitamente como consecuencia de ese cierre de facto. En ambos casos, si el cierre de la empresa se quiere que conlleve la extinción de los contratos de trabajo, dicha extinción debe tramitarse conforme requieren los artículos 51 y 52c) ET (...).

(...) el trabajador interpuso la correspondiente demanda judicial y su despido fue declarado improcedente con derecho a la correspondiente indemnización. No se incurrió así en los supuestos en que hemos rechazado que se tuviera derecho a acceder a la pensión de jubilación anticipada por dudarse de la realidad del despido u no acreditarse debidamente el derecho a la correspondiente indemnización y a su percepción efectiva (...).

Esta entidad gestora asume la doctrina jurisprudencial y, en consecuencia, para acceder a la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador procede entender incluidos en los supuestos contemplado en los apartados 1º y 2º del artículo 207.1.d) LGSS, las extinciones de los contratos de trabajo causadas por un cierre “de facto” de la empresa cuando la extinción de los contratos de trabajo no se haya tramitado por la vía de los artículos 51 y 52 ET como preceptivamente establece la norma.

7. PRESTACIÓN POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA

7.1. Abono de la pensión/prestación de orfandad al representante legal del huérfano y violencia de género. Criterio de Gestión del INSS 16/2023, de 14 de julio de 2023

Se plantea si es posible abonar las pensión o prestación de orfandad correspondiente al huérfano al progenitor que ha sido condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de lesiones por violencia de género contra la causante, pero ostenta la patria potestad y aporta el certificado de cancelación de los antecedentes penales, sin que haya habido reconciliación.

Los artículos 231, 232, 233 y 234 LGSS, contienen previsiones para evitar el pago de previsiones para evitar el pago de prestaciones de muerte y supervivencia a los condenados por sentencia firme por la comisión de un “delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas” en aquellos casos en los que la víctima es el sujeto causante de la prestación.

El párrafo segundo del citado artículo 234 LGSS prevé que en el supuesto de que los beneficiarios de la pensión de orfandad sean menores de edad o mayores de edad con medidas de apoyo a su capacidad jurídica para percibirla, el INSS debe poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de la pensión de orfandad para que proceda a instar la adopción de las medidas oportunas en relación con la persona física o institución tutelar del menor o, en su caso, curatela de la persona mayor de edad a la que debe abonarse la pensión de orfandad. Adoptadas dichas medidas con motivo de dicha situación procesal, la entidad gestora, cuando así proceda, comunicará también al Ministerio Fiscal la resolución por la que se ponga fin al proceso y la firmeza o no de la resolución judicial en que se acuerde.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género va más allá al extender expresamente la imposibilidad de abonar la pensión de orfandad a quien fuese condenado por sentencia firme por la comisión de un “delito doloso de lesiones”, al establecer en el punto 2 de la disposición adicional primera que, “A quien fuera condenado por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o ex cónyuge, o estuviera o hubiera estado ligado a ella por una análoga relación de afectividad, que sin convivencia, no le será abonable, en ningún caso, la pensión de orfandad de la que pudiera ser beneficiarios sus hijos, dentro del Sistema Público de Pensiones salvo que, en su caso, hubiera mediado reconciliación entre aquéllos”.

De acuerdo con lo anterior, en los casos en los que el solicitante de una pensión/prestación de orfandad es el padre condenando por un delito de lesiones contra el causante, víctima de violencia de género que fallece por otras causas, esta entidad gestora emite resolución reconociendo el derecho a la prestación en favor del huérfano al tiempo que comunica al interesado que no se abonará, en ningún caso, a quien fuere condenando por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio o de lesiones cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge, excónyuge o persona con la que hubiera estado ligado por una relación análoga de afectividad, salvo que hubiera mediado reconciliación. Asimismo, en la resolución se indica que esta entidad gestora solicitará al órgano judicial competente la designación de la persona/entidad a quien haya de abonarse la prestación y que se suspenderá el procedimiento en tanto no se reciba la resolución judicial por la que se designe expresamente dicha persona o entidad a la que debe efectuarse el abono.

No obstante, se ha planteado consulta sobre la posibilidad de que el criterio anterior cambie en aquellos casos en los que los progenitores condenados mediante sentencias firme por delitos dolosos de lesiones por violencia de género mantengan la patria potestad y presenten el certificado de cancelación de los antecedentes penales.


Al respecto procede señalar que la cancelación de los antecedentes penales del agresor o su rehabilitación penal despliega su eficacia en el ámbito penal, así como en otros órdenes jurídicos, pero

no alcanza a su inclusión legal en el disfrute de los beneficios del sistema de la Seguridad Social que pudieran causarse a partir del fallecimiento de la víctima no a obviar que el precepto que nos ocupa establece que la pensión de orfandad no será abonable “en ningún caso”. Por consiguiente, también en estos supuestos debe ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de la pensión/prestación de orfandad, así como la denegación de si abono al padre por los motivos indicados, a efectos de que se designe un representante del beneficiario a quien pueda abonarle.

Novedades Normativas y de Gestión de la Tesorería General de la Seguridad Social

JAVIER AIBAR BERNAD

Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social

 <https://orcid.org/0000-0002-3927-5736>

1. UNA BREVE RESEÑA DE LAS NOVEDADES NORMATIVAS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL

— REAL DECRETO-LEY 5/2023, DE 28 DE JUNIO, POR EL QUE SE ADOPTAN Y PRORROGAN DETERMINADAS MEDIDAS DE RESPUESTA A LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS Y SOCIALES DE LA GUERRA DE UCRANIA, DE APOYO A LA RECONSTRUCCIÓN DE LA ISLA DE LA PALMA Y A OTRAS SITUACIONES DE VULNERABILIDAD; DE TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE SOCIEDADES MERCANTILES Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LA VIDA PROFESIONAL DE LOS PROGENITORES Y LOS CUIDADORES; Y DE EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El Real Decreto-ley 5/2023 (en adelante RDL 5/23), contiene múltiples medidas, desde las dirigidas a la conciliación profesional y familiar, a las adoptadas para dar respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania, hasta las de apoyo con motivo de la reconstrucción de la isla de La Palma, acogiendo también disposiciones de carácter sanitario, social y económico, que se integran en el Título Quinto del Libro Quinto del Real Decreto-Ley (sobre adopción de medidas urgentes en el ámbito financiero, socio-económico, organizativo y procesal).

En el Capítulo III del citado Título Quinto se contienen las medidas de carácter social económico (artículo 211 y ss.) a las que nos vamos a referir a continuación.

Por el artículo 211 RDL 5/23 se procede a la modificación de la Ley General de la Seguridad Social, en concreto, de su disposición adicional quincuagésima segunda, que trata de la inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realizan prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación. En tal sentido, esos alumnos, podrán suscribir un convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social, por una única vez, en el plazo, términos y condiciones que determine el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, que les posibilite el cómputo de la cotización por los periodos de formación o realización de prácticas no laborales y académicas realizados antes de esa fecha de entrada en vigor, hasta un máximo de cinco años, y no de dos años como hasta la reforma del RDL 5/23.

Y el artículo 212 RDL 5/23 modifica la disposición final décima del Real Decreto-ley 2/2023, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

— REAL DECRETO 677/2023 POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 1148/2011 PARA LA APLICACIÓN Y DESARROLLO, EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE

La prestación económica para la protección social por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se encuentra regulada en el capítulo X del título II, artículos 190 a 192, de la LGSS.

En cuanto a las cuestiones de este tipo de protección que guardan relación con la afiliación, y que figuran en el Real Decreto 677/2023, cabe destacar que para las personas beneficiarias de la prestación (subsidio) por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, el artículo 4 del Real Decreto establece los requisitos que deben reunir, entre los que destacan la condición general de estar afiliadas y en alta en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acreditar los periodos mínimos de cotización exigibles en cada caso.

Cabe subrayar, entre otras cuestiones, que conforme al citado artículo 4, el requisito de estar afiliado y en alta se entenderá cumplido en aquellos supuestos en que la persona progenitora, guardadora o acogedora del menor, que no es beneficiaria de la prestación, tenga suscrito un Convenio Especial en el Sistema de la Seguridad Social por realizar su actividad laboral en un país con el que no exista instrumento internacional de Seguridad Social.

— REAL DECRETO 668/2023 POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO DE PLANES Y FONDOS DE PENSIONES, APROBADO POR EL REAL DECRETO 304/2004, PARA EL IMPULSO DE LOS PLANES DE PENSIONES DE EMPLEO

En el Preámbulo del Real Decreto 668/2023 se nos recuerda que el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, aprobado por el Consejo de Ministros del 27 de abril de 2021 y presentado ante la Comisión Europea en el marco de la iniciativa NextGenerationEU, para la recuperación de la economía, contempla entre sus líneas de acción el que se ha denominado componente 30, «Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo», cuya reforma 5 se refiere a la revisión y el impulso de los sistemas complementarios de pensiones.

La citada exigencia fue cumplida a través de la Ley 12/2022, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002.

Posteriormente, prosigue el citado Preámbulo, se aprobó el Real Decreto 885/2022, por el que se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, para el impulso de los planes de pensiones de empleo, desarrollando reglamentariamente la referida Ley 12/2022.

Dicho desarrollo reglamentario tuvo un carácter parcial, con el objetivo principal regular los elementos imprescindibles que permitieran su aplicación.

El Real Decreto 668/2023 completa el desarrollo reglamentario necesario para recoger las cuestiones no reguladas por razones de urgencia en el anterior, y que resultan imprescindibles para permitir la efectiva aplicación de la Ley 12/2022.

— ORDEN ISM/835/2023, POR LA QUE SE REGULA LA SITUACIÓN ASIMILADA A LA DE ALTA EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS DESPLAZADAS AL EXTRANJERO, AL SERVICIO DE EMPRESAS QUE EJERCEN SUS ACTIVIDADES EN TERRITORIO ESPAÑOL

Mediante la Orden Ministerial de 28 de junio de 1977, se reguló la situación asimilada a la de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de los trabajadores trasladados fuera del territorio nacional al servicio de empresas españolas, procediéndose por primera vez a la regulación de esta situación, en cumplimiento con lo dispuesto en la LGSS de 1974.

Posteriormente, se dictado diferentes normas para actualizar y acoger supuestos no contemplados inicialmente.

La Orden ISM/835/2023, en su artículo 1, señala que su objeto es regular el alcance y las condiciones de la situación asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social en el supuesto de desplazamiento de personas trabajadoras al servicio de sus empresas fuera del territorio nacional, de acuerdo con lo previsto en artículo 166.3 de la LGSS.

En sus artículos 2, 3 y 6 respectivamente, se establecen el concepto de persona trabajadora desplazada, y los supuestos de situación asimilada a la de alta y la duración de ésta.

Los artículos 4 y 5 de la Orden, respectivamente, distinguen los tipos de desplazamiento de personas trabajadoras a un país en el que no resulte aplicable ningún instrumento internacional en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social o en el que, aun siendo aplicable un instrumento internacional, tales personas no estén incluidas dentro de su ámbito de aplicación subjetivo, así como el desplazamiento de personas trabajadoras a un país en el que resulte aplicable un instrumento internacional en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

El artículo 8 regula la información que debe ser comunicada por las empresas a la Tesorería General de la Seguridad Social, en el caso del desplazamiento de sus trabajadores.

Las variaciones de datos y bajas, cotización y recaudación figuran en el artículo 9 de la Orden, y la acción protectora en el artículo 10.

— ORDEN ISM/858/2023 POR LA QUE SE DETERMINA EL CONTENIDO Y LA PERIODICIDAD DEL PLAN DE OPTIMIZACIÓN DEL PATRIMONIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El patrimonio de la Seguridad Social, como se nos recuerda en el Preámbulo de la Orden ISM/858/2023, está compuesto por una cifra próxima a los 4.000 inmuebles. Este patrimonio se compone de bienes de una naturaleza heterogénea, resultado de la centralización en la Tesorería General de la Seguridad Social de la titularidad de muy distintos bienes inmuebles, fruto de un proceso paulatino de concentración en las actuales entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social del conjunto de funcionalidades del antiguo sistema de protección social estatal que, en un inicio, se encontraban dispersas en diferentes entidades. A ello deben añadirse los inmuebles de titularidad de la TGSS y adscritos a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en los que estas desarrollan funciones de colaboración con el sistema de la Seguridad Social.

Seguindo las indicaciones del Tribunal de Cuentas, por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones se han adoptado varias medidas, entre las que se encuentran, la reforma normativa del capítulo VII de título I, de la LGSS, efectuada por la Ley 31/2022.

En el artículo 1 de la Orden se cita que esta tiene por objeto la determinación del contenido y de la periodicidad del plan de optimización del patrimonio de la Seguridad Social, previsto en la

disposición adicional novena del Real Decreto 1221/1992, de 9 de octubre, sobre el patrimonio de la Seguridad Social.

El plan de optimización del patrimonio de la Seguridad Social se concretará en las siguientes líneas estratégicas de actuación que contendrán, al menos, los siguientes programas, conforme a lo regulado en el artículo 2 de la Orden, disponiéndose varias líneas estratégicas para la Identificación de las previsiones de necesidades presentes y futuras de espacios de entidades usuarias de inmuebles del sistema de la Seguridad Social, para la mejora y mantenimiento del patrimonio, para el control del gasto, para las actuaciones en el ámbito de los negocios jurídicos y la supervisión e inspección de los inmuebles, prestando especial atención a la depuración de la situación jurídica y legal de estos, para la digitalización y para la dotación de los necesarios recursos humanos.

2. NOTICIAS SOBRE LA GESTIÓN EN EL ÁMBITO DE LA AFILIACIÓN, DE LA COTIZACIÓN Y DE LA RECAUDACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES SOCIALES¹

— IMPORTASS FACILITA A LOS AUTÓNOMOS LOS TRÁMITES CON LA SEGURIDAD SOCIAL

Se informa en el Boletín de Noticias RED, de la Tesorería general de la Seguridad Social que, a través de IMPORTASS, (Importass, es un espacio digital adaptado a dispositivos móviles, accesible desde la Web, la Sede electrónica -SEDESS- y la app de la Seguridad Social, en el que se ofrece información y servicios de tramitación), se han incluido nuevas actualizaciones en el apartado dedicado al Trabajo Autónomo, para facilitar a este colectivo todos los trámites con la Seguridad Social y la transición al nuevo sistema de cotización que ha entrado en vigor en 2023.

En concreto, se pusieron en marcha tres nuevos servicios:

- Simulador de cuota personalizado
- Comunicación de nueva actividad
- Comunicación del fin de alguna actividad

El Simulador de cuota personalizado

La Tesorería General de la Seguridad Social puso a disposición de los trabajadores autónomos un simulador personalizado para que puedan calcular su cuota ajustada, teniendo en cuenta los rendimientos estimados, las cotizaciones durante 2023 y su última cuota abonada. De esta forma, se evitará que al finalizar el año deban regularizar su situación y proceder a devoluciones o reclamaciones.

A este simulador se puede acceder desde el área personal, previa identificación a través de cl@ve, certificado electrónico o vía sms,

Comunicación de una nueva actividad

Otra de las novedades que se han llevado a cabo es la inclusión de una nueva tarjeta de acceso al trámite “*Comunicar nueva actividad*” en la sección de Trabajo Autónomo del área pública de IMPORTASS. Este servicio está destinado a trabajadores que ya están dados de alta como autónomos, y quieren comunicar una nueva actividad.

¹ Utilizamos principalmente como fuente el Boletín de Noticias RED. Para facilitar una información lo más exacta posible en el ámbito de la afiliación, encuadramiento de empresas, cotización y recaudación, se transcribe parte de la ofrecida por la Tesorería General de la Seguridad Social a través de dicho canal.

El enlace redirige al área personal, desde donde el usuario puede acceder a su ficha de autónomo y podrá comunicar una nueva actividad. Los pasos de este proceso son muy similares a los del alta inicial, salvo con algunas excepciones.

— PAGO TRIMESTRAL TRABAJADORES AUTÓNOMOS ARTISTAS CON BAJOS INGRESOS. NUEVO SERVICIO DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El artículo 313.bis de la LGSS, sobre cotización de los artistas con bajos ingresos integrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en su apartado 3 establece:

“El plazo reglamentario de ingreso de las cuotas será el establecido con carácter general, salvo que el interesado solicite expresamente, a través de los procedimientos automatizados que establezca la Tesorería General de la Seguridad Social, que el plazo de ingreso de las cuotas sea trimestral, de forma que las cuotas correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo se ingresen en el mes de abril; las cuotas correspondientes a los meses de abril, mayo y junio, se ingresen en el mes de julio; las cuotas correspondientes a los meses de julio, agosto y septiembre, se ingresen en el mes de octubre; y las cuotas correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre, se ingresen en el mes de enero del año siguiente.

Las solicitudes presentadas en cada trimestre natural surtirán efectos a partir del primer mes del trimestre natural posterior.”

Para facilitar la solicitud del plazo de ingreso trimestral se ha creado por la Tesorería General de la Seguridad Social un nuevo servicio en el Sistema RED, denominado “Solicitud de cambio de plazo de ingreso de cuotas de artistas”, a través del que se podrá, respecto de un trabajador que se encuentre en situación de alta en el RETA realizando una actividad de artista y con base de cotización reducida, solicitar el cambio del plazo de ingreso de las cuotas para el próximo trimestre.

A través de este servicio podrá realizar las siguientes actuaciones:

- Solicitar el cambio del plazo de ingreso de cuotas que tenga actualmente, pasándolo de pago mensual a trimestral o viceversa, y
- Anular una solicitud que hubiera realizado anteriormente, sin que hubiese llevado a surtir efectos.

— SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DE HOGAR. NUEVO SERVICIO DE CONSULTA DE ADEUDOS EMITIDOS

Con relación al Sistema Especial para Empleados de Hogar se ha implantado por la Tesorería General de la Seguridad Social, en la Oficina Virtual del Sistema RED, en el apartado Cotización, un nuevo servicio de “Consulta adeudos emitidos SEEH”, a través del cual se permite consultar, a partir del día 26 de cada mes, el importe que se cargará en la cuenta bancaria del sujeto responsable al final de dicho mes, así como los importes que se emitieron respecto de meses anteriores. El manual de usuario de este servicio se encuentra disponible en el siguiente enlace: Seguridad Social: Información Útil (seg-social.es).

— APLAZAMIENTOS ESPECIALES A INTERÉS REDUCIDO. ARTÍCULO 19 DEL REAL DECRETO-LEY 4/2023

El artículo 19 del Real Decreto-ley 4/2023, por el que se adoptaron medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento de las condiciones del sector

primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas, así como de promoción del uso del transporte público colectivo terrestre por parte de los jóvenes y prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas, estableció en su artículo 19, para el aplazamiento en el ingreso de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, lo siguiente:

- 1) Procedimiento de presentación de las solicitudes por el autorizado RED. El autorizado RED estará habilitado para la presentación de las solicitudes de aplazamiento como representante de persona jurídica o de persona física, utilizando exclusivamente el formulario del Registro Electrónico de la SEDE Electrónica de la Seguridad Social (servicio de aplazamiento en el pago de deudas de la Seguridad Social).
- 2) Plazos de presentación de las solicitudes y periodos aplazables. La solicitud deberá presentarse en los siguientes plazos:
 - a) Entre el 1 y el 10 de julio: En el caso de las empresas: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al período de liquidación de junio 2023. o En el caso de trabajadores cuenta propia agrarios: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al periodo de liquidación de julio 2023.
 - b) Entre el 1 y el 10 de agosto: En el caso de las empresas: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al período de liquidación de julio 2023. o En el caso de trabajadores cuenta propia agrarios: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al periodo de liquidación de agosto 2023.
 - c) Entre el 1 y el 10 de septiembre: En el caso de las empresas: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al período de liquidación de agosto 2023. o En el caso de trabajadores cuenta propia agrarios: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al periodo de liquidación de septiembre 2023.
 - d) Entre el 1 y el 10 de octubre: En el caso de las empresas: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al período de liquidación de septiembre 2023. o En el caso de trabajadores cuenta propia agrarios: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al periodo de liquidación de octubre 2023.

— ENTRADA EN VIGOR DEL RDL 1/2023. INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN LABORAL

Con motivo de la entrada en vigor, el 1 de septiembre de 2023, del RD-Ley 1/2023, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, están disponibles en CASIA los nuevos trámites destinados a aportar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos necesarios para el acceso y mantenimiento de las bonificaciones de cuotas reguladas en la citada disposición legal.

— NUEVA VERSIÓN SILTRA²

Desde el pasado 31 de agosto de 2023 se publica la nueva versión de SILTRA 3.4.0. Se recuerda por la Tesorería General de la Seguridad Social que la última versión de SILTRA disponible

² SILTRA es la aplicación de escritorio en multiplataforma desarrollada en JAVA dispuesta por la Tesorería General de la Seguridad Social, que permite el intercambio de ficheros de cotización, de afiliación y del INSS entre el usuario y la TGSS mediante certificado SILCON, en el entorno del Sistema de Liquidación Directa.

es la versión 3.3.1., y para aquellos usuarios que estén actualizados a una versión 3.1.4. o posterior, la descarga será automática. Aquellos con una versión anterior deberán actualizar a la nueva versión de forma manual.

— PRACTICAS FORMATIVAS O ACADÉMICAS EXTERNAS NO REMUNERADAS, TRAMITACIÓN A TRAVÉS DEL SISTEMA RED

De conformidad con lo establecido en la Orden ESS/484/2013, por la que se regula el Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (Sistema RED), las altas, las bajas, la comunicación de los días efectivos de prácticas, o días previstos de prácticas -en el caso de situaciones de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural-, y la información sobre la no realización de prácticas formativas en un determinado mes, se deben comunicar a través del Sistema RED.

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

Las
Laborum

El Real Decreto-Ley 4/2023 o la visibilidad normativa del estrés térmico laboral

Royal Decree-Law 4/2023 or the regulatory visibility of heat stress at work

MANUEL GÁMEZ OREA *Doctor en Derecho, inspector de Trabajo y Seguridad Social*

Cita Sugerida: GÁMEZ OREA, M.: «El Real Decreto-Ley 4/2023 o la visibilidad normativa del estrés térmico laboral». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 36 (2023): 235-252.

Resumen

El estrés térmico es la carga neta de calor a la que los trabajadores están expuestos por las condiciones ambientales (temperatura de focos próximos, humedad, y velocidad y temperatura del aire), esfuerzo físico y tipo de ropa de trabajo. La sobrecarga térmica es la consecuencia del estrés térmico y se manifiesta en los cambios producidos en la temperatura corporal, frecuencia cardíaca y tasa de sudoración. El fenómeno del cambio climático y el aumento de las temperaturas han provocado en los últimos años un incremento de los accidentes de trabajo por sobrecarga térmica, en algunos casos mortales y principalmente en trabajos al aire libre. La modificación legislativa del Real Decreto-Ley 4/2023, dirigida exclusivamente a los trabajos al aire libre y a recintos que no puedan quedar cerrados, puede influir para que el riesgo se perciba mejor en cualquier lugar de trabajo. El objeto de este estudio es triple. En primer lugar, analizamos las deficiencias y los motivos del relativo fracaso de la regulación precedente, que en gran parte coexiste con la nueva norma. Seguidamente, y ciñéndonos al riesgo por altas temperaturas, analizamos las novedades aportadas por dicha norma, que modifica el Real Decreto 486/1997, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo. Finalmente, aportamos algunas consideraciones sobre el deber de evaluar el riesgo de estrés térmico, de vital importancia en un contexto marcado por el calentamiento global.

Abstract

Heat stress is the net heat load to which workers are exposed due to environmental conditions (temperature of nearby sources, humidity, and air speed and temperature), physical exertion and type of work clothes. Thermal overload is the consequence of thermal stress and is manifested in changes in body temperature, heart rate and sweating rate. In recent years, the phenomenon of climate change and rising temperatures have led to an increase in work accidents due to thermal overload, in some cases fatal and mainly in outdoor work. The legislative modification of Royal Decree-Law 4/2023, aimed exclusively at outdoor work and enclosures that cannot be closed, can have influence so that the risk is better perceived in any workplace. The purpose of this study is threefold. First, we analyse the shortcomings and the reasons for the relative failure of the previous regulation, which largely coexists with the new standard. Next, and sticking to the risk of high temperatures, we analyse the novelties provided by this standard, which modifies Royal Decree 486/1997, which establishes the minimum safety and health provisions in the workplace. Finally, we provide some considerations on the duty to assess the risk of thermal stress, of vital importance in a context marked by global warming.

Palabras clave

estrés térmico; condiciones ambientales de trabajo; lugares de trabajo al aire libre; nueva regulación

Keywords

heat stress; environmental working conditions; outdoor workplaces; new regulation

Al profesor José Vida Soria y a Manuel García Piqueras, doctor en Derecho e inspector de Trabajo y Seguridad Social, maestros desde su Granada, in memoriam.

Porque no es al ir por la calle, o al hablar con alguien, cuando observamos y pensamos, sino más bien luego, al recordarlo... (Luis Landero, El huerto de Emerson).

1. EL TRATAMIENTO DE UN RIESGO JURÍDICAMENTE OCULTO

Porque viene muy a propósito de este comentario me permito una alusión personal. Y es que, como el coronel Aureliano Buendía ante el pelotón de fusilamiento, si bien en una situación menos literaria pero casi igual de comprometida, muchos años después, cuando comienzo a redactar este trabajo, recuerdo el viernes del mes de agosto de 1975 en el que estuve a minutos o a poco más de perder la vida por un golpe de calor. Afortunadamente no pasé de la fase anterior de agotamiento y deshidratación, manifestada en debilidad y cansancio.

Por descontado que ni los dos familiares que me acompañaban -uno casi de mi edad, 19 años entonces, y el que dirigía el trabajo, en la treintena-, ni tampoco yo teníamos la más remota idea de lo que estaba ocurriendo, ni habíamos oído hablar nunca de lo que fuera un golpe de calor. La situación crítica se produjo el quinto día de trabajo. Consistía este en regar con el agua proporcionada por un camión cisterna, conducido por el familiar de más edad, una plantación de olivas jóvenes, estacas. Quienes conozcan Jaén, provincia en la que ocurrieron los hechos, sabrán seguramente que, para los jienenses, como para los marineros la mar, el olivo siempre es la oliva.

Pues bien, el lunes de esa semana comenzaron los trabajos -trabajo efectivo- a las cuatro de la mañana, después de levantarnos a las tres para desplazarnos hasta la finca. La cisterna se llenaba en el río mediante una motobomba. Terminada esta operación el camión circulaba entre las hileras de estacas. Detrás del vehículo los dos ayudantes del conductor, a izquierda y derecha, manejábamos cada uno una manguera de caucho con refuerzo de hilos de acero, de 5 m de longitud (peso aproximado 3 kg/m), con la que regábamos las pozas de nuestro lado. A las nueve y media hacíamos una pausa para el desayuno y a las diez reanudábamos la labor hasta aproximadamente la una y media de la tarde. Cada vez que se vaciaba la cisterna -creo recordar, cuatro o cinco veces durante la jornada- volvíamos al río para llenarla, minutos que aprovechábamos para el descanso. De este modo discurrió el trabajo durante los días siguientes.

Hay que decir que hasta la pausa del desayuno el trabajo era soportable y que a partir de entonces cada vez lo era menos, a pesar de que podíamos estar refrescándonos con el agua de las mangueras, en la medida que esas duchas de agua más que templada podían servir de alivio durante el mes de agosto en el valle del Guadalquivir. El quinto día, el viernes, a partir de las once de la mañana comencé a notar los efectos de lo que años más tarde identifiqué con los síntomas de una grave sobrecarga térmica: mucha sudoración -después menos-, piel enrojecida, dolor de cabeza y un caminar cada vez más dificultoso y torpe, tambaleante. Sobre las doce le dije al conductor, un hermano de mi padre, que no podía continuar, que lo dejaba. Me insistió algo -no mucho- para que siguiéramos un poco más, pero decidí no hacerlo. Esa determinación probablemente me salvó la vida. Cualquier especialista en la materia, no es preciso que sea profesional de la medicina, sabe que desde ese estado faltarían probablemente minutos para que se produjera el fallo multiorgánico en el que consiste el golpe de calor.

Las condiciones más desfavorables estaban creadas: altas temperaturas -próximas a 40º-, fuente radiante de calor por exposición directa al sol, aire caliente (efecto convección), el esfuerzo físico de la carga de la manguera -generador de más calor-, escasa o nula adaptación previa y falta de entrenamiento para estas tareas físicas intensas.

En la literatura prevencionista el riesgo de golpe por calor ha sido conocido y estudiado desde hace mucho tiempo. Por no remontarnos más atrás entre 1991 y 1993 el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) elaboró varias Notas Técnicas que trataron algunos de sus aspectos (Notas 279, 322 y 350, ambiente térmico y deshidratación, valoración mediante el

índice WBGT o sobre el índice de sudoración requerida). Todavía recordamos un curso de Higiene Industrial, organizado por la antigua Jefatura Central de la Inspección de Trabajo en 1980, al que tuvimos la oportunidad de asistir, y en el que el ponente, especialista del Instituto, explicó y se detuvo en el análisis del riesgo de estrés térmico, que, conviene recordar, aunque en los planes de los másteres oficiales o en los manuales de prevención se estudia dentro de la especialidad de Higiene Industrial por tener su origen fundamental en agentes físicos -calor, humedad, etc.-, en sus consecuencias se manifiesta principal o exclusivamente en una lesión súbita, esto es, en un accidente de trabajo y no en una enfermedad profesional.

El Derecho positivo no se ha ocupado directa o explícitamente del riesgo. La antigua ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (Orden 9-3-1971, OGSHT) dedicaba un artículo, el 30, a las condiciones de ventilación, temperatura y humedad en los locales y sus anexos. Se fijaban unos límites, siempre que el procedimiento de fabricación lo permitiera, de 17 a 22° centígrados para trabajos sedentarios (17 a 27° en R.D. 486/1997, RDLT). De 15 a 18° para los ordinarios (14 a 25° RDLT) y de 12° a 15° para los de acusado esfuerzo muscular (no hay previsión específica en RDLT). Se preveía también la limitación de permanencia en locales cerrados con extremado frío o calor. Y para los trabajos al aire libre la única estipulación era la del art. 44, construcción de locales cerrados cuando en la actividad se ocupara a 20 trabajadores o más durante al menos 15 días.

En el inmediato precedente de la OGSHT sí se hace más patente la preocupación por el riesgo de temperaturas extremas en locales semiabiertos o en los trabajos a la intemperie, y se alude con precisión a los factores que contribuyen al adecuado ambiente térmico laboral. Así, el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (Orden 31-1-1940), derogado por la OGSHT, establecía (art. 15): *En los locales de trabajo semiabiertos, tales como cobertizos, hangares, etc., se procurará suavizar en lo posible las temperaturas extremas, protegiendo a los obreros contra la acción del sol, las corrientes de aire, etc., y proporcionándoles en su caso equipos adecuados. En los trabajos a cielo abierto se procurará, igualmente, hacer más llevaderos los rigores del tiempo, mediante las medidas y dispositivos más indicados en cada caso.* Y el art. 13 remite a las variables de temperatura, grado de humedad y fuentes de calor en los locales cerrados para mantenerlos *en límites tales que no resulte desagradable o perjudicial para la salud.*

Se contaba por los primeros especialistas del INSHT que las temperaturas de la OGSHT proceden de la traducción literal de un texto francés, en el que el sintagma *température réel* (temperatura real) no equivaldría a la temperatura seca, del aire, que fue la trasladada al texto español. Desde este punto de vista parece más consciente del riesgo de estrés térmico el legislador de 1940 que el de 1971. Sorprende, no obstante, que durante su vigencia un cartel publicitario del Instituto Nacional de Medicina y Seguridad en el Trabajo recomendara *No bebas cuando estás sudando*¹. Desde luego, no es el de deshidratación el riesgo que se pretendía evitar y que más pronto remedio necesita en esos casos.

Lo mismo ocurría con alguna norma sectorial, como la Ordenanza de la Construcción, Vidrio y Cerámica (Orden 28-8-1970), que siendo de las pocas que dedicaban una parte no pequeña de su contenido a la regulación de condiciones materiales, no contenía previsión alguna sobre los trabajos al aire libre. Sólo en descampados, para obligar a construir barracones y cobertizos (art. 337), aunque sí disponía el deber de facilitar agua potable (art. 336).

¹ VV.AA.: *Historia de la prevención de riesgos laborales*, INSHT, 2007. El cartel publicitario con las imágenes de un botijo y de un trabajador sudoroso aparece editado en 1970. Se recoge, junto con otros muchos en materia de prevención y de aseguramiento de riesgos, en esta obra colectiva (pág. 213). En ella también puede consultarse el trabajo del profesor M.C. Palomeque López sobre la legislación en la materia del periodo franquista hasta la aprobación de la OGSHT, en el que se comenta la creación del Instituto de Medicina y Seguridad en el Trabajo en 1944. Como ocurrió en el tratamiento publicitario de la seguridad e higiene en el trabajo hasta bien entrado el siglo XXI e incluso hoy día, el interpelado por los mensajes siempre suele ser el trabajador, el empresario permanece invisible, a pesar de que es el titular de la organización y del poder directivo (arts. 1, 5 y 20 LET).

En cambio, en la Ordenanza de Trabajo en el Campo (Orden 1-7-1975), sí aparece implícita una preocupación por el riesgo que comentamos a la hora de regular la jornada, porque la efectiva de trabajo será de siete horas en las faenas de siega a mano y en aquellos trabajos que, por el extraordinario esfuerzo físico que se despliegue para su realización, se señalen por las respectivas Delegaciones de Trabajo, previo informe de las Cámaras Sindicales Oficiales Agrarias afectadas. Igualmente, la jornada efectiva será de siete horas en los meses de mayor rigor climatológico que en las provincias afectadas se señale por las Delegaciones Agrarias (art. 60). En las faenas que hayan de realizarse teniendo el trabajador los pies en agua o fango y en las de cava abierta, entendiéndose por tal las que se hagan en terrenos que no estén previamente alzados, la jornada efectiva será de seis horas. Esta previsión, a la que se añadió el límite semanal de treinta y seis semanales, se repitió después en el vigente R.D. 1561/1995, de jornadas especiales de trabajo.

Desconocemos el alcance real de estas previsiones. Se nos antoja que no mucho, aunque solo fuera porque a la fecha de publicación de la norma de 1975 la labor de cava abierta y, desde luego, la de siega a mano, por efectos de la mecanización, habían casi totalmente desaparecido, y lo más seguro limitadas acaso a pequeñas explotaciones sin empleo de mano de obra dependiente.

Los convenios colectivos del sector de la construcción desde hace varios años prevén un régimen de jornada continua en uno de los meses de verano. Así, en la provincia de Almería, para el año 2023, de 8 a 15 horas, con algún matiz, entre el 31 de julio y el 1 de septiembre (Calendario laboral de 2023, Acuerdo de la Comisión Negociadora, BOP 28 de marzo), que no necesariamente ha de coincidir con el periodo o periodos de temperaturas más altas, actualmente de mayor duración. Esta estipulación desarrolla lo previsto en el art. 67.6 del VI Convenio General, que tiene “en cuenta las diferentes condiciones climatológicas que inciden sobre las diversas ubicaciones de los centros de trabajo” (modificación publicada en BOE 5/11/2019).

Finalmente, para no hacer más extenso este apartado, con carácter general el Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, dedicó los arts. 28 a 31 a regular las limitaciones de los tiempos de exposición al riesgo, que sujetaba a la concurrencia de dos factores:

- a) La existencia de circunstancias excepcionales de penosidad, peligrosidad, insalubridad o toxicidad que supusieran un riesgo especial para la salud de los trabajadores, sin que exista inobservancia de la normativa aplicable, ni por tanto sea procedente la paralización de actividades en los términos del artículo 19 del Estatuto de los Trabajadores.
- b) Imposibilidad de reducir la incidencia de las circunstancias consignadas, aun empleando los adecuados medios de protección o prevención.

En su día se vio en ella un mecanismo para limitar la proliferación de pluses económicos de peligrosidad, penosidad y toxicidad, mediante los que -se decía- se sacrificaba el derecho a unas condiciones de trabajo seguras a cambio de una compensación económica. De hecho, el art. 31 preveía que en los supuestos en que se viniesen percibiendo compensaciones económicas por trabajos tóxicos, penosos, peligrosos o insalubres se podría pactar su sustitución por reducciones de jornada o del tiempo de exposición al riesgo. No es este, sin embargo, el aspecto que ahora más nos interesa.

A pesar de las dificultades de interpretación que plantea el precepto, que seguramente no se redactaría del mismo modo una vez entrada en vigor la Ley 31/1995 (LPRL) y el modelo de seguridad integral que recoge, cuadra perfectamente para afrontar los problemas planteados por el riesgo de estrés térmico. En efecto, la norma parte del presupuesto de que se está aplicando la jornada ordinaria vigente en la empresa. En la hipótesis más común 40 horas semanales. Más difícil de entender es el requisito “sin que exista inobservancia de la normativa aplicable”. Se refiere probablemente a que no existe ninguna norma legal, reglamentaria o convencional que estableciera la reducción, porque al menos

habría un quebrantamiento entonces del deber general de protección junto al de respeto al principio de juridicidad. Ese deber es inherente al contrato de trabajo y al deber de buena fe contractual, que no permitiría un ejercicio antisocial del poder directivo empresarial. Deriva en cuanto al bien jurídico protegido en este caso del derecho del trabajador a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene (art. 4.2, *d*, Ley del Estatuto de los Trabajadores-1980) y de la obligación general del empresario prevista entonces en el art. 7.2 OGSHT². Con aquel requisito el legislador podría tener en mente también aquellas situaciones en las que el riesgo no queda neutralizado incluso cuando existiera un precepto que precisara en detalle el deber empresarial que el empleador respeta.

Este supuesto fue durante muchos años predicable de los valores límites ambientales fijados para algunos agentes químicos, particularmente cancerígenos, en el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (Anexo I), muy superiores a los que la comunidad técnica fue estableciendo a raíz de los nuevos avances y conocimientos que en el transcurso de los años se iban adquiriendo. De hecho, el INSHT venía aplicando desde el punto de vista preventivo los valores límite de la norteamericana American Conference of Governmental Industrial Hygienists y no los del Reglamento español, que a la luz del principio de legalidad sancionadora era el exigible, aunque no desde la perspectiva de la legalidad preventiva, como principio de juridicidad, ni de la imprescindible tutela de la integridad física y salud del trabajador. De hecho, los nuevos valores límite ambientales del INSHT adquirieron carácter de norma estatal y no fueron exigibles desde el primero de los puntos de vista hasta la entrada en vigor del Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo, por la remisión efectuada en su artículo 3³. Lo que jurídicamente no impedía su utilización como título para fundamentar una orden de paralización de trabajos (art. 44 LPRL) o, incluso, para requerir antes de esta medida el ajuste de los niveles de exposición a los VLA-ED o VLA-EC inferiores a los reglamentarios propuestos por aquella comunidad.

El segundo de los factores requería que no hubiera otros medios. Así, equipos de protección individual, medidas colectivas (toldos u otras barreras, ventilación, refrigeración, etc.) que evitaran el riesgo de la sobrecarga térmica y, por tanto, fuera preciso limitar o reducir el tiempo de exposición.

Nuestra experiencia profesional nos dice que no tuvo que ser mucha la aplicación del precepto en general y tampoco la referida al riesgo que comentamos. En el primer caso porque en buena medida se siguió optando, como hasta la actualidad, por complementos retributivos. Por lo que toca al estrés térmico sí tuvimos conocimiento de la paralización de trabajos acordada por el comité de empresa de un vivero de plantas ornamentales situado en la vega de Almería, a principios de un verano de mediados de los años 80 del pasado siglo, después de que varias trabajadoras experimentaran dolores de cabeza y algún desmayo trabajando en una explotación bajo plástico. Ante la negativa de la dirección de la empresa a tomar precauciones los representantes de los trabajadores acordaron la paralización de la actividad por apreciar la inminencia del riesgo (art. 19.5 LET-1980) y lo comunicaron a la empresa y a la autoridad laboral. Como respuesta la empresa decidió el despido disciplinario de todos los miembros del comité de empresa, que fue declarado judicialmente procedente por la Magistratura de Trabajo en un fallo en el que el comportamiento del comité se identificó con un incumplimiento del deber de obediencia, y en el que en su día echamos en falta un análisis del derecho a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene del art. 4.2, *d*) LET-1980. De hecho, el estudio higiénico realizado por el órgano técnico de la Junta de Andalucía en base al índice WBGT puso de

² La de “Adoptar cuantas medidas fueren necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la Empresa”.

³ Cuestión distinta es la de algunos contaminantes cuyos límites de concentración habían sido actualizados con anterioridad, como el del amianto (Orden 31-10-1984), el plomo metálico y sus compuestos (Orden 9-4-1986) o el cloruro de vinilo monómero (Orden 9-4-1986).

manifiesto que las condiciones existentes en el centro de trabajo requerían, aparte de otras medidas preventivas, garantizar un descanso mínimo de diez minutos dentro de cada hora de trabajo⁴.

Esta regulación fue sustituida por la del art. 23 de la nueva disposición reglamentaria sobre jornadas especiales, el vigente R.D. 1561/1995, que para trabajos expuestos a riesgos ambientales, prevé un régimen de limitación de tiempos de exposición al riesgo, “en aquellos casos en que, pese a la observancia de la normativa legal aplicable, la realización de la jornada ordinaria de trabajo entrañe un riesgo especial para la salud de los trabajadores debido a la existencia de circunstancias excepcionales de penosidad, peligrosidad, insalubridad o toxicidad, sin que resulte posible la eliminación o reducción del riesgo mediante la adopción de otras medidas de protección o prevención adecuadas”. El establecimiento de estas limitaciones, sin perjuicio de lo que establezcan los convenios colectivos, se atribuye a los representantes de los trabajadores y de la empresa. En caso de desacuerdo resuelve la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y, en su caso, el asesoramiento de los organismos técnicos en materia de prevención de riesgos laborales. La limitación o reducción del tiempo de trabajo queda circunscrita a puestos de trabajo concretos, por el tiempo de la causa motivadora, y sin reducción del salario.

La disposición fija un régimen similar al de la norma de 1983, aunque acertadamente ha omitido la expresión “ni por tanto sea procedente la paralización de actividades en los términos del artículo 19 del Estatuto de los Trabajadores”, vinculada “a la observancia de la normativa aplicable”, porque como hemos razonado ese cumplimiento formal en ocasiones no se corresponde con el cumplimiento material del deber general de protección (art. 14.1 LPRL). Basta con imaginar una evaluación deficiente de un riesgo o un cambio de las condiciones reales o personales de trabajo -conducta del trabajador- que constituyan el presupuesto habilitante -riesgo grave e inminente- que justifica la paralización (art. 19.5 LET). Para que la autoridad laboral puede decidir en ese trámite la paralización de trabajos bastará con la estimación del riesgo grave de accidente.

Esta norma, que tuvo como referencia genérica las prescripciones de la derogada después Directiva 93/104/CE, hasta lo que conocemos tampoco ha tenido una aplicación muy extensa. Y la que haya tenido ha debido de canalizarse por la vía de la negociación colectiva. Publicada unas semanas antes de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales (LPRL), su campo de aplicación natural desde entonces quedaría más limitado aún. Desde el deber general de seguridad del art. 14 de esta ley resulta insoslayable de entrada la facilitación de unas condiciones de trabajo seguras. A partir de ahí habría que justificar aquellas circunstancias excepcionales de penosidad, peligrosidad, insalubridad y toxicidad, que hoy día resultan más difícil de imaginar en atención a los grandes avances en cuanto a equipos y máquinas usados en el trabajo, con positivas repercusiones en las distintas esferas de la prevención, principalmente las de seguridad, ergonomía e higiene en el trabajo.

Habría que pensar en trabajos excepcionalmente penosos. Por ejemplo, marcadamente sucios o desagradables (olores), por el lugar de su ejecución (determinados espacios confinados) o por el tipo de equipos que hayan de utilizarse (acceso y posicionamiento mediante cuerdas, uso de determinados EPI), que hagan especialmente dificultosa la actividad laboral. Así en zonas de montaña, territorios y horas de bajas temperaturas, en los que el frío hace perder la destreza. La medida de reducción con carácter general estaría más justificada en trabajos insalubres o con exposición a determinados agentes físicos o químicos, por la relación dosis/tiempo de exposición y respuesta lesiva -caso del estrés térmico-, que en otro tipo de trabajos peligrosos.

⁴ Este índice analiza y valora la temperatura húmeda natural, la temperatura de globo y la temperatura del aire (seca) y su influencia con la temperatura corporal interna y otras respuestas fisiológicas del calor. Desgraciadamente, dado el tiempo transcurrido, no disponemos de copia del pronunciamiento judicial ni la carencia de otros datos permite su búsqueda en ninguna colección, suponiendo que haya formado parte de alguna. Por otra parte, nuestra gestión para obtenerla por medio del TSJ de Andalucía, dados los escasos datos de identificación que hemos podido facilitar, ha resultado infructuosa.

No obstante, insistimos, la operatividad nos parece reducida, particularmente en lo que a la intervención de los órganos administrativos se refiere, porque sospechamos no sin fundamento que es en el ámbito interno de la empresa donde principalmente se logran acuerdos ante estas situaciones, en las que por lo que conocemos van más en la dirección de la compensación económica que en la de la limitación del tiempo de trabajo. Pero, sobre todo, porque, como veremos seguidamente, después de la publicación de la LPRL y del nuevo marco normativo y de gestión, la eventual reducción de la jornada como medida preventiva ha pasado al ámbito de la política preventiva, abandonando el genérico laboral de ordenación del tiempo de trabajo.

2. LA REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL RIESGO DE ESTRÉS TÉRMICO

Cuando redactamos este trabajo, en el verano de 2023, los medios de comunicación han dado cuenta de la muerte de dos trabajadores por golpe de calor cuando realizaban trabajos agrícolas. Uno en la provincia de Sevilla y el segundo en la de Ciudad Real, en un intervalo de 24 horas, entre el domingo 25 y el lunes 26 de junio, cuando la AEMET había activado el aviso naranja en Andalucía, Madrid, Castilla La Mancha y las Islas Canarias⁵. Según las informaciones de estos medios el primero de los fallecidos era un trabajador autónomo mientras que el segundo lo era por cuenta ajena, ocurriendo el suceso cuando trabajaba en torno a las tres de la tarde.

A situaciones como estas ha salido al frente la modificación llevada a cabo en el RDLT por el RDL 4/2023, que en su Disposición final primera añade a esa disposición reglamentaria una Disposición adicional única, de este rango infralegal, sobre condiciones ambientales en el trabajo al aire libre, con el siguiente contenido:

1. Cuando se desarrollen trabajos al aire libre y en los lugares de trabajo que, por la actividad desarrollada, no puedan quedar cerrados, deberán tomarse medidas adecuadas para la protección de las personas trabajadoras frente a cualquier riesgo relacionado con fenómenos meteorológicos adversos, incluyendo temperaturas extremas.

2. Las medidas a las que se refiere el apartado anterior derivarán de la evaluación de riesgos laborales, que tomará en consideración, además de los fenómenos mencionados, las características de la tarea que se desarrolle y las características personales o el estado biológico conocido de la persona trabajadora. En aplicación de lo previsto en esta disposición y en el artículo 23 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, las medidas preventivas incluirán la prohibición de desarrollar determinadas tareas durante las horas del día en las que concurren fenómenos meteorológicos adversos, en aquellos casos en que no pueda garantizarse de otro modo la debida protección de la persona trabajadora.

3. En el supuesto en el que se emita por la Agencia Estatal de Meteorología o, en su caso, el órgano autonómico correspondiente en el caso de las comunidades autónomas que cuenten con dicho servicio, un aviso de fenómenos meteorológicos adversos de nivel naranja o rojo, y las medidas preventivas anteriores no garanticen la protección de las personas trabajadoras, resultará obligatoria la adaptación de las condiciones de trabajo, incluida la reducción o modificación de las horas de desarrollo de la jornada prevista.

4. Esta disposición adicional será de aplicación a todos los lugares de trabajo, incluidos los del artículo 1.2».

La intervención del RDL se justifica en sus Antecedentes tanto por el aumento general de las temperaturas derivado del cambio climático como en el exceso de más de 4.800 muertes a nivel

⁵ <https://www.europapress.es/andalucia/sevilla-00357/noticia-salud-confirma-muerte-varon-golpe-calor-aznalcollar-sevilla-20230626190959.html>. <https://elpais.com/espana/2023-06-27/muere-un-agricultor-en-ciudad-real-por-un-golpe-de-calor.html>. <https://www.rtve.es/noticias/20230627/muere-agricultor-ciudad-real-golpe-calor/2450585.shtml>.

nacional atribuibles en 2022 a la temperatura, lo que justifica la urgencia de actuar frente a estas circunstancias, en especial en el ámbito laboral, en el que la exposición a fenómenos meteorológicos adversos puede resultar ineludible, como en determinados trabajos al aire libre.

Dentro de estos revisten especial gravedad las condiciones en trabajos agrícolas, de la construcción, instalaciones recreativas acuáticas, servicio de cocina-bar en estas instalaciones, limpieza viaria o montaje de instalaciones eléctricas o de telecomunicaciones, en los que en los últimos años se repiten -principalmente, los dos primeros sectores- los episodios relacionados con el estrés térmico, muchas veces con resultado de muerte por golpe de calor.

La primera cuestión que planteamos es si esta nueva regulación añade algún deber al empresario o medida preventiva frente al principal riesgo que se trata de evitar, el de estrés térmico, causante de la sobrecarga térmica, que es la respuesta fisiológica del cuerpo a ese estrés y corresponde al coste que le supone al cuerpo humano el ajuste necesario para mantener la temperatura interna en el rango adecuado⁶. Y la respuesta no puede ser sino negativa, puesto que los deberes de evaluación de riesgos y de la consiguiente planificación de medidas que derive de aquel análisis son de los básicos y principales de la LPRL (art. 16.2), presupuestos ineludibles para el cumplimiento de muchos de los demás instrumentales (selección de equipos de trabajo, de EPI, etc.), puesto que sin un correcto plan de prevención no es posible el acierto en la elección e implantación de las medidas preventivas.

Esos deberes vienen desarrollados en los arts. 3 y ss. del Reglamento de los Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997, RSP), en los que se precisan los métodos o criterios de evaluación que pueden utilizarse, entre los que podemos incluir para el riesgo que estudiamos el ya citado índice WBGT para la valoración del riesgo por calor y, cuando ese índice es superior a los límites establecidos, el de Sobrecarga Térmica, que permite identificar y priorizar las causas de la exposición, calcular el tiempo máximo de permanencia en esas condiciones y organizar el trabajo en etapas de forma que se puedan compensar periodos de actividad y de recuperación⁷.

A qué obedece entonces la nueva regulación. En nuestra opinión, sin duda, a precisar y hacer visible el riesgo de estrés térmico, que con las disposiciones hasta entonces vigentes estaba oculto, enmascarado o no suficientemente puesto de manifiesto, de modo que carecían de la eficacia precisa, sobre todo en los trabajos al aire libre, lugares a la intemperie en los que predominantemente se repiten año tras año los accidentes que pretenden evitarse.

En segundo lugar, a integrar en el ámbito de aplicación del RDLT, aunque solo a los efectos de ese riesgo, lugares de trabajo hasta entonces excluidos por su art. 1.2, principalmente, por la relevancia estadística de accidentes, las obras de construcción temporales o móviles y los campos de cultivo, bosques y otros terrenos que formen parte de una empresa o centro de trabajo agrícola o forestal pero situados fuera de la zona edificada. Sin olvidar los medios de transporte, las industrias de extracción (por ejemplo, una cantera) o los buques de pesca, para los que aquella exclusión se sustituía por la aplicación de la OGSHT (Disp. Derogatoria Única RDLT), el Real Decreto 1216/1997 y el Real Decreto 1389/1997, textos en los que las referencias a las variables ambientales que intervienen en el intercambio térmico son muy escasas o inexistentes, particularmente en los trabajos al aire libre⁸, y hacen pensar, como el resto de la legislación que venimos comentando, más en el la falta de confort

⁶ Nota Técnica de Prevención 922, INSHT, 2011.

⁷ Están desarrollados en varias normas UNE, y sobre ellos versan la NTP 922 y la NTP 923 del INSHT. UNE-EN ISO 7243: 2017 Ergonomía del ambiente térmico. Evaluación del estrés al calor utilizando el índice WBGT (temperatura de bulbo húmedo y de globo), que vino a sustituir a la UNE-EN 27243:1995. Ambientes calurosos. Estimación del estrés térmico del hombre en el trabajo basado en el índice WBGT. UNE-EN ISO 7933:2005. Ergonomía del ambiente térmico. Determinación analítica e interpretación del estrés térmico mediante el cálculo de la sobrecarga térmica estimada.

⁸ Real Decreto 1216/1997, Anexo I.7, sobre temperatura de los locales en los buques de pesca. Real Decreto 1389/1997, Anexo, Parte A, 7.2º, a): los lugares de trabajo exteriores estarán protegidos contra las inclemencias del tiempo. Parte A, 16, 7º, sobre temperatura de los locales.

térmico o simples molestias (baja concentración, incomodidad...) que en las condiciones térmicas severas que pueden provocar alteraciones significativas: calambres, agotamiento por deficiencia circulatoria, deshidratación, y golpe de calor, entre otras, por referirnos solo ahora a las generadas por ambientes de calor⁹.

En efecto, los factores de riesgo (temperatura, humedad, velocidad del aire, condiciones personales, etc.) en general no se identifican con las situaciones de estrés térmico y esas consecuencias severas. O cuando se relacionan no se asimilan a la situación actual de riesgo que está incidiendo ya sobre el estado de salud del trabajador, sino acaso con otra menos grave. Dicho de otro modo, no se perciben la inminencia o probabilidad del riesgo de accidente, solo las primeras molestias que crea.

Hay otro factor que influye en la invisibilidad del peligro que acecha, que no es otro que la lenta evolución del proceso que lleva desde el simple malestar al siniestro. Por lo que conocemos esta evolución suele durar poco tiempo, desde unas horas a pocos días. Desde luego el desencadenamiento no es instantáneo. Se llega a él mediante una acentuación de la sobrecarga térmica que suele confundirse con un estado ordinario de cansancio, quizás algo agravado, pero sin mayores consecuencias. Probablemente se piense que estamos ante la fatiga de un sobresfuerzo ocasional o de corta duración. Pero no es así en verdad porque la actividad que genera el golpe de calor se prolonga en el tiempo. No mucho a veces, pero sin duda requiere una duración mínima que lleve hasta la sobrecarga térmica peligrosa mediante un proceso acumulativo de cansancio al que conviene poner fin cuanto antes.

Junto a los anteriores contribuye al olvido del peligro el hecho de que en la mayoría de las ocasiones este riesgo aparece durante unas semanas del año -trabajos al aire libre en los meses de verano- y luego desaparece hasta la temporada siguiente.

Ocurre algo parecido con los riesgos que presentan los espacios confinados. Su regulación estatal comienza y termina con la definición del RSP (art. 22 bis.1, b, 4.º) y el requisito de la presencia de los recursos preventivos del mismo precepto en desarrollo del art. 32 bis LPRL, a pesar de que en ellos pueden presentarse casi todos los riesgos imaginables (biológicos, riesgo eléctrico, caídas de altura, de explosión, ergonómicos, etc.), incluido el de estrés térmico. Es cierto que en la definición se alude a que son recintos con aberturas limitadas de entrada y salida, con ventilación natural desfavorable, en los que pueden acumularse contaminantes tóxicos o inflamables y en los que puede haber una atmósfera deficiente en oxígeno. Pero, a la hora de la verdad, los numerosos accidentes que todavía ocurren en esos espacios nos hacen pensar que muchos de ellos no son reconocidos como tales. Nos referimos a silos, tolvas, cubas, túneles, alcantarillas, bodegas de barcos, reactores y a tantos otros lugares de trabajo que responden a las características de la definición reglamentaria. Ni suscitan el peligro de acceso incluso cuando podría pensarse que el riesgo se ha desencadenado, lo que da lugar a tareas de rescate poco meditadas que no hacen sino aumentar el número de las víctimas. Por ejemplo, en los casos de intoxicación por metano (CH₄) o, principalmente, sulfuro de hidrógeno (SH₂), gas este con un bajísimo valor límite ambiental (VLA-ED 5 ppm, 7 mg/m³; VLA-EC 10 ppm; 14 mg/m³, Límites de Exposición Profesional para Agentes Químicos en España, INSST, 2023).

El riesgo por sobrecarga térmica contrasta con otros muchos como los de caída a distinto nivel o el de contacto con las partes activas de una instalación eléctrica en los que es fácil la representación mental de la lesión, mientras que las consecuencias peligrosas del estrés térmico suelen permanecer ocultas. Entre otros motivos ya relatados, por el escueto tratamiento normativo del que hasta ahora hemos dispuesto, al que trata de poner fin la nueva regulación del RDL 4/2023 para los trabajos al aire libre o lugares de trabajo que no puedan quedar cerrados. Para este fin la nueva norma emite señales suficientemente elocuentes con alusiones a “fenómenos meteorológicos adversos” “temperaturas extremas”, “características personales” e , incluso, “prohibición de desarrollar determinadas tareas

⁹ VV.AA.: *Manual de Prevención de Riesgos Laborales*, Vol. I, IBERMUTUAMUR, 4ª ed., 2000, PyCh & Asociados, págs. 673-674.

durante las horas del día en las que concurren fenómenos meteorológicos adversos, en aquellos casos en que no pueda garantizarse de otro modo la debida protección de la persona trabajadora”.

Junto a estas llamadas de atención existe una de carácter genérico y preceptivo: la de tomar medidas cuando se desarrollen trabajos al aire libre y en los lugares de trabajo que por la actividad desarrollada no puedan quedar cerrados, siendo los de mayor riesgo aquellos en los que concurren las condiciones ambientales desfavorables con la existencia de equipos de trabajo que constituyen focos de calor, muchas veces en recintos de reducida superficie. Pensamos en los de cocinas-bares de instalaciones acuáticas, dotados de planchas, freidoras y frigoríficos, como ocurre también en muchos de los populares chiringuitos.

Para estas situaciones, el titular del centro está directamente interpelado para actuar. Razonablemente la norma no concreta qué medidas han de implantarse, porque dependerá de la evaluación de riesgos que obligatoriamente ha de llevarse a cabo en atención a esos fenómenos meteorológicos adversos, al tipo de tarea realizada y a las características personales o estado biológico conocido de la persona trabajadora, que son las tres variables sobradamente conocidas en la literatura especializada que influyen en el ambiente térmico. Esto es, las ambientales, el tipo de trabajo y las condiciones personales.

Como se recordaba en una ya antigua Nota Técnica de Prevención del INSHT, el riesgo de estrés térmico, para una persona expuesta a un ambiente caluroso, depende de la producción de calor de su organismo como resultado de su actividad física y de las características del ambiente que le rodea, que condiciona el intercambio de calor entre el ambiente y su cuerpo. Cuando el calor generado por el organismo no puede ser emitido al ambiente, se acumula en el interior del cuerpo y la temperatura de éste tiende a aumentar, pudiendo producirse daños irreversibles¹⁰. Finalmente, en cuanto a las condiciones personales influyen la capacidad circulatoria periférica de la sangre, la aclimatación al calor y la capacidad de sudar¹¹.

Queremos ahora llamar la atención sobre la segunda de las funciones fisiológicas, la de adaptación, porque en los dos casos que hemos conocido en nuestra actividad profesional en los últimos años los trabajadores afectados por el golpe de calor, afortunadamente sin resultado fatal, terminaban de incorporarse a sus puestos. Uno de ellos lo padeció el 20 de julio de 2022, algo después de las 16 horas, en una obra civil al aire libre, cuando hasta dos días antes había desempeñado su actividad profesional en el mismo sector de la construcción, aunque en el interior de locales.

El segundo, unos años antes, a finales de julio, el segundo día de trabajo en un invernadero dedicado al cultivo de tomates. Unos minutos antes de las dos de la tarde el accidentado se sintió indispuesto y salió hasta el aparcamiento de la instalación donde lo encontraron sin conocimiento otros compañeros de trabajo. Permaneció ingresado en cuidados intensivos tres días y presentaba después serias dificultades para expresarse y elaborar un discurso coherente. En los dos supuestos los trabajadores que concurrían realizando las tareas eran varios. En el segundo varias decenas, que conocían mejor el riesgo, bebían agua frecuentemente y sin duda se encontraban adaptados a la tarea, que a pesar de esa mejor condición personal por las condiciones de trabajo ofrecía un grave riesgo de ocasionar el golpe de calor.

Será la evaluación del riesgo la que determinará las medidas más apropiadas que han de planificarse y ejecutarse. Por ejemplo, realización de los trabajos más pesados en las horas de temperatura más benigna, instalación de zonas de sombra, descansos de unos minutos cada cierto tiempo, suministro cercano de agua para la frecuente hidratación, reducción de la jornada de trabajo de los trabajadores recién incorporados para ir aumentándola en los días siguientes, información sobre

¹⁰ Nota Técnica de Prevención 322: Valoración del riesgo de estrés térmico: índice WBGT. En la página web del INSST figura datada en un año no precisado de la última década del siglo pasado.

¹¹ VV.AA.: *Higiene Industrial*, Departamento de Prevención de FREMAP, 1992, pág. 373.

el riesgo y síntomas, etc. El RDL introduce una específica: la prohibición de desarrollar determinadas tareas en las horas del día en los que concurren los fenómenos meteorológicos adversos, en aquellos casos en los que no pueda garantizarse de otro modo la debida protección de la persona trabajadora.

Esta estipulación por el lenguaje preciso y prescriptivo empleado configura más un deber imperativo que alternativo. Supone un fuerte compromiso para la empresa o el evaluador, porque habrán de asegurarse muy bien de la eficacia de las medidas dispuestas para contrarrestar el efecto de desarrollar la actividad laboral en las horas más desfavorables desde el punto de vista del ambiente térmico. Nos hallamos con la más concreta de las llamadas de aviso o de alerta que el legislador reglamentario quiere dirigirles, invitando como regla general a que se evite el trabajo durante ese tiempo, en coherencia con dos de los elementales principios de acción preventiva del art. 15 LPRL: el de evitar los riesgos y combatirlos en origen. En otras palabras, muy necesario desde los intereses productivos ha de ser mantener la actividad laboral en esas horas de la jornada y muy seguros de los efectos protectores de las medidas arbitradas han de estar los responsables de la evaluación para elegir, frente al mandato general, continuar la actividad en las horas más gravosas en lugar de seguir la indicación del precepto en favor de la prohibición de aquellas tareas de riesgo cuando se presentan los fenómenos meteorológicos adversos.

La expresión en negativo “de los casos en los que no pueda garantizarse de otro modo la debida protección de la persona trabajadora” supone que las medidas alternativas a la limitación de la jornada en las horas de más rigor climático o el modo de ejecución de la tarea sí la otorgan, lo que exige un análisis solvente del riesgo al que queda expuesta de acuerdo con las reglas y procedimientos de los arts. 3 y ss. del RSP. De entrada, como de la evaluación se desprenderá la necesidad de adoptar medidas, habrán de ponerse de manifiesto, conforme al art. 3.1 de esa disposición, las situaciones en que sea necesario implantarlas para eliminar o reducir el riesgo. Pueden ser soluciones de prevención en el origen (cambio del lugar de trabajo), organizativas (así, alternándose trabajadores en la actividad), de protección colectiva (toldos o sombrillas como métodos barrera entre la fuente de riesgo y el trabajador), de protección individual (ropa transpirable en tonos claros, crema protectora), o de información y formación, a las que habrían de sumarse el control periódico de las condiciones, la organización, los métodos de trabajo y el estado de salud de los trabajadores. Volveremos sobre esta cuestión en el siguiente y último apartado de este trabajo.

La nueva disposición del RDLT relaciona esta propuesta con el art. 23 del R.D. 1561/1995, que antes hemos comentado, sobre limitación de los tiempos de exposición al riesgo, al estipular que se realiza en aplicación de los dos preceptos reglamentarios. En nuestra opinión y como admite la norma de 1995, esa limitación de los tiempos de exposición comprende tanto la limitación en sentido estricto -el trabajo en esas horas críticas sin afectar a la duración de la jornada-, como la reducción del riesgo, que equivaldría a la disminución de las horas debidas. Es decir, por esta referencia del RDLT al art. 23, y por la fuerza de los hechos que impone la realidad, cuando este precepto habla de “...la limitación o reducción de los tiempos de exposición...” (art. 23.1) está distinguiendo estas dos situaciones y, en consecuencia, la conjunción disyuntiva “o” denota esa diferencia, entre la simple adaptación o distribución del trabajo dentro de la jornada y, por otro lado, la reducción de las horas debidas por razones igualmente preventivas. En el art. 23.3, en cambio, la utilización de la misma conjunción hay que entender que denota equivalencia y no diferencia o separación entre los dos términos -ahora *limitación* equivale a *reducción*-, pero solo para permitir la coherencia del mandato que contiene sobre la garantía de indemnidad retributiva que establece en los casos de “limitación o reducción”, pues hemos dar por descontado que en los supuestos de simple limitación o adaptación del tiempo de trabajo no procede reducción retributiva alguna.

Dicho con otras palabras, la reducción del tiempo de trabajo puede tener una doble finalidad o causa específica: preventiva y protectora de la vida y la salud del trabajador y, a la vez, de acortamiento de la jornada ordinaria debida. Entonces es cuando cobra su sentido la garantía de indemnidad

retributiva. No cuando el objetivo es solo el primero y a la disminución más o menos prolongada del tiempo de trabajo por razones de seguridad y salud acompaña un aumento compensatorio de la jornada en otros momentos o periodos, porque en este caso ni se plantea el problema de reducir la retribución que corresponde a la jornada ordinaria. Si acaso, si procede conforme a lo pactado, el de aumentarla para compensar las condiciones más gravosas soportadas.

La mención de este precepto del R.D. 1561/1995 creemos que persigue dar entrada a la negociación colectiva, tanto a la formalizada de los convenios colectivos como, sobre todo, a la más informal desarrollada en el interior de la empresa. El margen de autonomía para decidir tiene como límite el deber general de seguridad al que está sujeto el empresario y el derecho de los trabajadores a la protección eficaz en materia de seguridad y salud (art. 14.1 LPRL). Deber indisponible, en cuanto impuesto por una norma de orden público (en relación con el art. 6.3 C. Civil), y derecho que es irrenunciable por venir igualmente reconocido en normas de derecho necesario (arts. 14.1 LPRL, 3.5 y 4.2, *d*, LET). Por tanto, un eventual acuerdo del empleador con los representantes legales de los trabajadores para rebajar los umbrales de protección debida, en ningún caso puede servir de causa de justificación o de exculpación del incumplimiento del deber de protección. Por ejemplo, para no excluir el trabajo en las horas del día más desfavorables desde el punto de vista de las condiciones térmicas.

Una muestra práctica la encontramos en nuestra actividad profesional en relación con la llamada jornada de verano o continua del sector de la construcción, que como hemos expuesto en la provincia de Almería este año, como los precedentes, se limita al mes de agosto con ligeras variaciones de días en función del calendario de fines de semana y días laborables, cuando el riesgo está presente en gran parte del territorio nacional desde julio e, incluso, antes. Así, en 2022, a partir del 25 de julio (BOP 16 de agosto), y en 2023, como ya adelantamos, desde el día 31 de este mes -julio- y hasta el 1 de septiembre. Sin embargo, uno de los accidentes por sobrecarga térmica ya aludidos ocurrió el 20 de julio. Y recientemente el gerente de una empresa del sector, dedicada a la obra civil, nos comunicó que el horario de verano lo han adelantado a la primera semana de julio, comenzando la jornada a las 7 horas para terminarla a las 14 o 14:30, teniendo previsto adelantar el inicio a las 6 horas a partir del 10 de julio y estableciendo pausas de cinco minutos cada hora de trabajo, junto con otras medidas para favorecer la hidratación. Después hemos sabido que este adelanto se ha llevado a cabo en empresas de otros sectores como alguna de telecomunicaciones para la actividad de instalaciones.

Esta jornada de verano, que deriva de la remisión que el art. 67.6 del VI Convenio General del sector (BOE 26/9/1917, con múltiples modificaciones posteriores) hace a los convenios provinciales en función de las distintas condiciones climáticas, se configura en principio como otra norma más en materia de jornada y no de seguridad y salud. No es casualidad que el precepto forma parte del Título I (Condiciones de prestación de trabajo) y no del IV (Disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables en las obras de construcción). Es indudable, no obstante, como todas las disposiciones sobre tiempo de trabajo y su distribución, que tiene una incidencia en las condiciones de seguridad y salud, pero ahora más en el mayor o menor confort, según parece expresar la voluntad de los negociadores, que, en aspectos más determinantes de la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores. Seguramente esto es así por la variedad de situaciones que pueden presentarse desde la perspectiva del riesgo térmico, no ya solo entre las distintas provincias y localidades, sino por las características de cada obra incluso dentro de una misma demarcación territorial. De ahí que se haya optado por una adaptación de la jornada, sí por razones climáticas, pero pensando principalmente en una medida de confort o de ventaja social para todos los trabajadores, lo que no implica que pierda su naturaleza compleja de norma laboral y preventiva.

A propósito de esta cuestión se razonaba en la muy elaborada STSJ de Cantabria 873/2004, de 16 julio (Social), “que las normas de jornada tienen una naturaleza compleja, al responder a finalidades diversas y difícilmente separables. La jornada es un elemento básico del cálculo del salario, de forma

que la naturaleza sinalagmática del contrato de trabajo obliga a que los salarios se calculen en función del tiempo de trabajo. Estas normas también pueden obedecer a consideraciones de política de empleo y reparto del trabajo o a tradiciones o conceptos culturales que se quiere hacer de obligatorio respeto. Pero además la ordenación del tiempo de trabajo tiene una naturaleza preventiva, en la medida en que puede afectar a la seguridad y salud de los trabajadores¹². El sólido apoyo de esta caracterización se encuentra en el art. 40.2 CE, en la Directiva 2003/88/CE, en la jurisprudencia comunitaria que cita y, finalmente, en el art. 1 LPRL, que otorga también la consideración de normas preventivas a sus disposiciones de desarrollo o complementarias y a cuantas otras normas, legales o convencionales -aquí entrarían los convenios colectivos- que contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito.

Por esta vía es cómo las disposiciones laborales sobre jornada o descansos se convierten en normas de prevención de riesgos laborales y adquieren esa naturaleza compleja. De igual forma, por ejemplo, las de seguridad industrial sobre instalaciones eléctricas, equipos a presión, etc. Y todo lo anterior relacionado con el amplio contenido al que materialmente se puede extender la negociación colectiva (índole económica, laboral, sindical..., art. 85.1 LET).

Así, en nuestra opinión, de producirse un accidente o ponerse en situación de riesgo el derecho de los trabajadores a unas condiciones de trabajo seguras, incumpléndose esa jornada de verano en el sector de la construcción, nos hallaríamos ante un comportamiento pluriofensivo, que afectaría a los derechos a disfrutar la jornada debida o legal y al de aquella protección eficaz del art. 14 LPRL. En términos de Derecho sancionador se resolvería en un concurso ideal de infracciones: la laboral del art. 7.5 TRLISOS y la que correspondiera de los arts. 11, 12 y 13, en función de la gravedad. Preferentemente las faltas grave y muy grave, respectivamente, de los artículos 12.16, b) (utilización de lugares de trabajo) y 13.10 TRLISOS (no adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive u riesgo grave e inminente...). De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento de procedimiento (Real Decreto 928/1998), que regula la acumulación de infracciones y su distribución en distintas actas de las laborales, prevención de riesgos laborales, en materia de Seguridad Social, trabajo de extranjeros, etc., la punición será la que corresponda a cada una de las faltas: laboral y de prevención de riesgos laborales¹³.

Precisamente por esa pluralidad infractora, el cumplimiento de la jornada reducida tampoco servirá de causa de justificación o de exculpación si se quebranta el derecho de los trabajadores a unas condiciones de trabajos seguras, porque desaparecerá la infracción laboral -en los términos estrictos de los ilícitos de los arts. 7 y 8 TRLISOS-, pero no la de seguridad y salud. Dicho de otra forma, es perfectamente imaginable el supuesto en el que por la peculiaridad o severidad del resto de condiciones (personales, requisitos de esfuerzo de la tarea, ambientales, etc.) la jornada reducida o continua no evite el peligro, y el empresario incurra en alguno de los ilícitos citados de los artículos 12 y 13.

En cuanto a otro de los sectores en los que más repercusión puede tener la nueva disposición que comentamos, el del campo, debemos referirnos a la estipulación del art. 24 del R.D. 1561/1995. Fija una jornada máxima de seis horas y veinte minutos diarios y treinta y ocho semanales en las faenas que exijan un extraordinario esfuerzo físico e, igualmente, en las que concurren circunstancias de especial penosidad derivadas de condiciones anormales de temperatura o humedad.

¹² Ponente Rafael A. López Parada, F.J. 8º, AS 2004/2100 (Caso: la captura de rebecos).

¹³ En relación con el art. 51 TRLISOS, disposición sustantiva y adjetiva, y la Disposición adicional primera de la Ley 39/2015, que contemplan el procedimiento especial para la imposición de sanciones del orden social. Esta regla funciona como especial frente a la general del art. 29.5 de la Ley 40/2015, conforme a la cual únicamente se impondría la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida.

Y para el resto de los sectores resulta de aplicación el art. 23 cuando exista un riesgo especial para la salud de los trabajadores debido a la existencia de circunstancias excepcionales de penosidad o peligrosidad sin que resulte posible eliminarlo mediante otras medidas distintas a la limitación o reducción de la jornada. También para el agrario cuando para la limitación o reducción de la jornada no se alcance acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En estos casos de desacuerdo se da entrada a la intervención de la autoridad laboral que, en las condiciones previstas, podrá acordar la procedencia y el alcance de la limitación o reducción de los tiempos de exposición.

Al menos por nuestra experiencia profesional podemos afirmar que la aplicación de esta intervención ha debido de ser muy limitada. Y tampoco hemos encontrado referencias jurisprudenciales más allá de aquella antigua sentencia de la Magistratura de Trabajo de Almería que tuvimos la oportunidad de conocer, pero de la que no conservamos copia ni más datos que los escasos recordados, y que versaba sobre un supuesto de despido. No creemos, por otra parte, que esta situación vaya a cambiar a raíz de la modificación del RDLT, más bien al contrario. El deber general de seguridad y los demás deberes preventivos, junto con las graves responsabilidades que su incumplimiento implica, han de llevar al empresario -al menos si hay una razonable gestión empresarial de los riesgos- a evitarlos mediante decisiones preventivas oportunas: impedir la actividad en las horas críticas o de más peligro por las condiciones térmicas y de humedad, información y formación a los trabajadores, reducción de la jornada, etc. El problema que hemos encontrado en algunos casos es la contradicción entre el mensaje formal preventivo -si te encuentras mal descansa- y el real oculto de carácter productivo: la producción o los objetivos no pueden esperar.

Si no fuera así o no se alcanzará un acuerdo con los trabajadores o sus representantes, la autoridad laboral decidirá la procedencia y el alcance de la limitación o reducción de los tiempos de exposición, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en su caso, el asesoramiento técnico de los organismos técnicos de prevención de riesgos laborales que serán principalmente los de las comunidades autónomas. En el primer caso el informe es preceptivo y en el segundo facultativo. Técnicamente, si se decretara la procedencia, esta intervención de la autoridad laboral es una manifestación de la actividad administrativa de limitación, expresada en una orden o prohibición: la de limitar la actividad durante un tiempo o la de reducir el tiempo de la prestación¹⁴.

Habrà que analizar la evaluación hecha por la organización preventiva de la empresa y en ocasiones, sobre todo si no existiera, al margen de la responsabilidad sancionadora que pudiera exigirse, requerir su realización o, incluso, que se lleve a cabo por el organismo técnico, que con seguridad tendrá en cuenta los criterios de las Notas Técnicas de Prevención 922 y 923 del INSHT, sobre evaluación de los riesgos de estrés térmico y sobrecarga térmica.

Finalmente, la nueva Disposición adicional única del RDLT, con la finalidad sin duda de llamar nuevamente la atención sobre el riesgo con alusión a hechos concretos y fácilmente identificables por ser de general conocimiento, alude a la Agencia Estatal de Meteorología o al correspondiente órgano de las comunidades autónomas. Particularmente, a los avisos de fenómenos meteorológicos adversos de nivel naranja y rojo, para hacer obligatoria la adaptación de las condiciones de trabajo, incluida la reducción o modificación de las horas de la jornada prevista si las medidas preventivas anteriormente mencionadas por la norma -en general, las que se vinieran aplicando- no garantizan la protección de los trabajadores. Esta mención nos parece especialmente afortunada, no solo porque la información meteorológica cada día es más precisa y está más difundida, sino porque de un modo terminante invita a la acción, a la adaptación de las condiciones de trabajo cuando se emitan esos avisos.

Después de la publicación de esta norma los acuerdos de los agentes sociales no se han hecho esperar, precisamente en dos de los sectores más afectados, el de la construcción y el agrario. Así, en el todavía no publicado -cuando redactamos este comentario- VII Convenio General de la Construcción se incorporan reglas específicas como consecuencia de la emisión de avisos de nivel naranja o rojo por

¹⁴ PARADA VÁZQUEZ, J.R.: *Derecho Administrativo*, Vol. I, Marcial Pons, 1989, pág. 302.

parte de la AEMET. Y las organizaciones sectoriales de la UGT, CCOO y CEOE-CEPYME (ASAJA, FEPEX y CGC) han firmado el 4-8-2023 el documento “Principios rectores de la prevención de riesgos laborales ante olas de calor en el marco de trabajos al aire libre en el sector agrario”¹⁵.

Antes de terminar este apartado es preciso hacer dos consideraciones. Primeramente que, aunque la norma estimamos que está pensada principalmente para situaciones de altas temperaturas, que son las que está provocando los accidentes por golpes de calor, algunos de los cuales han sido objeto de persecución penal¹⁶, es igualmente aplicable a cualquier riesgo relacionado con fenómenos meteorológicos adversos, incluyendo temperaturas extremas y, por tanto al riesgo creado por el frío, cuyos efectos más graves son malestar general, disminución de la destreza manual e intelectual, congelación de miembros y muerte por parada cardíaca si la temperatura corporal es menor de 28°¹⁷, lo que requiere igualmente unas medidas de control de este tipo de ambientes¹⁸. Igualmente estarían incluidos otros menos habituales pero que sin duda entran en la esfera delimitada por esa expresión: tormentas con aparato eléctrico, con riesgo de inundación, nieve, etc.

En segundo lugar, que, aunque es más infrecuente, el riesgo que estamos comentando puede presentarse igualmente en el interior de los locales o de la parte construida de los centros de trabajo. Pensemos en una tintorería o en los cultivos bajo plástico de la agricultura invernada, en los que como en la agricultura tradicional del sur de España no han sido desconocidas medidas de elemental prudencia como la de evitar en verano el trabajo en las horas centrales del día. Sin embargo, hemos conocido algún episodio muy grave que, como hemos anticipado antes, dio lugar a que el trabajador nada aclimatado tuviera que permanecer varios días en cuidados intensivos. La jornada habitual era de doce horas de trabajo, desde las 7 hasta las 19 horas, con dos descansos de una hora y veinte minutos en total. En esta empresa, que empleaba a 300 trabajadores, desde 2012 el Servicio de prevención había recomendado en la Evaluación general de riesgos realizar un estudio específico de estrés térmico (Índice WBGT), haciendo la empresa caso omiso. En el llevado a cabo durante los primeros días de agosto, dos semanas después del accidente grave y en unas condiciones climáticas más benignas, recomendaba, aparte de otras medidas, pausas de trabajo de cinco y diez minutos en cada hora, respectivamente para los peones de cultivo y los de paletizado.

El día del accidente, según la estación meteorológica de la zona de la Junta de Andalucía, a las 13 horas, la temperatura del aire era de 36,14 ° y la humedad relativa del aire del 38,39 %, condiciones térmicas agravadas sin duda en el terreno invernado que explican no solo el accidente grave de uno de los trabajadores -el tercer día de trabajo-, sino que, como nos informaron en la investigación, ese día abandonaron muchos trabajadores la tarea a las tres de la tarde. En la declaración que nos prestó el accidentado reconoció “Que sentía calor y esperaba la hora de la comida para descansar”. Cuando eran las 13:30 horas “casi todos los trabajadores se encaminaron a la puerta del invernadero para irse a comer y en ese momento el encargado dijo que todo el mundo para adentro, que volvieran a sus puestos de trabajo, que no se comía entonces y que el que se fuera que no volviera. Después de esas voces todos volvieron a sus puestos de trabajo. A los pocos minutos le dijo a un compañero que se encontraba mal, mareado y se marchaba a beber agua. Después de ese momento no se acuerda de nada

¹⁵ <https://cnc.es/cnc-cc-oo-del-habitat-y-ugt-fica-refrendan-el-vii-convenio-general-de-la-construccion-que-beneficia-a-13-millones-de-trabajadores/>. <https://www.europapress.es/economia/noticia-sindicatos-patronales-firman-acuerdo-actuacion-frente-golpes-calor-sector-agrario-20230804142913.html>.

¹⁶ <https://www.laopiniondemurcia.es/comunidad/2023/06/20/fiscal-pide-tres-penas-carcel-88905092.html>.

La Fiscalía ha pedido tres penas de prisión para los responsables de una obra en la pedanía de Los Ramos en la que murió por un golpe de calor un operario que trabajaba en la construcción de una carretera, según explicó el fiscal superior de la Región a *La Opinión de Murcia*. El accidente se produjo a primera hora de la tarde, a pesar de que estaba prohibido el trabajo a esa hora. El Ministerio Público, continúa la noticia, pide tres años de prisión para el jefe de la obra, para el responsable del servicio de prevención y para un directivo de una constructora.

¹⁷ *Manual de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 674.

¹⁸ Pueden consultarse en *Higiene Industrial*, cit., págs. 383 y ss.

y se despertó en el hospital de Huércal-Overa el domingo por la mañana”. A ese centro fue trasladado en coma y permaneció diez días ingresado.

Nos hemos detenido en este caso porque constituye la mejor muestra de los peores comportamientos que pueden seguirse en la gestión empresarial del riesgo, aunque en este caso no se trataba de un lugar al aire libre. Pero sobre el empresario recaen el deber general de protección, los de evaluación y planificación y, concretamente, el de respetar las condiciones ambientales del art. 7 RDLT y su Anexo III, que las sujeta “a las limitaciones o condicionantes que puedan imponer en cada caso, las características particulares del propio lugar de trabajo...y del clima” (Anexo III.4). Esta excepción cobra todo su sentido en los invernaderos, porque en muchas ocasiones las exigencias del cultivo y las condiciones de temperatura y humedad buscadas a ese propósito son incompatibles con las del reglamento. Para neutralizar estos efectos habrán de adoptarse las medidas que corrijan o moderen su rigor y, sobre todo, eviten su proyección como riesgo sobre los trabajadores. Pues bien, el incumplimiento de todos estos deberes y de otros más, como los de información, formación y control de las condiciones a las que quedaban expuestos los trabajadores propiciaron el accidente y el malestar de los demás trabajadores. Se trataba por otra parte de una empresa de un alto nivel tecnológico, que en favor del cultivo tenía implantado un permanente control de la temperatura, grado de humedad, velocidad del aire y de otras variables, a la que además el Servicio de Prevención ajeno, sin éxito, le venía recomendando desde 2012 la conveniencia de hacer una evaluación específica del riesgo de estrés térmico y la limitación de la duración exposición mediante períodos de trabajo/descansos, junto a medidas informativas y formativas.

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DEBER DE EVALUAR EL RIESGO DE ESTRÉS TÉRMICO POR CALOR

Ya fuimos advertidos hace tiempo de que las normas de prevención de riesgos, por su propia naturaleza, parecen requerir un espacio propio y específicamente definido, tanto por la insuficiencia del contrato de trabajo para fundamentar la obligación de prevención, como por la dimensión esencialmente reparadora de la normativa de Seguridad Social y, por tanto, insuficientemente prevencionista (VIDA SORIA)¹⁹.

Este ámbito propio no puede ser otro que el diseñado jurídicamente por la LPRL, principalmente por el deber general de seguridad y los principios de acción preventiva (arts. 14.1 y 15), que han de dispensar la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo con la amplitud que supone prever las distracciones e imprudencias no temerarias del trabajador (art. 15.4) y mediante la observancia del resto de deberes instrumentales establecidos como garantía de aquel resultado. Además, con el añadido de la aplicación racional de los medios y técnicas preventivas, porque las dimensiones jurídica y técnica son inseparables para comprender y operar en las distintas áreas de la prevención. Al afrontar la cuestión que ahora planteamos, como hemos hecho hasta este momento, nuestro análisis será eminentemente jurídico, aunque lo acompañamos de algunas consideraciones de técnica preventiva, desde el convencimiento de que, en el Sistema normativo de la prevención de riesgos laborales, especialmente cuando se hace vivo en la práctica profesional, no se puede ni se debe prescindir de ninguno de estos componentes.

Entre aquellos deberes que nos salen primeramente al paso se encuentran el de evaluar los riesgos y la planificación de la acción preventiva, “instrumentos esenciales para la gestión y aplicación del plan de prevención”, lo que supone tener en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo y de los trabajadores, los equipos de trabajo y el acondicionamiento de los lugares de trabajo, entre otros factores que puedan influir. No hacemos sino repetir en parte el art. 16.2 LPRL, desarrollado en los arts. 3 y ss. del RSP. Pero que por sí solo

¹⁹ VV.AA.: *Manual para la formación en prevención de riesgos laborales*, VIDA SORIA, J. (Dir.), VIÑAS ARMADA, J.Mª (Coord.), Lex Nova, 2001, pág. 44.

ya contiene una pauta que de tenerse en cuenta bastaría para evitar la mayoría o gran parte de las consecuencias dañosas generadas por ambientes térmicos peligrosos. Por ejemplo, la segura falta de adaptación al puesto de trabajo de los trabajadores que se incorporan desde otros distintos o que terminan de incorporarse desde una situación de inactividad, que no tiene que ser muy prolongada incluso cuando previamente se ha estado expuesto al mismo riesgo. Se nos recuerda que una o dos semanas sin exposición requieren de 4 a 7 días para volver a recuperar la adaptación. Como ocurrió en los casos mencionados los afectados fueron siempre personas recién incorporadas a la tarea, sin proceso alguno de adaptación. Este periodo puede durar de una a dos semanas y la actividad deberá limitarse a la mitad el primer día para aumentarla un 10% progresivamente hasta la jornada completa (NTP 922).

Adelantábamos antes que, en el desarrollo del deber de evaluación, como de esta estimación se desprenderá la necesidad de adoptar medidas, habrán de ponerse de manifiesto, conforme al art. 3.1 RSP, las situaciones en que sea necesario para eliminar o reducir el riesgo. Bien con soluciones de prevención en el origen (evitar las horas más desfavorables), organizativas (así, alternándose trabajadores en la actividad, pausas de descanso), de protección colectiva (toldos o sombrillas como métodos barrera entre la fuente de riesgo y el trabajador), de protección individual (ropa transpirable en tonos claros, crema protectora), o de información y formación, a lo que habría de añadirse el control periódico de las condiciones, la organización, los métodos de trabajo y del estado de salud de los trabajadores. El art. 4 RSP desmenuza aquellas características del puesto de trabajo, que no son sino las condiciones de trabajo del art. 4.7 LPRL, actuales o previstas, que influyan en la magnitud del riesgo, incluidas las relativas a la organización y ordenación, y la necesidad de prestar atención a los trabajadores especialmente sensibles al riesgo por sus características personales o estado biológico conocido. No hay que detenerse más en la importancia de la duración de la jornada de trabajo, pues duraciones excesivas constituyen un factor de agravación del riesgo. Y el pago de retribuciones bajas en un sistema calculado por hora de trabajo, aunque por eso mismo no sea destajista o por rendimiento, constituye un incentivo para prolongar el tiempo de actividad e incrementar el riesgo.

De lo anterior obtenemos ya dos conclusiones. Nos encontraremos con situaciones en las que no será necesario adoptar ninguna medida o, quizás, solo las que proporcionen un estado más confortable. Esto es, si no existe riesgo alguno de sobrecarga térmica porque, por ejemplo, en las más comunes, el trabajo al aire libre es ligero y se desarrolla cuando ya ha anochecido. También si es ligero, incluso si requiere un esfuerzo moderado, pero se trata de trabajadores aclimatados que lo ejecutan en un periodo o periodos de breve duración. Frente a ellas, todas las demás. Esto es, cuando existen dudas sobre la existencia de riesgo o según el juicio experto de un técnico en prevención concurren condiciones de estrés térmico. Nos parece que entonces, de entrada, no hay que hacer ninguna evaluación adicional, sino comenzar inmediatamente con la adopción de medidas que lo eviten o lo corrijan. Es decir, como primera etapa del procedimiento evaluador haríamos la caracterización básica que prevé la norma UNE-EN 689:2019 + AC: 2019, sobre la medición de la exposición por inhalación de agentes químicos, (aplicada por el Apéndice 4 de la Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con los agentes químicos presentes en los lugares de trabajo, del INSST, 2022), pero ahora llevando sus principios de actuación a las condiciones constitutivas de estrés térmico.

Se trataría de introducir de inmediato en las condiciones de trabajo los cambios de más fácil implantación y sobre aquellas cuya influencia sobre la eventual sobrecarga térmica se estime más decisiva. (temperatura del aire, radiación térmica, humedad y velocidad del aire) junto a otros parámetros que influyen en el equilibrio térmico del cuerpo (calor generado por la actividad física realizada o el tipo de ropa utilizada). Podemos considerar, por referirnos a esta última, si es impermeable, dificulta la transpiración o absorbe radiación. También la distribución de la actividad en la jornada -para ejecutarla en las horas más benignas o menos agresivas-, el confinamiento o alejamiento de los focos de calor - la plancha, freidoras o frigoríficos en una cocina, ampliando si es

posible su superficie -, y, cuando sea factible, el entoldado de la zona en la que se realiza la actividad o la creación de zonas de sombra. Sin duda, la imprescindible información a los trabajadores sobre el reconocimiento de los síntomas de agotamiento y de golpe de calor (fatiga, pérdida de habilidades psicomotoras, calambres, sed, que puede quedar oculta como síntoma por la mayor edad o por efecto de sedantes...), la concesión de autonomía para decidir pausas en la actividad, y, para terminar, procurar una repetida hidratación con la ingesta de agua y de bebidas isotónicas.

Después o simultáneamente a esta estimación inicial de la actividad y a la aplicación de esas primeras medidas, o de otras que se estimen más apropiadas en consideración al lugar, al tipo de tarea, o a las características personales de los trabajadores, como la normativa aplicable no fija ningún método de evaluación específico, por aplicación del art. 5.3 RSP, habrá que recurrir a alguna o algunas de las alternativas que ofrece el precepto. Entre ellas se encuentran las disposiciones de los organismos de normalización. Para el riesgo que estamos contemplando, desde hace décadas, el INSST y la comunidad prevencionista proponen y vienen aplicando el índice WBGT (temperatura de bulbo húmedo y de globo), sobre evaluación del estrés por calor, de la norma UNE-EN ISO 7243: 2017, que vino a sustituir a la UNE-EN 27243:1995. Si el índice obtenido supera los límites establecidos, conviene complementarlo con la sobrecarga térmica estimada de la norma UNE-EN ISO 7933:2005. Ergonomía del ambiente térmico. Junto a estos métodos los controles generales y específicos que menciona la NTP 922 para distintos supuestos.

Finalmente, incluso cuando el índice WBGT obtenido en la evaluación es inferior a los valores establecidos, sus resultados suponen una valiosa información para conocer aspectos precisos de las condiciones de temperatura y humedad del lugar de trabajo que servirán de orientación en situaciones parecidas o cuando se cambien algunas de las variables que influyan en ellas (intensidad de la tarea, aumento de la temperatura, humedad, etc.).

4. BIBLIOGRAFÍA

PARADA VÁZQUEZ, J.R.: *Derecho Administrativo*, Vol. I, Marcial Pons, 1989.

VV.AA.: *Higiene Industrial*, Departamento de Prevención de FREMAP, 1992

VV.AA.: *Manual de Prevención de Riesgos Laborales*, Vol. I, IBERMUTUAMUR, 4ª ed., 2000, PyCh & Asociados.

VV.AA.: *Manual para la formación en prevención de riesgos laborales*, VIDA SORIA, J. (Dir.), VIÑAS ARMADA, M.ª (Coord.), Lex Nova, 2001,

VV.AA.: *Historia de la prevención de riesgos laborales*, INSHT, 2007.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sala de lo Social, nº 449/2023, de 16 de enero

La Sentencia desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa principal contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Barcelona el 31 de marzo de 2022 que confirma la resolución del INSS que, a instancia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, acuerda imponer solidariamente a la misma y a la empresa subcontratista un recargo del 30% sobre las prestaciones de Seguridad Social derivadas de un accidente de trabajo sufrido por una trabajadora que prestaba servicios en el centro de trabajo de la empresa principal.

ANTECEDENTES

La empresa principal recurrente se dedica a la venta al por mayor de productos farmacéuticos. Desde el año 2015 subcontrata con otra empresa la prestación de servicios de recepción, reprografía y paquetería interna.

La trabajadora, perteneciente a una tercera empresa, acudía al centro de trabajo de la principal para prestar servicios como profesora, dando clases de inglés a sus trabajadores.

Al abandonar las instalaciones, fue atropellada por una carretilla conducida por una trabajadora de la empresa subcontratista, que en ese momento transportaba material de publicidad perteneciente a la empresa principal.

CUESTIONES RELATIVAS A LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL:

- El acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como el informe propuesta de recargo de prestaciones, establece como causas del accidente la nula visibilidad delantera de la conductora de la carretilla y la falta de coordinación. A continuación, niega que el coordinador de dicha empresa que debía actuar en el centro de trabajo de la recurrente en virtud de lo pactado en el contrato de prestación de servicios suscrito entre la empresa principal y la subcontratista en fecha 28 de septiembre de 2015 ejerciera realmente tales funciones de coordinación.
- Establece la responsabilidad de la recurrente con base en que la empresa subcontratista desde el año 2015 desarrolla su actividad en el centro de trabajo de la recurrente, en que la actividad contratada pertenece a la propia actividad de la recurrente y en que los medios con los que la subcontratista desarrolla la actividad pertenecen a la recurrente, particularmente la carretilla.
- Indica que la extensión de responsabilidad no se basa solamente en la existencia de la contrata para realizar obras o servicios pertenecientes a la propia actividad de la recurrente sino también en los deberes de esta como empresa principal en cuyo centro de trabajo operan trabajadores de otras empresas y se fundamenta en el artículo 24.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos laborales, en relación con el artículo 42.3 del TRLISOS.

- Respecto de la cuestión referida a la propia actividad, señala la Sala que, según jurisprudencia reiterada, de la que es muestra la STS -Sala 4ª- 23.1.2020, dicho concepto se refiere a aquellas actividades inherentes al ciclo productivo de la empresa principal. En el caso que nos ocupa, la sentencia de instancia, acogiendo el criterio de la ITSS, afirma que la contrata celebrada con la empresa subcontratista tiene por objeto servicios que forman parte de la propia actividad de la recurrente, teniendo en cuenta que esta es una empresa comercial, por lo que los servicios de recepción, reprografía y paquetería interna son inherentes a su ciclo productivo.

CONCLUSIÓN

En todo caso la extensión de responsabilidad en materia de recargo de prestaciones a la recurrente se ajusta a lo previsto en el artículo 24.1 LPRL y doctrina jurisprudencial, debido a un incumplimiento de los deberes de coordinación que le incumbían a la misma como empresa principal, teniendo en cuenta que en su centro de trabajo prestaban servicios los trabajadores de la subcontratista, habiendo incumplido sus obligaciones “in vigilando”.

Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 598/2023, de 16 de mayo

La Sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa contra la resolución del Director Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de 17 de mayo de 2017 que desestima el requerimiento previo formulado por la recurrente contra la resolución del jefe de la Unidad de Impugnaciones de la Dirección Provincial de la TGSS, que acordó confirmar y elevar a definitiva el Acta de Liquidación nº 462016008031361 por importe de 618.812,92 € (periodo 4/2012 a 3/2016).

1. APLICACIÓN DEL TIPO DE COTIZACIÓN REDUCIDO A LOS CONTRATOS DE INTERINIDAD

Las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, así como las Órdenes de cotización dictadas en su desarrollo durante el periodo a que se refiere el acta de liquidación objeto de este procedimiento (Orden ESS/56/2013, de 28 de enero; Orden ESS/106/2014, de 31 de enero; Orden ESS/86/2015, de 30 de enero y Orden ESS/70/2016, de 29 de enero) establecen, en su respectivo artículo 32, para los contratos de duración determinada, un tipo de cotización por desempleo del 8,30 por ciento, del que el 6,70 será a cargo del empresario y el 1,60 a cargo del trabajador.

Como excepción, se prevé para la contratación de duración determinada en las modalidades de contratos formativos en prácticas y para la formación y el aprendizaje, de relevo y de interinidad, un tipo reducido del 7,05 por ciento, del que el 5,50 será a cargo de la empresa y el 1,55 a cargo del trabajador.

Lo que procede dilucidar es si puede admitirse la aplicación del tipo de cotización reducido previsto para el contrato laboral de interinidad cuando el contrato celebrado no se ajusta a los presupuestos legales previstos para esta figura, esto es, cuando no se acredita la existencia de trabajador sustituido, o de convocatoria o proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. En el supuesto que nos ocupa, la empresa X ha celebrado un contrato de interinidad sin acreditar la existencia de proceso de selección alguno y por tanto infringiendo lo dispuesto en los artículos 15.1 c) ET (redacción anterior a la reforma que introdujo el artículo 1.3 del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre) y artículo 4, apartados 1 y 2, del Real Decreto 2720/1998, de 20 de diciembre, que desarrolla el citado artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 18.1 y 19.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

A tal efecto, el artículo 15.1 c) ET, en su redacción anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, regula los contratos de duración determinada estableciendo que podrán celebrarse entre otros supuestos:

“c) Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución [...]”

En relación con lo anterior, el artículo 4, apartados 1 y 2, del Real Decreto 2720/1998, de 20 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, establece lo siguiente:

“Artículo 4. Contrato de interinidad.

1. El contrato de interinidad es el celebrado para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a la reserva del puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual.

El contrato de interinidad se podrá celebrar, asimismo, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva.

2. El contrato de interinidad tendrá el siguiente régimen jurídico:

a) El contrato deberá identificar al trabajador sustituido y la causa de la sustitución, indicando si el puesto de trabajo a desempeñar será el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa que pase a desempeñar el puesto de aquél.

En el supuesto previsto en el segundo párrafo del apartado 1, el contrato deberá identificar el puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna.

b) La duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo.

En el supuesto previsto en el segundo párrafo del apartado 1, la duración será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto, sin que pueda ser superior a tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima.

En los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica.”

Por su parte, los artículos 18.1 y 19.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre establecen lo siguiente:

“Artículo 18. Obligatoriedad.

1. La cotización a la Seguridad Social es obligatoria en todos los regímenes del sistema.

La cotización por la contingencia de desempleo así como al Fondo de Garantía Salarial, por formación profesional y por cuantos otros conceptos se recauden conjuntamente con las cuotas de la Seguridad Social será obligatoria en los regímenes y supuestos y con el alcance establecidos en esta ley y en su normativa de desarrollo, así como en otras normas reguladoras de tales conceptos.

Artículo 19. Bases y tipos de cotización.

1. Las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social y por los conceptos que se recauden conjuntamente con las cuotas de la Seguridad Social serán los que establezca cada año la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.”

La Sala concluye que en el caso de utilización del contrato de interinidad por vacante sin que se acredite la existencia de trabajador sustituido y sin que exista convocatoria ni proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva no resulta de aplicación el tipo de cotización reducido para la contingencia por desempleo.


Economía y
Sociología de la
Seguridad Social
y del Estado
Social

La biblioteca

El impacto de la subida del SMI sobre la desigualdad salarial¹

The impact of the rise in the minimum inter-professional salary on wage inequality

LUIS GÓMEZ RUFÍAN *Consultor Externo.*

DANIEL PÉREZ DEL PRADO *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid.*
 <https://orcid.org/0000-0001-7106-6769>

Cita Sugerida: GÓMEZ RUFÍAN, L. y PÉREZ DEL PRADO, D.: «El impacto de la subida del SMI sobre la desigualdad salarial». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 36 (2023): 259-278.

Resumen

El presente artículo analiza el modo en que el potente incremento del salario mínimo interprofesional experimentado en los últimos años ha podido incidir sobre la evolución de los salarios y hasta qué punto esto ha podido producir efectos benéficos sobre el bienestar y la equidad.

Abstract

This article analyses how the powerful increase in the minimum inter-professional salary experienced in recent years has been able to influence the evolution of wages and to what extent this has been able to produce beneficial effects on well-being and equity.

Palabras clave

fijo discontinuo; temporalidad; dualidad

Keywords

discontinuous fixed-term contract, temporary work, duality

1. INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ HA SUBIDO TANTO EL SMI?

Envuelto en el debate político, frecuentemente suele olvidarse que la razón última por la que se ha subido tanto el Salario Mínimo Interprofesional (SMI) en los últimos años es de naturaleza netamente jurídica y, en concreto, con las obligaciones contraídas voluntariamente por España en el ámbito internacional.

En efecto, conforme a lo dispuesto en el Convenio 131 de la OIT, sobre fijación de los salarios mínimos², nuestro país está obligado a establecer una retribución mínima cuya cuantía se fije en atención, no sólo de parámetros de carácter económico de interés general, sino también teniendo en cuenta «las necesidades de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales». De hecho, dentro del sistema de las Naciones Unidas, ya en su momento el Consejo Económico y Social mostró su preocupación por que «el salario mínimo interprofesional (SMI) haya sido congelado desde el año 2011 a un valor que no permite un nivel de vida digno (art. 7 [del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales])», recomendando «al Estado parte garantizar que el SMI permita a todos los trabajadores y a sus familias gozar de condiciones de

¹ Este trabajo forma parte del proyecto de investigación “Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales: Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital” (RTI2018-094547-B-C21) y “Gestión algorítmica e igualdad de oportunidades en la empresa (AlgoEquality)” (TED2021-130325A-I00).

² Instrumento de ratificación de 26 de noviembre de 1971 (BOE 30/11/1972, Núm. 287).

existencia dignas y que se ajuste periódicamente al costo de la vida, de conformidad con el artículo 7 del Pacto y con los estándares del Comité Europeo de Derechos Sociales»³.

Precisamente la Carta Social Europea, (⁴) establece en su artículo 4.2 que «para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, las Partes Contratantes se comprometen a: 1) a reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso». Aunque la Carta no especifica qué ha de entenderse por “remuneración suficiente”, el Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano encargado de verificar si los Estados miembros, entre ellos España, cumplen las obligaciones que les impone la Carta Social Europea, ha interpretado que tal umbral se sitúa en el 60% del salario neto medio, sin que en ningún caso pueda estar por debajo del 50%⁵.

Sobre la base de esta interpretación, el mencionado Comité viene insistiendo en que el nivel de SMI fijado por España no es conforme con el artículo 4 de la Carta, pues considera que no garantiza un nivel de vida digno⁶. De hecho, su último informe no es una excepción, si bien hay que tener en cuenta que en el período de referencia analizado es el que va del 1 de enero de 2017 al 31 de diciembre 2020⁷, es decir, sin que aún se hubiera concluido el tránsito hasta el nivel actual alcanzado.

Aunque no es ni mucho menos el único criterio⁸, lo cierto es que es uno de los más extendidos y conocidos, en buena medida por el respaldo jurídico que implica la Carta. Tan es así, que Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea⁹ (en adelante, Directiva 2022/2041) lo emplea cuando en su artículo 5.4 señala que los Estados miembros utilizarán valores de referencia indicativos para orientar su evaluación de la adecuación de los salarios mínimos legales, para lo que «podrán utilizar valores de referencia indicativos comúnmente utilizados a escala internacional, como el 60 % de la mediana salarial bruta y el 50 % del salario medio bruto».

Puesto que, como vemos, España tiene ratificada la Carta, lo lógico es que en la transposición de esta directiva utilizara esta última referencia como suelo mínimo inquebrantable, que debería elevarse al menos hasta el 60%. No obstante, como vemos, el precepto es lo suficientemente flexible como para poder utilizar otros indicadores. Lo que sí parece necesario, en cualquier caso, es la necesidad de una reforma legal que los prevea expresamente¹⁰.

Dicho esto, en realidad, desde un punto de vista jurídico, España lleva años obligada a respetar el mencionado umbral, por más que lo haya ignorado abiertamente dada la escasa efectividad de los mecanismos de garantía para su respeto y cumplimiento, incluso tras la ratificación de su

³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*, Consejo Económico y Social. Naciones Unidas, Nueva York, 2012, párr. 18.

⁴ Hecha en Turín de 18 de octubre de 1961. Instrumento de ratificación de 29 de abril de 1980 (BOE de 26/06/1980, Núm. 153).

⁵ European Committee of Social Rights, *Conclusions XIV-2 - Statement of interpretation - Article 4-1*, European Committee of Social Rights, Strasbourg, 1998.

⁶ CARRIL VÁZQUEZ, X. M., «En 1000 palabras, el (in)cumplimiento español en materia salarial de la Carta Social Europea (Nihil novum sub sole)», *Los Briefs de la AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, no. 43, 2023, fecha de consulta 8 junio 2023, en <https://www.aedtss.com/en-1000-palabras-el-incumplimiento-espanol-en-materia-salarial-de-la-carta-social-europea-nihil-novum-sub-sole/>.

⁷ European Committee of Social Rights, *Conclusions XXII-3 (2022) - Spain - Article 4-1*, European Committee of Social Rights, Strasbourg, 2023.

⁸ Por ejemplo, la OCDE emplea el concepto de “salario bajo”, situándolo en dos tercios del salario mediano, mientras que el “salario de pobreza”, que coincide con la referencia internacional para el umbral de la pobreza, sería el 50% el salario medio. OECD (ed.), *Tackling the jobs crisis*, OECD, París, 2009.

⁹ DOUE de 25 de octubre de 2022, núm. 275.

¹⁰ ÁLVAREZ ALONSO, D., «Salarios mínimos en la Unión Europea: propuesta de Directiva e implicaciones para España», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 151, 2021, Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, p. 53.

versión extendida¹¹. La novedad que aporta la directiva es que, a pesar de lo abierto y flexible de sus contenidos, su cumplimiento será objeto de control por parte de la Comisión y del TJUE, contando la UE con mecanismos coercitivos mucho más potentes que el Consejo de Europa. Es más, también contempla mecanismos específicos de evaluación y control, que trascienden el ámbito del salario mínimo legal para alcanzar a los fijados por la negociación colectiva (arts. 10, 11, 12, 13 y 15).

En suma, la muy relevante subida del SMI experimentada en estos últimos años ha respondido a la necesidad de dar por fin cumplimiento a las obligaciones internacionales que España tiene contraídas. Al margen de ello, la emergencia de la Directiva 2022/2041 no solamente avala esta política de progresivo incremento del salario mínimo legal¹², sino que la refuerza desde un punto de vista jurídico, obligando a introducir mejoras legales tendentes a garantizar unos niveles mínimos adecuados y, lo que es más importante, que abren la puerta a la aplicación de mecanismos jurídicos correctores en caso de incumplimiento más eficaces¹³.

2. LA EVOLUCIÓN DEL SMI EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

De lo dicho hasta aquí se desprende que España ha tenido que hacer un importante esfuerzo para poder cumplir con sus compromisos internacionales. Si analizamos la evolución del SMI desde la década de los 80 hasta la actualidad (Gráfico 1), podemos observar la existencia de cuatro períodos claramente diferenciados.

El primero de ellos arranca con el inicio de la serie y termina en el año 2004. Este período se caracteriza por un suave crecimiento. A lo largo de cinco lustros, este incremento ligero y paulatino del SMI habría permitido más que triplicar su cuantía, hasta situarla en el entorno de los 460 euros. Aunque tardando más de dos décadas.

La segunda etapa se caracteriza relativa aceleración en comparación con la precedente. Entre 2004 y 2010, el SMI se incrementa un 35,6%, es decir, casi tres veces más que en el sexenio inmediatamente anterior, en el que el tan sólo alcanzó el 12,7%.

Desde el inicio de la Gran Recesión o, más concretamente, desde la llegada de las llamadas políticas de austeridad en 2010, la evolución del SMI, determinada por el Gobierno vía decreto ex art. 27 ET, se verá drásticamente frenada en comparación con el período inmediatamente anterior. Éste sería el tercer período, el del estancamiento.

El cuarto y último período podemos arrancarlos en el año 2017 y alcanza hasta la actualidad. Se caracteriza por un fuerte incremento, el mayor de la serie, del salario mínimo, aunque con ciertos vaivenes marcados por el contexto político. Para 2017, el crecimiento se situó en el 8%. Esta subida fue fruto de un acuerdo entre el partido del Gobierno de aquel entonces y el PSOE¹⁴, a cambio del apoyo de este último al techo de gasto¹⁵. En virtud de este acuerdo, el Ejecutivo subió el SMI un 8% en

¹¹ SALCEDO BELTRÁN, M. C., «La Carta Social Europea y el protocolo de reclamaciones colectivas: fortalecimiento de los derechos sociales y sus garantías», *Gaceta sindical: reflexión y debate*, 36, 2021, Comisiones Obreras, CCOO, pp. 65-84.

¹² ÁLVAREZ ALONSO, D., «La Directiva 2022/2041 sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea», *Los Briefs de la AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022, fecha de consulta 31 octubre 2022, en <https://www.aedtss.com/la-directiva-2022-2041-sobre-salarios-minimos-adecuados-en-la-union-europea/>.

¹³ Ya en 2016, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea ha presentado una Proposición de ley sobre fijación de la cuantía del salario mínimo interprofesional que proponía, entre otras cuestiones, que la cuantía del SMI se incrementara de forma paulatina hasta alcanzar en el 60% del salario medio. Posteriormente, el acuerdo para la formación del Ejecutivo constituido en 2019 recogió en su acuerdo de conformación alcanzar este umbral así como crear una Comisión asesora del Ministerio de Trabajo a tal efecto (30122019-Coalición-progresista.pdf (psoe.es), punto 1.4).

¹⁴ Al que también votaron a favor los disputados del grupo mixto pertenecientes a Coalición Canaria y Nueva Canarias.

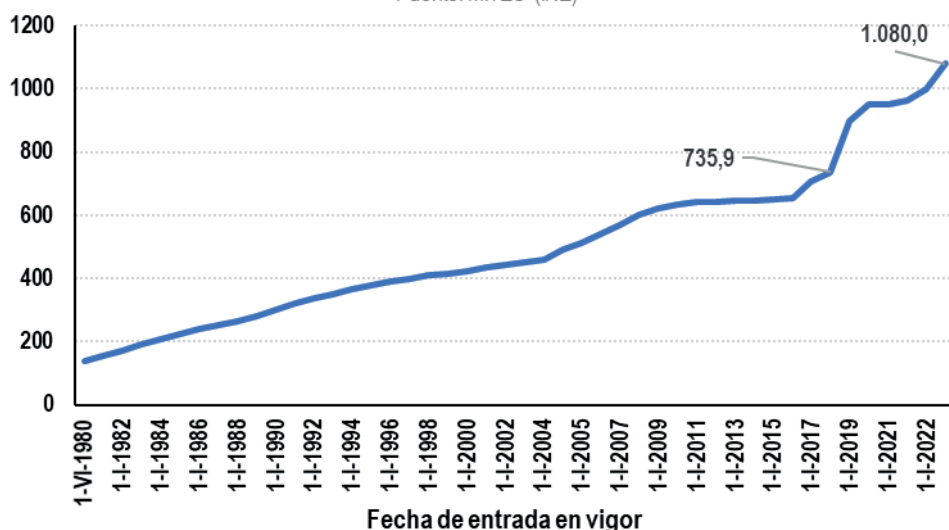
¹⁵ El acuerdo incluía el apoyo del Partido Socialista, además de al Real Decreto-Ley que recogía las diversas medidas en el ámbito social que examinaremos, al RDL 4/2016, de 2 de diciembre, de medidas urgentes en materia financiera

2017, el mayor incremento de una sola vez desde 1986, además de establecer la senda de déficit en un 0,6% del PIB para las comunidades autónomas, una décima más de lo que quería el Gobierno, y subir un 3% el tope máximo de las bases de cotización, dejando la puerta a nuevas subidas, aumentando las bases máximas de cotización¹⁶. Sin embargo, al año siguiente el aumento acordado vuelve a reducirse sustancialmente y no es hasta la decisión de incrementarlo un 22,3% para 2019, en el marco del objetivo de cumplir con la recomendación de la Carta Social Europea de que el SMI alcance el 60% del salario medio, que no puede hablarse de una política decididamente activa al alza en este sentido. Específicamente, entre el crecimiento decidido para 2018 y el que lo acaba de producir en el presente 2023, el incremento ha sido de 344,1 euros, equivalente a una subida del 46,8%, la mayor de toda la serie histórica.

Gráfico 1

SMI mensual en términos nominales (1980-2023).

Fuente: MITEC (INE)



El notable avance experimentado en los últimos años ha propiciado que España cambie su posición en el ranking de los salarios mínimos legales en Europa. Tal y como muestran los siguientes gráficos, España ha pasado de situarse en el grupo de países con salarios mínimos legales intermedios a estar entre los de cabeza, superando el umbral de los 1.000 euros mensuales, si bien es cierto que con notables diferencias en relación con éstos, que se aproximan más a la barrera de los 2.000 euros mensuales que la recién superada por España¹⁷. Aún así, nuestro país se ha conseguido distanciar de

(BOE 03-12-2016, nº. 292), al Acuerdo del Gobierno por el que se adecua el objetivo de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para el conjunto de Administraciones Públicas y de cada uno de sus subsectores para 2016 y al Acuerdo por el que se fijan los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para el conjunto de Administraciones Públicas y de cada uno de sus subsectores para el periodo 2017-2019 y el límite de gasto no financiero del Presupuesto del Estado para 2017. Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados de 15 de diciembre de 2016, nº. 21.

¹⁶ El País, “El PSOE y el Gobierno pactan una subida del 8% en el salario mínimo”, 1 de diciembre de 2016. http://politica.elpais.com/politica/2016/12/01/actualidad/1480582532_546670.html

¹⁷ Otros estudios sitúan a España en el grupo intermedio, habiendo pasado del bajo a este, pero estando aún lejos del de cabeza. Eurofound, *Minimum wages in 2023: Annual review*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2023, p. 7, fecha de consulta 29 junio 2023, en <https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/>

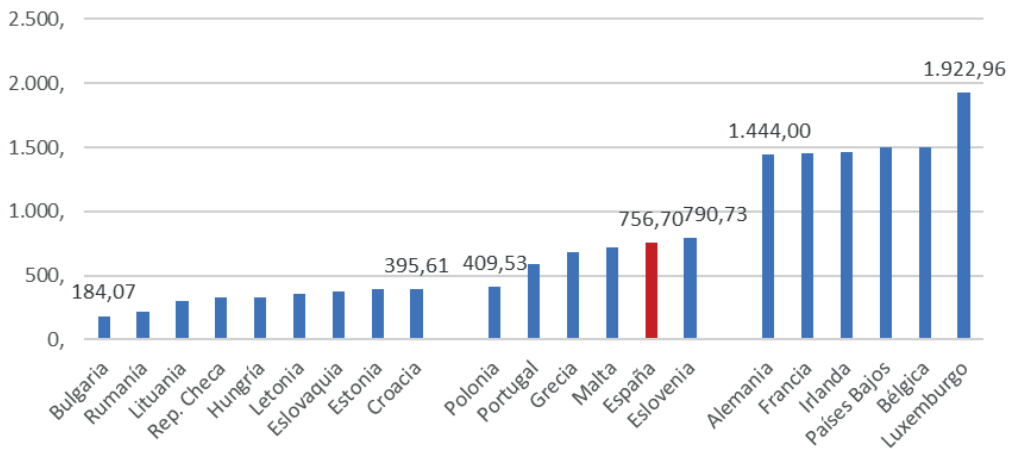
otros países del sur de Europa como Chipre, Portugal, Malta y Grecia, con los que media una de entre 200 y 300 euros mensuales¹⁸.

De hecho, informes recientes han destacado a España, junto a Portugal, como los países del conjunto de la Comunidad Económica Europea donde más se han incrementado los salarios mínimos en los últimos años. Aun así, este es el resultado del último período de incrementos pues, hasta entonces, nuestro país seguía la tendencia general consistente en mantener un SMI que apenas consigue mantener el poder adquisitivo de los perceptores. Se apartan de este comportamiento general Chequia, Hungría, Estonia y Eslovaquia, donde los salarios mínimos reales decrecieron; y, del otro lado, Bélgica y Alemania, donde los perceptores ganaron poder adquisitivo¹⁹.

Gráfico 2

Salarios mínimos legales en 2016.

Fuente: Eurostat.

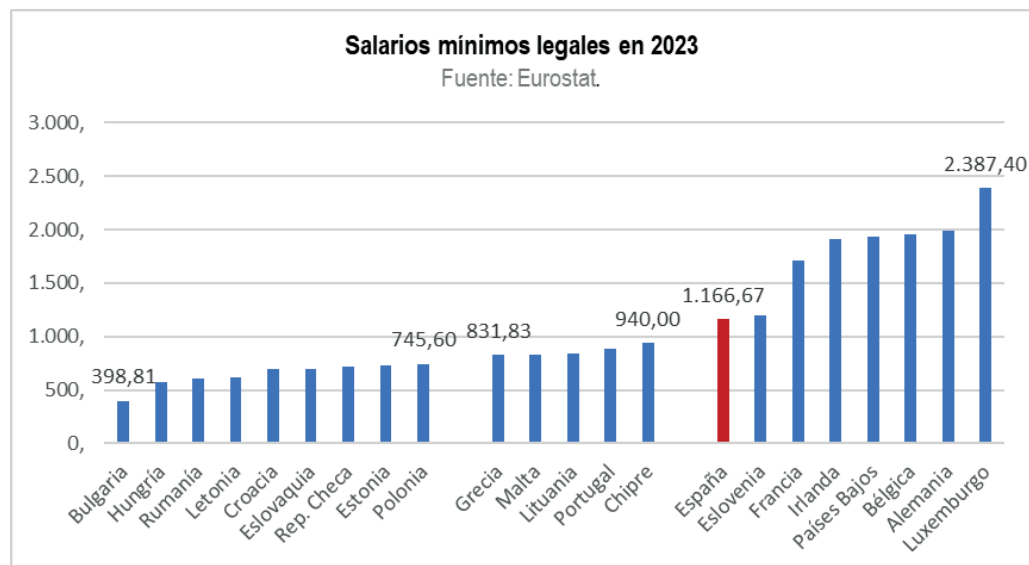


ef_publication/field_ef_document/ef23019en.pdf. De lo que no cabe duda es que el incremento ha sido tan notable que ha cambiado el posicionamiento de España desde un punto de vista comparado.

¹⁸ Téngase en cuenta que Eurostat calcula los salarios mínimos sobre la base de 12 pagas, mientras que, en España, los reales decretos que fijan los salarios mínimos para cada año lo hacen teniendo en cuenta catorce pagas (doce mensualidades más dos extraordinarias). Este elemento debe tenerse en cuenta a la hora de efectuar comparaciones estadísticas y los gráficos que siguen.

¹⁹ Eurofound, *Minimum wages in 2023: Annual review*, cit., p. 57.

Gráfico 3

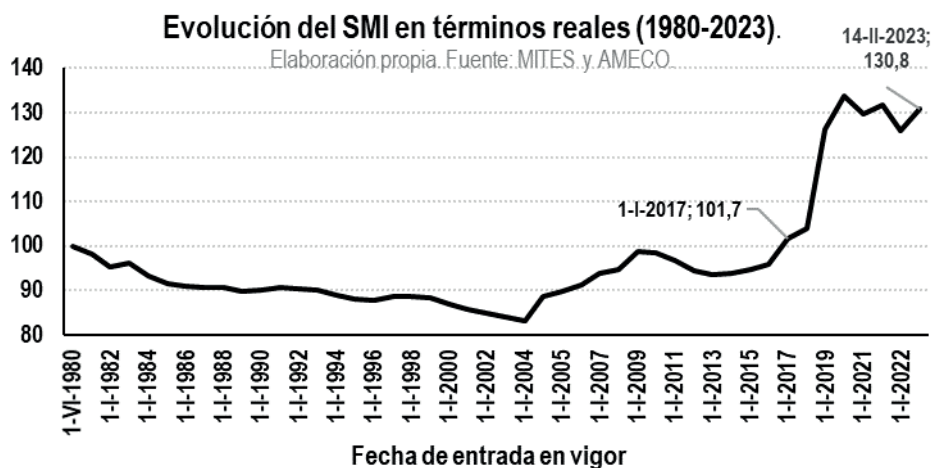


Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, además del objetivo de cumplir con los requerimientos de la Carta Social Europea, esta política ha tenido como objetivo adicional, directo o indirecto, el de revertir la constante pérdida de poder adquisitivo del SMI. Los siguientes dos gráficos se refieren precisamente a esta cuestión.

Como puede apreciarse en el Gráfico 4, el SMI en términos reales, es decir, descontada la inflación, experimentó una caída constante hasta 2004, cuando se situó en un nivel un 16,7% inferior al poder adquisitivo que poseía en 1980. Entre 2004 y 2009 se incrementaría, en términos reales, un 18,8%, si bien quedándose a 1,1 puntos porcentuales, aun, de recuperar su nivel básico de 1980. El resultado no puede ser más esclarecedor de los efectos prácticos de las subidas planeadas en el periodo: en casi tres décadas el salario mínimo no varió un ápice en términos reales o de capacidad de compra. Quien lo percibiera en 2009 tenía el mismo poder adquisitivo que quien lo hizo en 1980. Todo ello, insistimos, tras un periodo de fuerte incremento como fue el que se produjo entre 2004 y 2009.

Tras un nuevo periodo de erosión del SMI real a partir de 2011 y, a pesar de la práctica ausencia de inflación, habrá que esperar hasta 2017 para volver a ver un nuevo incremento en términos reales. El que fue decidido para este año supuso, descontada la inflación, un avance del 6,0%. Sin embargo, es nuevamente a partir de los compromisos adoptados en 2018 y aplicados a partir de 2019, que se produce una nueva (muy notable) escalada en el poder adquisitivo de este instrumento: entre 2018 y 2019, dada la subida nominal del 22,3%, el incremento en términos reales fue del 21,5%, alcanzado su máximo aumento desde 2017 en la segunda subida (a partir de siempre) de 2021. En ese momento, el SMI real alcanzó una subida acumulada desde 2018 (decidido en 2017) del 26,7%. En ese momento, se situó un nivel un 33,8% superior a su nivel de 1980. En 2023, dados los avatares de la pandemia y de la crisis inflacionaria derivada de la Guerra de Ucrania, se posiciona un 30,8% superior al nivel que poseía en 1980 y en 2009.

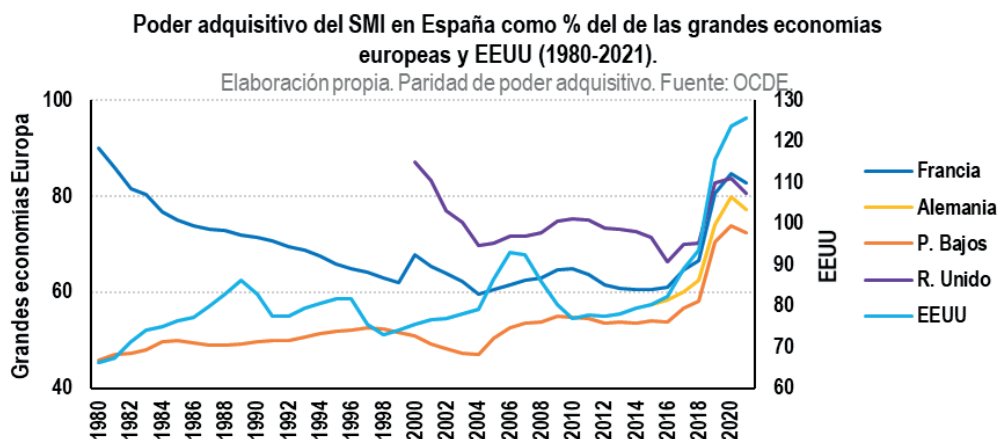
Gráfico 4.



La entidad de este proceso de incremento del SMI en términos reales se entiende aun mejor cuando se realiza en términos comparados (Instrumento de ratificación de 26 de noviembre de 1971 (BOE 30/11/1972, Núm. 287).5). Así, según datos de la OCDE²⁰, el poder adquisitivo del SMI español ha pasado de equivaler, entre 2017 y 2021, del 64,7% al 82,7% del francés, del 60,0% del alemán al 77,3%, del 56,8% al 72,4% respecto del de Países Bajos y del 70,1% al 80,7% en relación al de Reino Unido. Para el caso de EEUU, teniendo en cuenta las notables diferencias en los sistemas de relaciones laborales, legal y político con nuestro país, el SMI real español ha crecido desde equivaler al 89,2% al 125,8% en el mismo periodo (eje derecho del gráfico siguiente).

²⁰ Los salarios mínimos reales de la OCDE se estiman según el siguiente procedimiento: 1) deflatación inicial a partir del salario mínimo anual de los Índices de Precios al Consumo (IPC) nacionales y 2) conversión posterior a una unidad monetaria común utilizando las Paridades de Poder Adquisitivo (PPA) en dólares estadounidenses para los gastos de consumo privado. De este modo, se obtiene un valor del SMI de cada país homogénea (según su capacidad de compra en EEUU). Véase: https://stats.oecd.org/OECDStat_Metadata/ShowMetadata.ashx?Dataset=RMW&Lang=en.

Gráfico 5



El efecto del SMI sobre los salarios, la desigualdad y el bienestar

Anteriormente hemos hecho referencia al importante papel que el SMI tiene desde el punto de vista del bienestar y la equidad. Hasta ahora, solo hemos hecho mención a los directos, pero cabe también hablar de una suerte de efecto indirecto o de segunda vuelta, consistente en el impacto que tales subidas pueden tener sobre las pactadas en convenio. De ahí la importancia de analizar lo que ha ocurrido también con los salarios de forma paralela a la evolución experimentada por el SMI.

A este respecto, la Encuesta Anual de Estructura Salarial (EAES) constituye la fuente probablemente más utilizada en el estudio de los salarios, pues se trata de aquella que, frente a otras incluye una mayor desagregación en diversas perspectivas: 1) por hora y por trabajador; 2) según diferentes características de los asalariados, tanto personales (sexo, edad, nacionalidad, etc.) como jurídico-laborales (tipo de contrato, tipo de jornada, etc.) y, además, 3) indicadores ad hoc en términos de igualdad y desigualdad (cobertura del SMI, gini salarial, brecha de género, etc.). Su fuente de información principal es la entrevista a los asalariados concretos junto a información de los registros administrativos de la Seguridad Social y la Agencia Tributaria²¹.

Entre sus debilidades, destaca el hecho de que sus resultados se ven afectados por lo que se puede denominar como “distorsión por efecto composición”, es decir, a nivel puramente agregado, el del salario medio observado, éste estaría afectado no sólo por la evolución de las negociaciones salariales, sino también por los cambios, estructurales o coyunturales que la economía y el mercado de trabajo experimenten en términos de distribución sectorial, ocupacional, contractual, etc., pues todas esas variables impactan en el cálculo del salario medio. Así, la mayor o menor cantidad de trabajadores con una morfología u otra o con un salario individual más o menos elevado afectan a la evolución de los salarios independientemente de cómo estén evolucionando las negociaciones salariales. Lógicamente, esta distorsión se reduce progresivamente más según se segmenta la muestra de estudio: por ejemplo, en nuestro caso, para los jóvenes o las mujeres, colectivos que, además, suelen tener características más homogéneas entre sí –o, al menos, no tan heterogéneas– de las que puedan darse en el total del empleo masculino. Por tanto, este defecto en gran medida se corrige por sí sólo dada la segmentación por género y edad de los datos que se exponen a continuación, y más aún cuando ambos criterios se entrelazan.

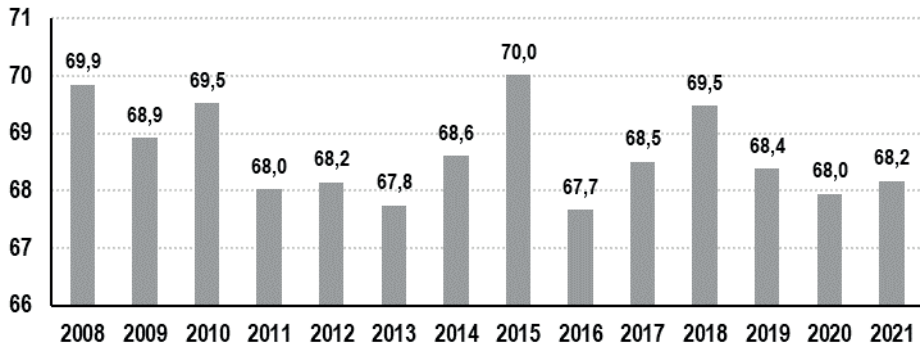
²¹ Instituto Nacional de Estadística, *Metodología de la Encuesta Anual de Estructura Salarial*, p. 3.

Como es bien conocido, las personas trabajadoras que se encuentran en rangos salariales de en torno al SMI se centran, esencialmente, en dos grupos (no excluyentes entre sí): jóvenes y mujeres²². En relación con estas últimas, la mencionada EAES aporta el dato, ya calculado, de cuál es el peso, dentro de cada estrato de retributivo (“hasta 1 SMI”, “de 1 a 2 SMI”, etc.), de cada sexo. Como era esperable, en el estrato de “hasta 1 SMI” que denotaría el “target” de trabajadores directamente afectados por cada decisión de subida o no de esta remuneración, se encuentran las mujeres de forma mayoritaria (Gráfico 6): entre 2005 y 2021, el promedio de mujeres en este estrato ha sido del 68,7% del total de las personas trabajadoras ubicadas en él, alcanzando el 68,2% en 2021, último dato disponible²³.

Gráfico 6

Porcentaje de las personas trabajadoras que cobran hasta 1 SMI que son mujeres (2008-2021). Todo tipo de jornadas.

Fuente: EAES



Aunque pudiera pensarse que ello deriva de que la mayor parte del empleo parcial se concentra en las mujeres, éstas también son mayoritarias cuando se trata de evaluar la composición por sexo del mismo estrato tomando como muestra sólo a las personas trabajadoras con jornada completa (Gráfico 77). En concreto, de entre los trabajadores que, aun con jornada completa, no superan el SMI, es decir, se cobran precisamente éste, las mujeres, como se ha dicho, siguen siendo mayoritarias: en 2021, suponían el 61,6%, mientras que, en promedio de 2008 a 2021, alcanzan el 67,0% -65,2% si se excluye el año 2015-.

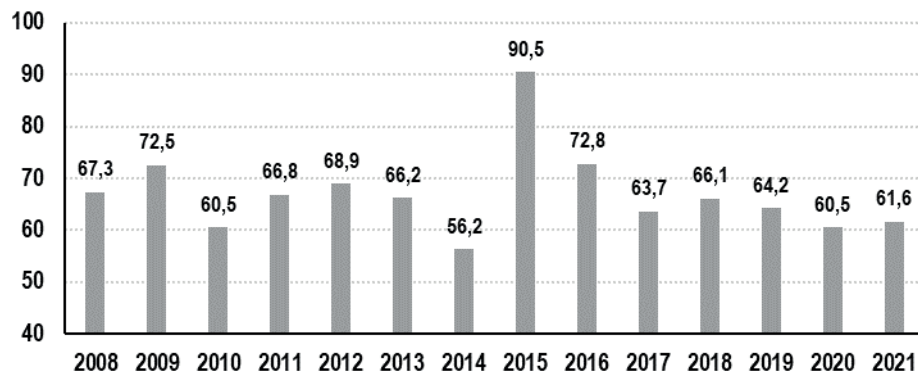
²² También las personas que trabajan en establecimientos pequeños. DE LA RICA, S.; MARTÍNEZ DE LA FUENTE, D.; GORJÓN, L.; ROMERO, G., *El impacto de la subida del salario mínimo sobre la desigualdad y el empleo*, ISEAK, 2021, p. 7.

²³ Desgraciadamente, la EAES no aporta estos datos por rango de edad.

Gráfico 7

Porcentaje de trabajadores a jornada completa que cobran hasta 1 SMI que son mujeres (2008-2021).

Fuente: EAES.



Nótese que, excluyendo el dato atípico de 2015, el promedio supera los dos tercios del total de personas trabajadoras en este nivel de remuneración, no bajando en ningún caso del 50%. Es más, en el dato más bajo, el de 2014, tal porcentaje se situó en el 56,2%. En suma, los datos reflejan, sin lugar a dudas, que las mujeres son uno de los grupos especialmente afectados por variaciones del SMI. En este sentido, debe tenerse en cuenta que esto es así, cualquier que sea la evolución que este experimente, es decir, también cuando existe estancamiento o retroceso en términos reales, lo que tiene importantes implicaciones en relación al análisis de género²⁴ y la reducción de su brecha salarial²⁵.

Señalado lo anterior, y tomando como referencia, por lo dicho anteriormente, el año 2017 como año de cambio a la fase expansiva en la que actualmente nos encontramos, puede comprobarse, fijándonos ahora en los jóvenes, que los estratos de edad entre 20 y 34 años acumulan un incremento salarial de entre el 11% y el 16% (Señalado lo anterior, y tomando como referencia, por lo dicho anteriormente, el año 2017 como año de cambio a la fase expansiva en la que actualmente nos encontramos, puede comprobarse, fijándonos ahora en los jóvenes, que los estratos de edad entre 20 y 34 años acumulan un incremento salarial de entre el 11% y el 16% (Gráfico 8). Por tanto, este grupo de edad sería el que habría experimentado avances más notables, lo que colige con el conocimiento de que son los estratos de menor edad los grandes afectados por el SMI en cualquier economía (-sólo seguido de cerca por el que se encuentra en la fase inmediatamente anterior a la jubilación (si bien con escasa vinculación al SMI-).8). Por tanto, este grupo de edad sería el que habría experimentado avances más notables, lo que colige con el conocimiento de que son los estratos de menor edad los grandes afectados por el SMI en cualquier economía²⁶ (-sólo seguido de cerca por el que se encuentra en la fase inmediatamente anterior a la jubilación (si bien con escasa vinculación al SMI-).

²⁴ Lo que a su vez tiene múltiples derivadas, como es la que tiene que ver con el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en el marco de la Agenda 2030. A este respecto, véase PÉREZ DEL PRADO, D., «Una aproximación a los indicadores de cumplimiento de los ODS desde la perspectiva de género», *Revista de información laboral*, 7, 2018, Lex Nova, pp. 175-194.

²⁵ GÓMEZ RUFIÁN, L., «La penalización de la mujer en el mercado de trabajo desde la perspectiva de las transiciones laborales», *Revista de información laboral*, 4, 2018, Lex Nova, pp. 255-244.

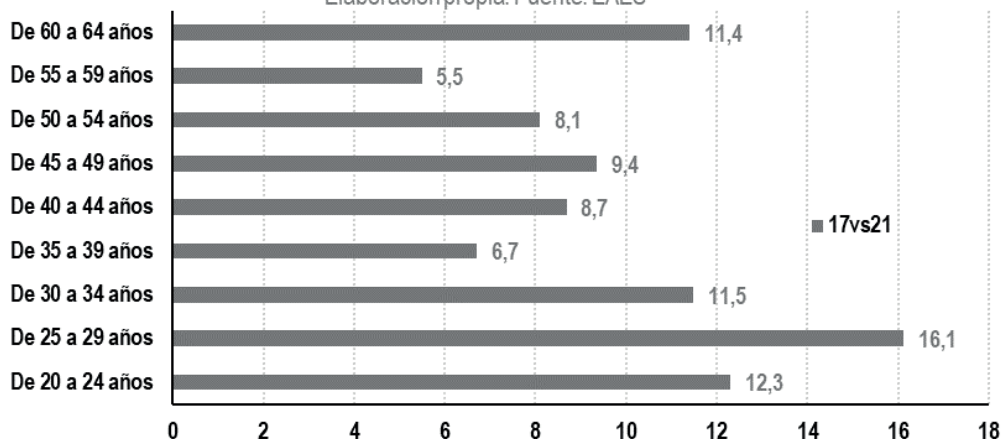
²⁶ BOERI, T.; VAN OURS, J., *The economics of imperfect labour markets*, Princeton University press., Princeton, New Jersey, 2008, cap. 2.

En particular, en promedio, los salarios de los jóvenes entre 20 y 24 años se habrían incrementado un 12,3%, mientras que los del grupo inmediatamente superior, entre 25 y 29 años, se habría elevado hasta el 16,1%. Solo encontramos niveles semejantes en el estrato más joven de la franja intermedia, de entre 30 y 34 años, que se sitúa en el 11,5%; y el de los más mayores, entre 60 y 64 años, que alcanza el 11,4%. Esto dejaría la variación salarial de los jóvenes en el periodo señalado entre 1,4 y 5,2 puntos por encima de la media de todos los grupos de edad.

Gráfico 8

Variación salarial nominal según edad (2017-2021).

Elaboración propia. Fuente: EAES



Por otra parte, uno de los efectos más relevantes en este sentido es el de que, teniendo en cuenta que es en 2021 (específicamente, en su último cuatrimestre) cuando empieza a brotar el shock inflacionario que aun sigue parcialmente presente, los salarios de los jóvenes fueron los únicos, junto con el de mayores de 60 años, que se mantuvieron en terreno positivo en términos reales para el periodo 2017 – 2021.

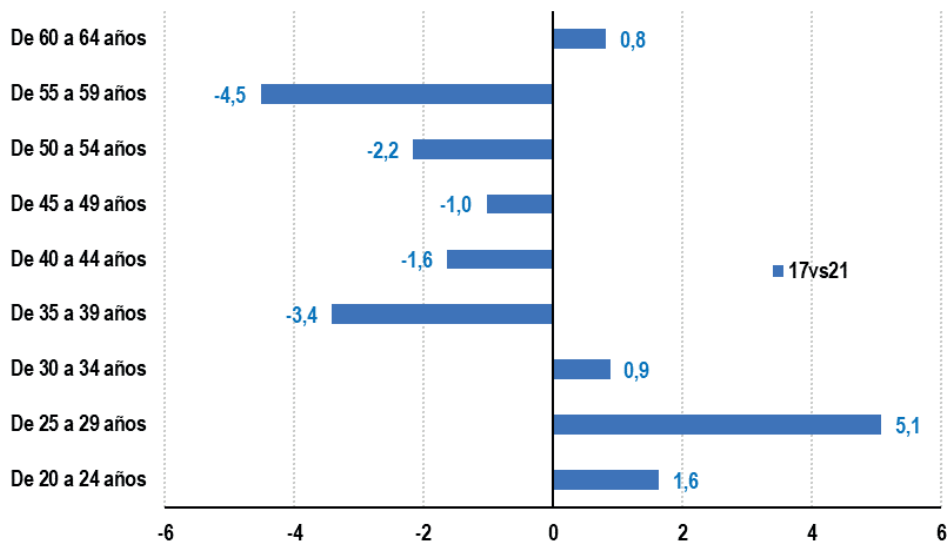
Tal y como puede comprobarse en el siguiente gráfico, mientras que el poder adquisitivo de los salarios de los grupos de edad intermedios retrocedió entre 1% y un 4,5%, el de los jóvenes se incrementó entre un 0,9% y un 5,1%. Tan solo los mayores de 60 acompañaron a los más jóvenes en el incremento de los salarios en términos reales, situándose también en esta franja baja de subida del 0,9%. De esta forma, mientras que la mayor parte de los grupos de edad experimentaron retrocesos en el poder adquisitivo de los salarios en el periodo señalado, los jóvenes habrían escapado a tal situación²⁷.

²⁷ En detalle, GÓMEZ RUIFÁN, L., «Evolución de la dinámica salarial en el periodo 2008 – 2017 según el Índice de Precios del Trabajo: salarios nominales y reales, derivas salariales y correlación el salario - ciclo económico», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11, 2019, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 263-309.

Gráfico 9

Variación salarial real según edad (2017-2021)

Elaboración propia. Fuente: EAES e IPC.



Si integramos el sexo en el análisis, a efectos de mayor segmentación, se puede comprobar que han sido especialmente las mujeres jóvenes las que más se habrían beneficiado de esta subida salarial, llegando a incrementos acumulados 2017-2021 del 17% para las de entre 25 y 29 años (European Committee of Social Rights, Conclusions XIV-2 - Statement of interpretation - Article 4-1, European Committee of Social Rights, Strasbourg, 1998.10). Este es el crecimiento mayor para mujeres y hombres en todas las franjas de edad, con variaciones que oscilan entre el 4,6% (hombres de entre 35 y 39 años) y el 14,3% (mujeres mayores de 60 años) (Gráfico 11).

De hecho, desde esta perspectiva, vuelve a reafirmarse que las mujeres serían el otro gran colectivo, junto a los jóvenes, especialmente beneficiado por las subidas del salario mínimo. Como puede verse en el Gráfico 11, en todas las franjas de edad, las subidas son mayores para ellas que para ellos, con incrementos que oscilan entre el 9,5% (mujeres de 35 a 39 años) y el anteriormente mencionado 17,1% de las más jóvenes. Sólo los hombres más jóvenes se aproximarían a incrementos salariales de esta magnitud. Sea como fuere, el avance del salario de las mujeres, como luego se expondrá, habría tenido con gran seguridad efectos positivos en lo que hace a la reducción de la brecha salarial.

Gráfico 10

Variación del salario nominal según sexo y edad (2017-2021).
Estratos jóvenes.

Elaboración propia. Fuente: EAES

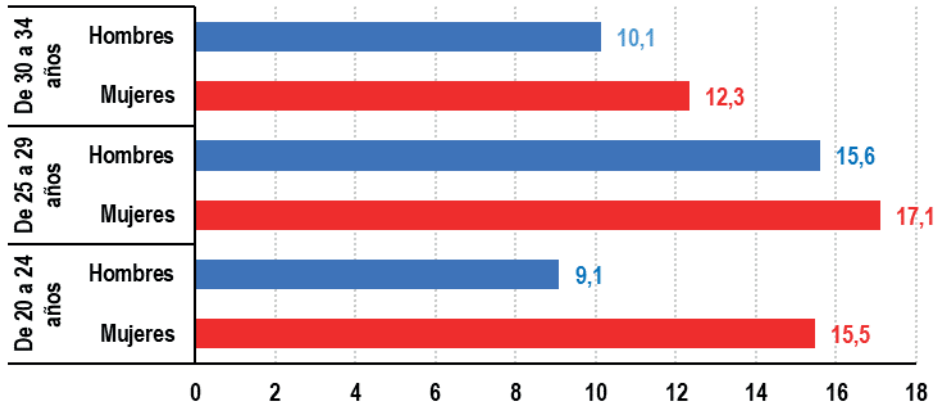
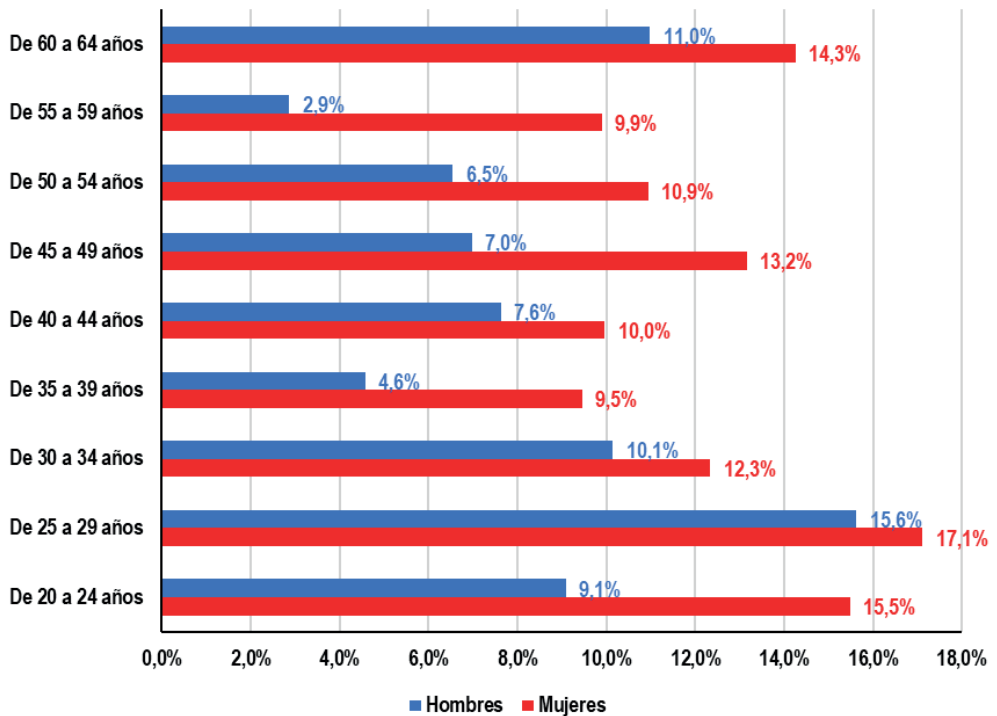


Gráfico 11

Variación del salario nominal según sexo y edad (2017-2021). Todos los estratos de edad.

Elaboración propia. Fuente: EAES

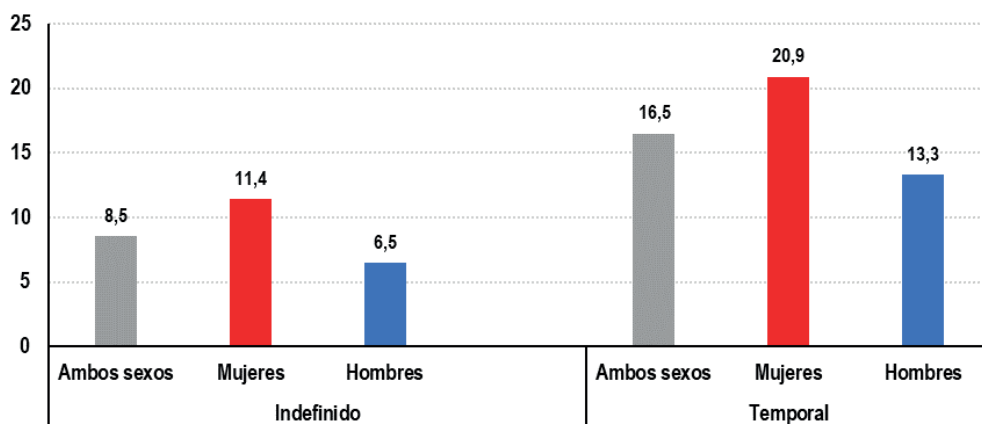


Por último, si introducimos una variable jurídico-laboral principal, como es el tipo de contrato, nuevamente, han sido los puestos especialmente precarizados (temporales) y, de entre ellos, los ocupados por mujeres, los que mayor incremento salarial han experimentado. Tal y como puede comprobarse en el siguiente gráfico, las mayores subidas, cualquiera que sea la modalidad contractual, se registran para las mujeres, si bien en el caso de los contratos temporales, ésta alcanza el 20,9%, casi el doble en el caso del contrato indefinido y 7,6 puntos más que en el de los hombres con contrato temporal.

Gráfico 12

Evolución salarial nominal según sexo y tipos de contrato (2017 - 2021).

Elaboración propia. Fuente: EAES



En este mismo sentido, como se ha señalado, la EAES incluye una serie de indicadores de desigualdad y distribución salarial que, específicamente, hacen referencia al SMI. Se trata, definido en términos técnicos, como el «porcentaje de trabajadores en función de su ganancia con respecto al Salario Mínimo Interprofesional respecto al total de trabajadores»²⁸. Tomando este indicador, aunque sólo se recoge para sexo y no para edad, puede apreciarse que la cobertura por el hasta 1 SMI (a jornada parcial por definición) (European Committee of Social Rights, Conclusions XXII-3 (2022) - Spain - Article 4-1, European Committee of Social Rights, Strasbourg, 2023.13, parte superior) se incrementa considerablemente desde 2017 (si bien en 2021 vuelve a niveles de 2019).

Más reseñable es aun el incremento del porcentaje de trabajadores cubiertos por un salario de entre 1 y 2 veces el SMI (European Committee of Social Rights, Conclusions XXII-3 (2022) - Spain - Article 4-1, European Committee of Social Rights, Strasbourg, 2023.13, parte inferior): éste se incrementa desde el 36,7% al 46,8%. Es llamativo que, en este caso, parecerían los hombres los especialmente beneficiados, pues parte de un nivel considerablemente inferior al de las mujeres en 2017 (33,8% frente a 40,4%, respectivamente) hasta situarse en uno superior: 48,8% para los varones en 2021 frente al 44,5% de las mujeres.

Ello tendría, con gran probabilidad, su causa principal en que la mayoría de los hombres se venían encontrando, previamente a las subidas de estos años, ya en estratos superiores a 2 SMI, mientras que el peso de las mujeres en este segmento, por contrapartida sería mayor. Después de las subidas ejecutadas hasta 2021, el menor número de mujeres en niveles salariales superiores al equivalente a lo que después serían entre 1 y 2 SMI haría que la presión del incremento de éste, aun

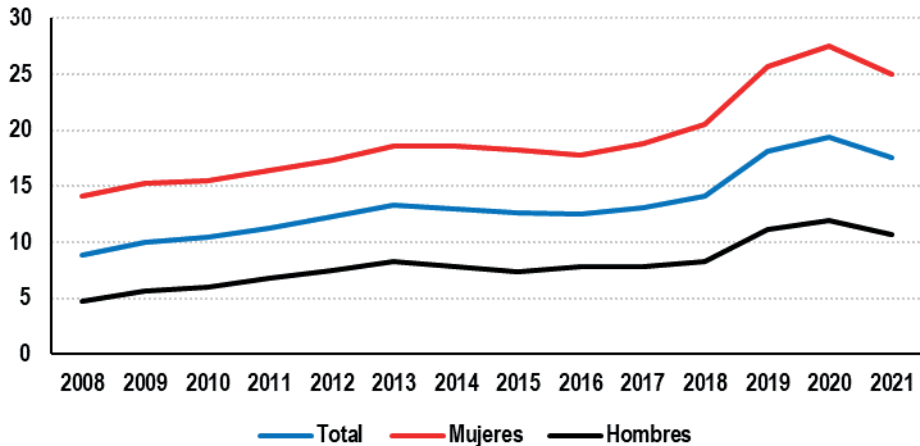
²⁸ Véase <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=28182&L=0>.

siendo notable, llevase a que su presencia final en el estrato lo fuera menor. Por el contrario, la gran feminización de los estratos salariales más bajos, y que ahora quedarían incluidos en “hasta 1 SMI” genera el efecto contrario anteriormente señalados para el primer estrato.

Gráfico 13

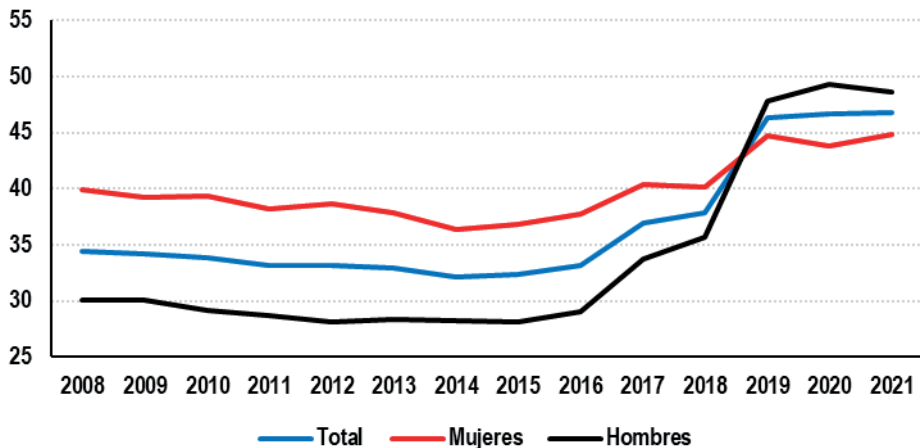
% de trabajadores que cobran hasta 1 SMI (2008-2021).

Fuente: EAES



% de trabajadores que cobran entre 1 y 2 SMI (2008-2021)

Fuente: EAES

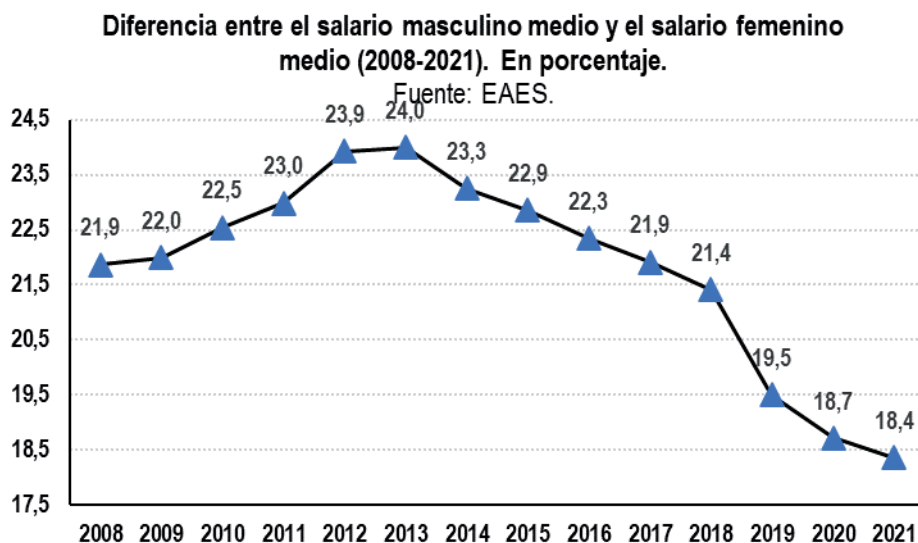


En otro contexto, donde el SMI estuviera nominalmente estancado, como ocurriera durante la segunda parte de la crisis financiera, un aumento de la cobertura de estos estratos salariales (“Hasta 1 SMI”, “Entre 1 o 2 SMI”), sería denotativo de una caída salarial. Ahora, en un marco de decididas subidas del mismo, esta dinámica conduce obligatoriamente a la conclusión opuesta: presión al alza

en el salario de los trabajadores menos remunerados del mercado de trabajo, con la consecuente dignificación de las condiciones laborales y materiales que ello conlleva.

Finalmente, y aun no pretendiendo ser éste un estudio econométrico, es evidente que, dado el especial impacto de las subidas del SMI sobre las mujeres, esta política de incremento sustancial del mismo. Específicamente, aunque venía mostrando una tendencia a la reducción desde los máximos alcanzados en los momentos de mayor estrés para el mercado de trabajo durante la Gran Recesión, es claro que, desde el tránsito de 2017 a 2018, esta reducción se ha acelerado con intensidad. En el siguiente gráfico puede observarse claramente.

Gráfico 14



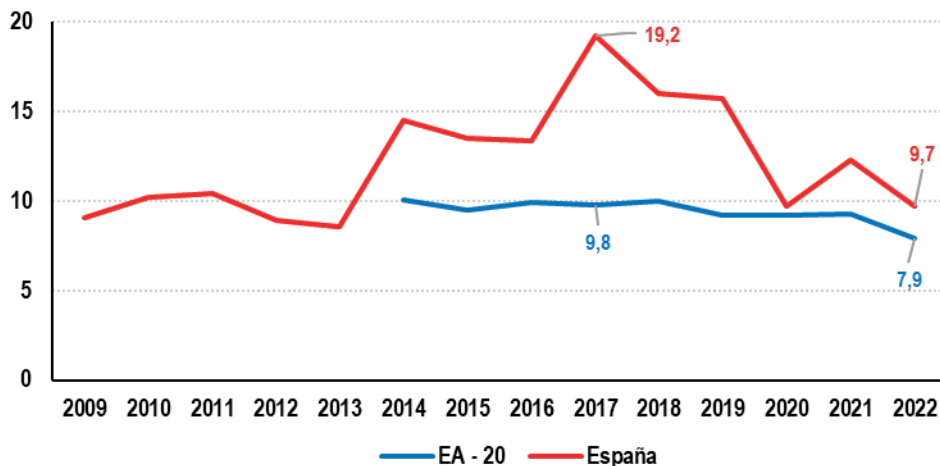
Tal y como puede apreciarse, mientras que en el período, 2013-2021, la media de reducción se sitúa en 0,5 puntos, en el período siguiente se duplica hasta alcanzar el punto porcentual. Dicho esto, debe tenerse en cuenta que este último estadio temporal es muy heterogéneo, con una fuerte bajada de 1,9 puntos entre 2018 y 2019, y una cierta ralentización entre 2020 y 2021, coincidiendo precisamente con la suavización de los incrementos del SMI coincidentes con el inicio de la pandemia y el confinamiento.

Por último, cabe realizar alguna aproximación al impacto que esta decidida progresión del SMI ha podido tener en la mejora de los estándares de vida de los trabajadores o, al menos, en lo que ha podido colaborar al respecto. Así, según Eurostat, el porcentaje de asalariados menores de 30 que, aun teniendo trabajo, se encontraban bajo el umbral de la pobreza alcanzaba en 2017 el récord histórico de casi 20% (el doble que en la Eurozona). Sin embargo, a partir de ese año, y siguiendo la cronología expuesta, cae abruptamente en casi 10 puntos, quedando cerca de la convergencia con los niveles de la mencionada Eurozona. Por tanto, existe al menos una correlación intensa entre las subidas del SMI y la mejora de las condiciones materiales de vida de los trabajadores jóvenes, y ello aunque, lógicamente, no se trate del único vector para esta mejora.

Gráfico 15

Porcentaje de los asalariados en riesgo de pobreza (2009-2022).

Fuente: Eurostat.



En suma, de lo dicho hasta aquí se desprende que, aunque correlación no implica causalidad, las subidas del SMI habrían venido acompañadas de incrementos salariales que, producidos directa o indirectamente por éste, habrían beneficiado especialmente a jóvenes y mujeres. El impacto particular sobre estos dos colectivos plantea un interesante debate acerca de los efectos sobre el bienestar y la equidad si se tiene en cuenta que son precisamente los que habitualmente sufren unas peores condiciones salariales²⁹. A este respecto, la mayor parte de los estudios que se han venido realizando acerca de las últimas subidas del SMI se han centrado fundamentalmente en su hipotético impacto sobre el empleo³⁰, siendo menos numerosos los que han prestado atención a esta otra perspectiva.

Entre estos últimos, cabe destacar que algunos han observado una reducción en la desigualdad salarial y un aumento en la participación de los quintiles más bajos, tanto en ingresos salariales como en rentas³¹. Otros, recopilando trabajos previos, apuntan que son varios los estudios que encuentran

²⁹ Entre otras también peores condiciones de trabajo. A este respecto, véase PÉREZ DEL PRADO, D., «Los efectos de la temporalidad más allá del mercado de trabajo», en Gómez Abelleira, F. J. (ed.) *La temporalidad laboral como problema jurídico: diagnósticos y soluciones*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 61-96.

³⁰ Antes del período último de expansión del SMI, el 50% de los estudios empíricos que se habían realizado en España habían encontrado un efecto negativo sobre el empleo, frente al 30% que lo habían encontrado positivo y un 20% que no había percibido efecto alguno (PÉREZ DEL PRADO, D., «El salario mínimo interprofesional en el debate jurídico y económico», *Revista de información laboral*, 1, 2017, Lex Nova, pp. 229-248.). Entre los posteriores a este período, los hay que han encontrado un efecto negativo sobre la afiliación que supuso una reducción de entre 0,13 y 0,23 puntos porcentuales, afectando especialmente a jóvenes y regiones con menores salarios (AIREF, *Impacto sobre el empleo de la subida del Salario Mínimo Interprofesional a 900€ mensuales*, AIREF, Madrid, 2020.); una reducción del crecimiento del empleo de entre 0,3 y 0,5 puntos porcentuales, afectando especialmente a los trabajadores de mayor edad (BARCELÓ, C. y otros, *Los efectos del salario mínimo interprofesional en el empleo: nueva evidencia para España*, Banco de España, Madrid, 2021.); un impacto nulo en el empleo en los períodos inmediatamente posteriores a la subida (hasta 5 meses después de la subida), pero gradual negativo tras ese momento (DE LA RICA, S. y otros, *El impacto de la subida del salario mínimo sobre la desigualdad y el empleo*, cit.); e, incluso, un incremento de la probabilidad de continuar empleado que afectaría especialmente a jóvenes y mujeres (ARRANZ MUÑOZ, J.M.; GARCÍA SERRANO, C.; SILVA, A. M., *La subida del salario mínimo de 2019 en España: una evaluación del impacto sobre la permanencia en el empleo con registros administrativos*, Instituto de Estudios Fiscales, 2022.).

³¹ DE LA RICA, S. y otros, *El impacto de la subida del salario mínimo sobre la desigualdad y el empleo*, cit.

efectos nulos o muy pequeños sobre la reducción de la pobreza, mientras que otros identifican reducciones moderadas sobre su incidencia y/o su intensidad³². Por último, también los hay que subrayan que el aumento del SMI del último período habría reducido las brechas salariales por género, país de origen o edad. También habría rebajado la desigualdad salarial entre las personas empleadas y la desigualdad de renta disponible entre los hogares españoles. En particular, el nuevo SMI habría reducido la pobreza monetaria de los hogares, con especial impacto en las personas jóvenes, contribuyendo a que más de 250.000 personas, entre las cuales 121.000 menores de 30 años, han salido de la pobreza³³.

3. CONCLUSIONES: HAY VIDA MÁS ALLÁ DE LOS EFECTOS SOBRE EL EMPLEO

En general, las posiciones en torno al SMI giran en torno a los siguientes argumentos³⁴. De una parte, los críticos del salario mínimo plantean dos grandes objeciones. La primera de ellas se refiere al hecho de que el salario mínimo elevaría artificialmente el precio del factor trabajo por encima del precio de libre mercado, lo que repercutiría en una mala asignación de recursos. La consecuencia final es que la asignación de factor trabajo y capital resultaría ineficiente, pues uno resultaría relativamente más caro que el otro como consecuencia de la intervención legislativa. La segunda está relacionada con el efecto del salario mínimo sobre la población a que va dirigido y, en particular, los trabajadores con salarios más bajos. En concreto, se alega que lejos de afectarles positivamente, produciría el efecto contrario, pues reduciría el empleo de estos colectivos.

De otra parte, los defensores del salario mínimo rechazan los anteriores argumentos sobre la base de que, por un lado, no se ha demostrado que el salario mínimo represente el único obstáculo a la eficiencia económica y que con su supresión se alcanzara el objetivo de un mercado de trabajo equilibrado. De hecho, si se parte de una situación de mercado imperfecto, la eliminación de una sola de las distorsiones no tiene por qué acercarnos necesariamente al óptimo sino, incluso, puede alejarnos de él³⁵. Dicho de otra forma, en mercados laborales imperfectos, la intervención no tiene por qué producir un efecto negativo, sino incluso todo lo contrario. Incluso, en los últimos años, vinculado a la crítica de los paradigmas económicos dominantes tras la Gran Recesión, ha comenzado reforzarse la visibilidad de las perspectivas que enfatizan el papel de los salarios en general y del salario mínimo en particular como fuente de demanda agregada (vía consumo), con potenciales efectos positivos sobre el empleo (y no sólo como coste productivo en una situación de competencia perfecta o imperfecta)³⁶.

De otro lado, en relación al bienestar de los colectivos objeto de protección, incluso en el caso en que se demuestre un efecto negativo sobre el empleo, de ello no puede deducirse una pérdida neta de bienestar, pues éste depende tanto del nivel salarial como de la frecuencia con que se tiene trabajo³⁷.

En el debate entre estas dos grandes posturas este último elemento ha salido frecuentemente perdiendo. La reflexión científica en torno al SMI viene pivotando casi monopolísticamente sobre sus hipotéticos efectos sobre el empleo, ignorando lo que también puede producir sobre el bienestar y la

³² ARRANZ MUÑOZ, J.M.; GARCÍA SERRANO, C., *Los efectos del incremento del salario mínimo interprofesional de 2019 en España en los hogares pobres*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.

³³ GRANELL, R.; FUENMAYOR, A.; SAVALL, T., *El salario mínimo, una medida a favor del pacto social*, 2022.

³⁴ F. R. MARSHALL; V. M. BRIGGS; A. G. KING, *Economía laboral: salarios, empleo, sindicalismo y política laboral*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Publicaciones, Madrid, 1987, pp. 622-624.

³⁵ R. G. LIPSEY; K. LANCASTER, *The General Theory of Second Best*, Elgar Reference Collection. International Library of Critical Writings in Economics, vol. 220. Cheltenham, U.K. and Northampton, Mass.: Elgar, 2008, pp. 55-82.

³⁶ Para una introducción a estos modelos de mercado de trabajo y de análisis del SMI, véase a. HEISE, A., "Reconciling facts with fiction. Minimum wages in a Post-Keynesian Perspective", Universität Hamburg, Discussion paper, August 2017. Disponible en: <https://www.wiso.uni-hamburg.de/fachbereich-sozoek/professuren/heise/zoess/publikationen/dp64.pdf>

³⁷ Para un estudio teórico más amplio sobre los pros y los contras del salario mínimo, consúltase S. RUESGA BENITO, "El debate sobre los efectos económicos de la legislación sobre salario mínimo", *Revista de derecho de la seguridad social*, 9, 2016, pp. 249-270.

equidad. A lo largo de estas páginas hemos tenido ocasión de forma muy somera hacia donde apuntan los datos en este otro ámbito tras un período de subida excepcional del salario mínimo.

Las conclusiones son claras: el incremento del SMI habría podido propiciar crecimientos salariales excepcionales, con ganancias de poder adquisitivo, que habrían afectado especialmente a aquellos que se encuentran en un peor posición, jóvenes y mujeres. A partir de ahí, los escasos estudios que se han realizado al respecto en torno a este incremento del salario mínimo apuntarían en la misma dirección, es decir, éste contribuiría a la reducción de la desigualdad salarial con carácter general y, en particular, reduciría la brecha de mujeres y jóvenes. No parece menos importante que este efecto redistributivo esté correlacionado con la reducción de la pobreza de los estratos más afectados por él.

4. BIBLIOGRAFÍA

- AIREF, *Impacto sobre el empleo de la subida del Salario Mínimo Interprofesional a 900€ mensuales*, AIREF, Madrid, 2020.
- ÁLVAREZ ALONSO, D., «La Directiva 2022/2041 sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea», *Los Briefs de la AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022, fecha de consulta 31 octubre 2022, en <https://www.aedtss.com/la-directiva-2022-2041-sobre-salarios-minimos-adecuados-en-la-union-europea/>.
- ÁLVAREZ ALONSO, D., «Salarios mínimos en la Unión Europea: propuesta de Directiva e implicaciones para España», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.o 151, 2021, Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, pp. 33-55.
- ARRANZ MUÑOZ, J.M.; GARCÍA SERRANO, C., *Los efectos del incremento del salario mínimo interprofesional de 2019 en España en los hogares pobres*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.
- ARRANZ MUÑOZ, J.M.; GARCÍA SERRANO, C.; SILVA, A. M., *La subida del salario mínimo de 2019 en España: una evaluación del impacto sobre la permanencia en el empleo con registros administrativos*, Instituto de Estudios Fiscales, 2022.
- BARCELÓ, C.; IZQUIERDO, M.; LACUESTA, A.; PUENTE, S.; REGIL, A.; VILLANUEVA, E., *Los efectos del salario mínimo interprofesional en el empleo: nueva evidencia para España*, Banco de España, Madrid, 2021.
- BOERI, T.; VAN OURS, J., *The economics of imperfect labour markets*, Princeton University press., Princeton, New Jersey, 2008.
- CARRIL VÁZQUEZ, X. M., «En 1000 palabras, el (in)cumplimiento español en materia salarial de la Carta Social Europea (Nihil novum sub sole)», *Los Briefs de la AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, no. 43, 2023, fecha de consulta 8 junio 2023, en <https://www.aedtss.com/en-1000-palabras-el-incumplimiento-espanol-en-materia-salarial-de-la-carta-social-europea-nihil-novum-sub-sole/>.
- DE LA RICA, S.; MARTÍNEZ DE LA FUENTE, D.; GORJÓN, L.; ROMERO, G., *El impacto de la subida del salario mínimo sobre la desigualdad y el empleo*, ISEAK, 2021.
- EUROFOUND, *Minimum wages in 2023: Annual review*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2023, fecha de consulta 29 junio 2023, en https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef23019en.pdf.

- GÓMEZ RUFÍAN, L., «Evolución de la dinámica salarial en el periodo 2008 – 2017 según el Índice de Precios del Trabajo: salarios nominales y reales, derivas salariales y correlación el salario - ciclo económico», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.o 11, 2019, Aranzadi Thomson Reuters, p. 16.
- GÓMEZ RUFÍAN, L., «La penalización de la mujer en el mercado de trabajo desde la perspectiva de las transiciones laborales», *Revista de información laboral*, n.o 4, 2018, Lex Nova, pp. 225-244.
- GRANELL, R.; FUENMAYOR, A.; SAVALL, T., *El salario mínimo, una medida a favor del pacto social*, 2022.
- HEISE, A. “Reconciling facts with fiction. Minimum wages in a Post-Keynesian Perspective”, Universität Hamburg, Discussion paper, August 2017
- PÉREZ DEL PRADO, D., «El salario mínimo interprofesional en el debate jurídico y económico», *Revista de información laboral*, n.o 1, 2017, Lex Nova, pp. 229-248.
- PÉREZ DEL PRADO, D., «Los efectos de la temporalidad más allá del mercado de trabajo», en Gómez Abelleira, F. J. (ed.) *La temporalidad laboral como problema jurídico: diagnósticos y soluciones*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 61-96.
- PÉREZ DEL PRADO, D., «Una aproximación a los indicadores de cumplimiento de los ODS desde la perspectiva de género», *Revista de información laboral*, n.o 7, 2018, Lex Nova, pp. 175-194.
- SALCEDO BELTRÁN, M. C., «La Carta Social Europea y el protocolo de reclamaciones colectivas: fortalecimiento de los derechos sociales y sus garantías», *Gaceta sindical: reflexión y debate*, n.o 36, 2021, Comisiones Obreras, CCOO, pp. 65-84.

The Gig Economy and its Impact on Social Security and Social Protection of Employees

La Gig Economy y su Impacto en la Seguridad Social y Protección Social de los Trabajadores

VOLODYMYR BIELOUSOV *Joint-stock company Closed non-diversified venture corporate investment fund “LEO INVEST HRUP”
03035, 14 Lypkivskoho Str., Kyiv, Ukraine*

ANATOLII MYKOLAIETS *Department of Public Administration
Interregional Academy of Personnel Management
03039, 2 Frometivska Str., Kyiv, Ukraine*

HANNA PLATONOVA *Law Association “LEX PARTNERS”
04071, 56 Yaroslavska Str., Kyiv, Ukraine*

OLEZIA BUHLAK *Scientific Research Institute of Public Law
03035, 2A Heorgiya Kirpa Str., Kyiv, Ukraine*

ANASTASIIA CHERNYSH *Department of Labor Law and Social Security Law
Taras Shevchenko National University of Kyiv
01033, 60 Volodymyrska Str., Kyiv, Ukraine*

Cita Sugerida: BIELOUSOV, V.; MYKOLAIETS, A.; PLATONOVA, H.; BUHLAK, O. y CHERNYSH, A.: «The Gig Economy and its Impact on Social Security and Social Protection of Employees». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 36 (2023): 279-289.

Abstract	Resumen
Nowadays, the gig economy is spreading rapidly around the world, and it has become an excellent alternative to standard labour relations. It combines the characteristics of labour and civil law, and gig contracts concluded between specialists and relevant customers contain features of both labour and civil law contracts. The purpose of this study is to identify the features, advantages and disadvantages of the gig economy; its impact on social security and social protection of employees; and to find ways to overcome the problems associated with the rapid growth of the gig economy in terms of social protection of employees. Ways of solving the existing problems in this area and the steps that need to be taken were proposed. Both international labour legislation and the legislation of individual countries, including Ukraine, need to be amended accordingly.	En la actualidad, la Gig Economy se está expandiendo rápidamente en todo el mundo y se ha convertido en una excelente alternativa a las relaciones laborales estándar. Combina las características del derecho laboral y civil, y los contratos de gig celebrados entre especialistas y clientes relevantes contienen elementos de ambos tipos de contratos. El propósito de este estudio es identificar las características, ventajas y desventajas de la Gig Economy; su impacto en la seguridad social y protección social de los trabajadores; y encontrar formas de superar los problemas asociados con el rápido crecimiento de la Gig Economy en términos de protección social de los trabajadores. Se propusieron formas de solucionar los problemas existentes en esta área y los pasos que deben tomarse. Tanto la legislación laboral internacional como la legislación de países individuales, incluida Ucrania, necesitan ser modificadas en consecuencia.
Keywords	Palabras clave
gig economy; gig contract; social security; social protection; gig specialist	gig economy; contrato gig; seguridad social; protección social; especialista gig

1. INTRODUCTION

Today’s realities force us to respond quickly to changes in public attitudes, business and economic phenomena. Living at such a frantic speed helps to create a mechanism to increase the

efficiency of employees and their motivation to perform tasks much faster and better with a mandatory focus on results. Accordingly, in the course of such rapid transience and sharp changes in economic sentiment, the phenomenon of the “gig economy” has emerged and has rapidly taken over the business field. This phenomenon is often referred to as a tool for freelancers, as its essence is to engage in various tasks and projects on a temporary basis.

This phenomenon is most common in the fields of programming, law and online marketing. However, it has recently been spreading to the creative and scientific sectors. For example, in the US, more than 30% of employees work according to the principles of the gig economy (Gavrysh & Buchkovsky, 2020).

The characteristics of the gig economy include a direct move away from the usual 9:00 to 18:00 schedule, a move away from working in an office as a full-time employee, and the ability to work on many different projects at the same time. Moreover, such opportunities and corresponding pay encourage employees to complete tasks faster and really work for the result, rather than sitting through all the hours of the working day. At the same time, both parties involved get what they want: the company gets projects completed on time, and the employee gets paid on time. Those involved in such activities work on the basis of new principles and standards that require greater involvement and responsibility. Such activities are not limited to standard routine and require continuous development and self-improvement. Improving the skills of employees increases both the number of orders and tasks and the level of payment for these orders. It also affects the reputation of the worker and increases their expertise.

The gig economy, also known as the “on-demand economy” or “shared workplace economy”, is an economic system in which companies and individuals use technology platforms to provide services or sell goods on a temporary contract basis. For example, in Ukraine, such a platform is Diia City. A gig-worker is a person who is assigned a task to perform work or participates in a project on a freelance basis and, accordingly, receives financial remuneration from such activities outside the traditional employment relationship between an employer and an employee (Navigating Gig Economy’s Social Safety Net, 2023).

According to the Law of Ukraine “On Stimulating the Development of the Digital Economy in Ukraine”, a gig-specialist is an individual who, under a gig contract, is a contractor and/or performer of certain work (On Stimulating the Development of the Digital Economy in Ukraine, 2021).

It is worth noting that employees are engaged on the basis of gig contracts. A gig contract is a completely new form and a new tool for engaging employees to perform certain tasks, which combines the features of labour and civil law (Kolesnyk, 2022). In accordance with the provisions of the Law of Ukraine “On Stimulating the Development of the Digital Economy in Ukraine”, a gig contract is a civil law contract under which the relevant specialist undertakes to perform tasks, works and/or provide certain services in accordance with the tasks as a customer (a Diia City resident in Ukraine), and the customer (a Diia City resident) undertakes to pay for the tasks, works and/or services performed and provide the specialist with appropriate conditions for performing tasks, works and/or providing relevant services (On Stimulating the Development of the Digital Economy in Ukraine, 2021).

Thus, it can be concluded that gig contracts prescribe a specific system of work when specialists are not directly hired in the traditional sense, but are only engaged for specific projects, where such employees solve the tasks specified in the contract within the established timeframe (Servetnyk, 2022).

However, certain challenges arise in the course of performing tasks under a gig contract. One of them is the problem of social security and social protection of employees, which is mandatory for labour relations, but has been deformed in the course of implementation of the gig economy

phenomenon in the realities of today. That is why the purpose of this study is to identify the features, advantages and disadvantages of the gig economy; its impact on social security and social protection of employees; and to find ways to overcome the problems associated with the rapid pace of implementation of the gig economy in terms of social protection of employees.

2. METHODOLOGICAL FRAMEWORK

Our scientific research is carried out using general and special scientific methods. For a thorough and objective study, the author used the following methods: the method of system analysis, synthesis, comparative legal method, dialectical method, and the method of analysis of regulatory legal acts. The method of interpretation of legal provisions was also used to formulate comprehensive conclusions and proposals for improving current legislation and overcoming existing problems in the course of performing tasks based on gig contracts.

Using the method of systematic analysis, the authors studied in detail the sources of information on the selected topic, such as scientific and journalistic articles, regulations, in order to identify the features, advantages and disadvantages of the gig economy; its impact on social security and social protection of employees; and to find ways to overcome the problems associated with the rapid pace of implementation of the gig economy in terms of social protection of employees. As a result of the systemic analysis, the author formulates certain proposals and conclusions regarding the prospects for reducing violations in the area of social security and social protection, and, most importantly, identifies and lists the challenges faced by gig-workers in the course of performing the tasks assigned to them by gig-contracts.

The synthesis method is used to formulate a general vision of the implementation of the gig economy and its impact on social protection of employees and their social security, including steps to improve current legislation with due regard for the proposals and conclusions formulated.

Using the comparative legal method, the author analyses the features, positive and negative features of the gig economy based on the conclusions of international institutions, the scientific community and gig workers themselves. On this basis, the author provides generalised recommendations for further improvement of the mechanism of social security and social protection of employees.

Using the dialectical method, the author reveals the very essence of the challenges faced by gig workers in the field of social security and social protection.

Using the methods of analysis of legal documents and interpretation of legal norms, the author identifies the characteristic inherent features of the gig economy which contribute to achieving the aim of our study.

The empirical basis of the study is international legal instruments, EU legal instruments and national regulations. A number of foreign and Ukrainian scholars have paid attention to the issues of the gig economy and its impact on social security and social protection, including Behrendt C. (2019), Nguyen Q. A. (2019), Rani U. (2019), Kolesnyk G. (2022), Majumdar S. (2021), Cunha N. (2019), Uchiyama Y. (2022), Furuoka F. (2022), Md Akhir Md N. (2022), Servetnyk A. (2022), Nova A. (2019) and others.

3. RESULTS AND DISCUSSION

3.1. Characteristics of the gig economy, its positive and negative features

Every day, technology surprises us with its comprehensiveness and rapid implementation in all spheres of human life. The pandemic has given a significant impetus to such technological

innovations, which are already able to offer completely new ways of communication between employers and employees through online platforms. As a general rule, and in order to optimise all processes, tasks can be divided into separate stages that are controlled by the employer, or they can be given to the employee in full with a set deadline. Specific algorithms are used to distribute tasks to different specialists. Specialists, in turn, receive a fee for each completed task set out in the gig contract. However, unlike the performance of tasks on the basis of labour contracts, which provide for certain social protection and social security, the gig economy requires some improvement, as there are a number of challenges.

It is worth noting that approximately 36 million EU workers have participated in gig work, including through platforms such as Uber or Deliveroo (Nova, 2019). These figures are quite approximate, and therefore we can confidently say that gig labour and the gig economy are gaining momentum, and therefore it is necessary to analyse all the challenges faced by gig workers and other participants in this area and provide proposals for specific measures to limit the negative consequences in the field of social protection of online platform workers. Our study should examine the positive and negative aspects of the gig economy and gig labour to further formulate the necessary conclusions. The main advantages are:

- 1) Flexibility - allows people to work on their own schedule and choose projects that they are really interested in. They can choose the time and place of their work, which gives them more flexibility in ensuring a work-life balance. They are not tied to a specific office, which helps them to better plan their personal time and rest, which has a positive impact on the effectiveness of their work.
- 2) Employment - provides an opportunity for an additional source of income for those who do not have a permanent job or who are looking for a way to earn money in their spare time. It can be especially useful for students, young professionals or those with employment restrictions, for example, due to family reasons.
- 3) Expanded access - increases opportunities for access to the labour market for those who do not have access to traditional employment. This allows people with different qualifications and skills to earn money, giving them the opportunity to realise themselves in a particular field.
- 4) Entrepreneurial opportunities - enables people to become private entrepreneurs and develop their own business, paying taxes to the state and filling the state budget. This, in turn, contributes to the growth of self-employed people who can provide services and goods without the need for a large initial investment (Platform workers and social protection: International developments, 2023).

The main disadvantages of implementing gig labour and the gig economy are as follows:

- 1) Instability of income - individuals working in the gig economy can depend on an erratic flow of work and fluctuations in the market. They may face periods of under-ordering, which can lead to financial instability.
- 2) Lack of legal regulation - gig economy and gig work are less regulated compared to traditional forms of employment. This may affect the rights and protections of workers, including working hours, pay, safety and working conditions.

- 3) Competition and price reductions - if there are a large number of employees in the gig economy in a particular field, competition can lead to lower prices for work and services. This can consequently affect the income and living standards of workers in the gig economy.
- 4) Lack of social protection - Many workers in the gig economy do not have access to social protection such as health insurance, unemployment or pension schemes. They bear the costs of health insurance and other social protection on their own, which can be financially unprofitable (Uchiyama et al., 2022). This is the biggest problem associated with gig labour and the gig economy.

Based on the above, it should be noted that while the gig economy and gig labour offer flexibility, the possibility of gaining some autonomy and more opportunities for growth as a skilled worker, it also has significant power over workers through algorithms for distributing tasks among employees, the availability of employee ratings, etc. If a person works as a freelancer and is interested in receiving projects, they must be constantly in touch, respond quickly to changes and edits, or potentially be able to receive more expensive orders and perspective projects in the future. This blurs the work-life balance, especially for workers who rely on freelance work as their main source of income.

3.2. The impact of the gig economy on social security and social protection of employees

Despite the many advantages of gig work, working in this segment can put workers in unstable and difficult situations. When a person is given the opportunity to take on multiple projects to increase their income, they are effectively working overtime. This, in turn, leads to financial instability and insecurity. Since gig contracts are not purely labour contracts, they are not covered by standard social security, occupational safety and health. There are numerous cases when employees in the gig economy are denied pensions, health insurance, workplace accident insurance, sick leave, vacation, etc. Under such conditions, employees are obliged to work when they are sick, which leads to poor performance of the tasks themselves and further burnout of the employee. Many platforms and other employers are also reluctant to provide training, as they fear that it will lead to gig workers being recognised as hired employees (ILO et al, 2023).

Existing gig work platforms often take advantage for their own purposes and budgetary savings of the inability and failure of social security and welfare systems to provide adequate support to vulnerable groups, including the risk of resorting to various forms of discrimination and gender role-playing. Gig workers are often not protected by workplace equality legislation, which is mostly designed for officially employed workers. In this regard, it is also worth mentioning women who, in most cases, take on the responsibility for childcare and take on home-based work to support themselves financially. This is done in order to combine childcare, household duties and work. Due to insufficient financial and social security, potential employers take advantage of these difficult conditions and reduce pay for the same tasks, etc. (Bin Othman Mohd, 2022).

Trade unions are an important driving force for defending workers' rights. However, since gig specialists are physically isolated from each other and often do not communicate with each other at all, even within the same online platform, they face difficulties that a union could help them overcome. In general, potential models of collective bargaining can be developed for workers in the gig economy who currently do not have the support of trade unions, but this requires the creation of appropriate mechanisms and the introduction of this possibility within the framework of the law (Behrendt et al., 2019).

The lack of regulation of these processes encourages companies to exploit the workers who work for them by calling them private entrepreneurs. They deny any connection with these individuals,

while also denying them proper social security and social protection. Moreover, there are court cases from several countries that have stated that gig workers should be treated as employees. And the so-called false self-employment entails detrimental consequences for gig workers in terms of complete social insecurity.

Some companies in the gig economy sector use the exploitation of workers as part of their business strategy to avoid paying taxes, refuse to take responsibility for their employees and participate in social protection programmes. They exploit various fiscal weaknesses and take advantage of tax loopholes inside the EU to pay as little tax as possible and concentrate wealth in their hands. In addition, they hope that EU member states will provide them with assistance in the event of an economic downturn (ILO & OECD, 2020).

From the above, we can confidently say that social security is a driving force for ensuring decent working conditions in the labour market in general. Therefore, a basic level of protection should be present and enshrined both at the international level and at the level of individual states. This requirement is also in the interest of fair competition between enterprises, as well as the protection and efficiency of labour markets.

The basis for adequate and sufficient social protection for gig workers is a proper policy, the completeness of the regulation of this issue in legal acts, and the implementation of the necessary mechanisms and processes to ensure transparency in the provision of social protection to workers. Ensuring adequate coverage of platform workers, regardless of their employment status, involves a number of challenges, such as accessibility, data transfer, awareness and mobility, similar to other groups that are difficult to reach. An important aspect is the ease of access to social protection programmes and services that may be difficult for workers in the gig economy to access. This may include aspects such as understanding of rights and benefits, the registration process, and access to information on social protection and workers' rights. It is also important to address the transfer of data and information about work, income and working conditions between workers and platforms. This can ensure transparency and openness about working conditions and benefits, as well as facilitate the understanding and assessment of risks and opportunities (ISSA Guidelines on administrative solutions for coverage extension, 2022).

In our opinion, we can identify the main key aspects of protecting gig-workers as a result of the active spread of the gig economy and its impact on all areas of our lives:

1. Ensuring the main components of labour protection.

The legal regulation of work and part-time work in the gig economy is necessary primarily to ensure adequate social protection of workers in relatively new forms of employment. In these circumstances, it is particularly important to prevent misclassification of workers and to prevent so-called "tricky" self-employment, which is in fact private enterprise. There must be an appropriate classification of employment status, a mechanism for transparency of rules implemented through algorithms and data to protect workers' rights. These aspects are key elements of ensuring the rights of employees (World employment and social outlook 2021..., 2021). It is important to note that the determination of employment status is crucial for the establishment of social security and protection of employee rights, given that the nature of labour and social protection is inextricably linked to the dependent or independent nature of employment. This issue has led to a significant number of court disputes, which, although they settled the disputed legal relations, did not result in large-scale changes in legislation and changes in the operation of other online platforms.

In terms of ensuring proper working conditions, there were some developments in the European legal framework in 2021. The European Commission proposed to adopt a directive directly related to ensuring proper working conditions on various online platforms and creating a presumption of an employment relationship. In general, the following criteria for monitoring compliance with decent

working conditions must be met to establish the presumption. These include the payment of wages on time, the existence of and compliance with established rules of conduct, control over the performance of tasks, freedom to organise work and working hours, and restrictions on clients. It should be noted that this presumption can be easily overturned if the company or online platform proves that there is no employment relationship with the employee (Platform workers and social protection: International developments, 2023). This directive aims to ensure transparency in the receipt and distribution of tasks through algorithms, as there have been situations where many workers have expressed concerns about the lack of transparency of algorithmic management methods that use data platforms, which could potentially violate their rights.

Furthermore, labour protection should include adequate wages, working hours, occupational safety and health, and employment protection. The minimum wage and collectively agreed minimum wages are legally binding instruments that can help prevent worker exploitation and combat workplace poverty. They set a minimum level of pay that should be paid to workers for their labour. However, many workers on platforms are often excluded from such agreements and do not receive a guaranteed minimum wage. This can be a problem, as such workers may find themselves in a vulnerable position where their pay may be much lower than in traditional jobs (G20 Policy Principles on Adapting Labour Protection for More Effective Protection..., 2022).

Traditional working time issues usually focus on excessive working hours. Therefore, labour laws typically contain provisions limiting working hours and requiring periods of rest and recuperation, including weekly days off and paid annual leave. However, these norms are generally not applicable to workers in the gig economy. The problem is that platform workers are often forced to stay in touch in order not to lose their jobs when new vacancies or tasks appear (Nguyen & Cunha, 2019).

Moreover, the responsibility for ensuring safe working conditions often falls on the employees themselves, rather than on the respective companies. Due to the lack of necessary knowledge, such provision is insufficient and unlawful, and entails unnecessary risks on the part of gig workers. That is why it is necessary to envisage and establish penalties for safety provisions at the national and international level to ensure the right to a safe and healthy working environment is fully ensured (World employment and social outlook 2021..., 2021; Extending social security to self-employed workers..., 2021). If we cover the statement about the mandatory nature of employment protection, this aspect means that when an employee has an official legal status of an employee, he or she is legally protected (including protection against unlawful dismissal).

2. Providing social protection.

It does not matter whether gig workers are employees or registered as private entrepreneurs, they should be covered by the law's requirements for a basic level of social protection. A basic level of social protection includes access to healthcare, continued income security in case of pregnancy, social protection and financial support in case of work-related injury or disability, etc. As with other hard-to-reach groups, it is important to establish effective mechanisms for registration, collection of contributions and payments to ensure adequate social protection for all workers (ISSA Guidelines on communication by social security administrations, 2022).

However, the existing court practice and the development of this industry are bearing fruit. Many countries are introducing gig work into their labour market and providing gig workers with full social insurance. In Argentina, a statute for gig workers is being actively developed, which will contain references to social security in its key provisions. Belgium has taken the above-mentioned EU directive as a basis and developed a social and labour framework for gig workers, including insurance for them. In turn, the Indian Social Security Code contains provisions on social protection and financing of gig workers (Majumdar, 2021).

An important condition for ensuring social protection is the adaptation and improvement of national policy and the entire legislative framework in the area of social protection. This can be done in several ways:

- Introducing simple but effective mechanisms for registration, collection of contributions and provision of benefits. This area is based on two elements: simplified tools provided by social security and contribution collection authorities, and interconnection between the online platform and contribution collection authorities aimed at automatic payment of contributions at source. This area requires significant investment, as well as multi-stage mental work to achieve the desired effect;
- The exchange of data between public authorities, gig workers and platforms is an important step, as employees can work for hire or take specific orders through platforms. For this purpose, a system for exchanging data on employees, their length of service, employment records, and payments should be actively functioning. If there is no such exchange, there is a high probability of incomplete coverage by social protection and social security in the future, especially with regard to pension payments;
- Awareness and informing - awareness campaigns are crucial to encourage platform workers to be formally employed and covered by social security (ISSA Guidelines on administrative solutions for coverage extension, 2022);
- A procedure for transferring a gig worker from one company or employer to another, between them and vice versa - this is important to ensure, given the need to transfer payments, complete employment records and ensure proper social protection during such transitions. Failure to do so may result in incomplete social protection coverage for gig workers, especially for long-term benefits such as pensions. This can create gaps in social protection during the transition from active work to retirement. These issues are particularly pronounced when the gig worker and the platform they work on are located in different jurisdictions or countries. This can lead to difficulties in determining who is responsible for social protection and retirement benefits, as well as coordination issues between different social protection systems (Platform workers and social protection: International developments, 2023).
- Ensuring cross-border protection of gig workers in the course of their work, regardless of the jurisdiction of the platform or the client. It is important to take into account the mobility of rights and benefits to effectively protect the rights of gig workers working on online platforms.

Given that these workers often work in different countries, it is necessary to ensure access to social benefits regardless of their location. In this context, it is important to consider various aspects such as the portability of social protection rights and benefits between different jurisdictions. This means that gig workers should be able to receive social benefits regardless of where they are located and not lose their rights and benefits due to moving or working in another country. Ensuring the mobility of rights and benefits includes the development of international standards, the establishment of mechanisms for interstate cooperation and the exchange of information between different social protection systems. This approach will ensure that gig workers can continue to enjoy social protection regardless of their geographical location and movement.

3.3. Proposals for overcoming the problems in the field of social security and social protection of gig employees

The problems associated with the impact of the gig economy on the social security of gig employees require a comprehensive approach and the use of various strategies. Here are some ways to address these issues:

- 1) Legal and regulatory framework - an important step is the development and implementation of legal norms that take into account the specifics of the gig economy and ensure social protection of gig workers. This may include recognising their status, establishing minimum standards of working conditions, rights to leave, social insurance, and access to pension programmes.
- 2) Developing new models of social protection - this may include adapting existing programmes and creating new forms of social insurance that take into account the flexible nature of the gig economy and the needs of gig workers.
- 3) Collective negotiations and unions - gig workers can form unions and collectively bargain with platforms to secure better working conditions and social protection. This may include setting standards for pay, working hours, safety, and participation in social protection programmes.
- 4) Support and training for gig workers - support and training measures may be necessary to ensure the social protection of gig workers. This may include providing access to training programmes, counselling services, additional resources and support to improve financial literacy and career planning.
- 5) International cooperation - The challenges associated with the gig economy and the social protection of gig workers require international cooperation. Countries can share experiences, develop common standards and cooperate in developing policies aimed at protecting the rights and social protection of gig workers.
- 6) Establishing an obligation for companies to knowingly pay wages and taxes to employees and discourage black freelancing.
- 7) Conducting active educational activities for both companies and gig specialists.
- 8) If a gig employee wants to become a regular employee, the company should satisfy such a request - this should be provided for in the current labour legislation of a particular country.

4. CONCLUSION

Thus, based on the above, it is safe to say that the gig economy is a completely new sphere of relations. Gig labour is a key element of this phenomenon, and consists in the performance of tasks, services and projects by an employee on the basis of a gig contract for a certain year. The positive features of the gig economy are its flexibility, a wide range of opportunities for business development, adaptability to the realities of the labour market, and the guarantee of additional sources of income. Negative aspects include the lack of proper social protection and social security, some income instability, insecurity of labour rights, and high competition, which leads to lower wages for the same work.

In order to address these gaps and provide social protection to the migrant workforce, it is necessary to develop new models of social protection adapted to new realities and challenges, to create trade unions and promote active negotiations for social security guarantees, to improve existing legislation and to engage in active international cooperation. These ways can help improve the social protection of gig workers and reduce the inequalities arising from the spread of the gig economy. However, addressing these challenges will require joint efforts by governments, platforms, trade unions, and the active participation of gig workers.

5. REFERENCES

- BEHRENDT, C., NGUYEN, Q. A., & RANI, U. (2019). Social protection systems and the future of work: Ensuring social security for digital platform workers. *International Social Security Review*, 72(3). Retrieved from: <https://doi.org/10.1111/issr.12212>
- BIN OTHMAN MOHD, A. N. (2022). *The role of social security in promoting inclusive growth and social cohesion: A report on contribution collection from platform workers* (Technical Commissions report). Geneva, International Social Security Association. Retrieved from: <https://ww1.issa.int/node/237514>
- G20 Policy Principles on Adapting Labour Protection for More Effective Protection and Increased Resilience for All Workers. (2022). Retrieved from: <http://www.g20.utoronto.ca/2022/4-LEMM-Labour-Protection.pdf>
- GAVRYSH, T., & BUCHKOVSKY, A. (2020). Stability vs development: how the gig economy works in a company. Retrieved from: <https://mind.ua/openmind/20215935-stabilnist-vs-rozvitok-yak-pracyue-gig-ekonomika-v-kompaniyi>
- ILO, & OECD (2020). *Ensuring better social protection for self-employed workers* (Paper prepared for the 2nd Meeting of the G20 Employment Working Group under Saudi Arabia's presidency). Geneva, International Labour Office and Paris, Organisation for Economic Co-operation and Development. Retrieved from: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/multilateral-system/g20/leaders-summits/saudi-arabia/WCMS_742290/lang--en/index.htm
- ILO, ISSA & OECD (2023). Providing adequate and sustainable social protection for workers in the gig and platform economy. Retrieved from: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--dgreports/---ddg_p/documents/publication/wcms_867535.pdf
- World employment and social outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work (2021). Geneva, International Labour Office.
- Extending social security to self-employed workers: Key lessons learned from international experience (2021). Social Protection Spotlight Brief. Geneva, International Labour Office.
- ISSA Guidelines on administrative solutions for coverage extension (2022). ISSA. Geneva, International Social Security Association.
- ISSA Guidelines on communication by social security administrations (2022b). ISSA. Geneva, International Social Security Association.
- KOLESNYK, G. (2022). Features of Gig contracts and prospects for their application in Ukraine. Retrieved from: <https://zib.com.ua/ua/151618.html>
- MAJUMDAR, S. (2021). The case for social security benefits to gig workers in India. *Chambers and Partners Articles*, November. Retrieved from: <https://chambers.com/articles/the-case-for-social-security-benefits-to-gig-workers-in-india>

- Navigating Gig Economy's Social Safety Net (2023). Retrieved from: <https://www.drishtiiias.com/daily-updates/daily-news-editorials/navigating-gig-economy-social-safety-net>
- NGUYEN, Q. A., & CUNHA, N. (2019). *Extension of social security to workers in informal employment in the ASEAN region*. Geneva, International Labour Office. Retrieved from: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms_735512.pdf
- NOVA, A. (2019). Gig economy workers may get short changed when it comes to Social Security checks. Retrieved from: <https://www.cnbc.com/2019/06/20/gig-economy-workers-face-smaller-social-security-checks-down-the-road.html>
- On Stimulating the Development of the Digital Economy in Ukraine. (2021). Law of Ukraine No. 1667-IX. Retrieved from: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1667-20#Text>
- Platform workers and social protection: International developments. (2023). Retrieved from: <https://ww1.issa.int/analysis/platform-workers-and-social-protection-international-developments>
- SERVETNYK, A. (2022). About the gig economy, digital nomads and whether robots will pay taxes? Retrieved from: <https://www2.deloitte.com/ua/uk/pages/press-room/deloitte-press/2022/taxation-history-10.html>
- UCHIYAMA, Y., FURUOKA, F., & MD AKHIR, Md N. (2022). Gig Workers, Social Protection and Labour Market Inequality: Lessons from Malaysia. Retrieved from: https://www.ukm.my/jem/wp-content/uploads/2022/11/jeko_563-9.pdf

Clásicos de la Seguridad Social

La biblioteca

JUAN BAUTISTA RIVERO LAMAS (1937-2007): La comprensión del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social desde el enfoque de los Derechos Humanos

JUAN BAUTISTA RIVERO LAMAS (1937-2007): Understanding Labor Law and Social Security through a Human Rights Perspective

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

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

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L.: «JUAN BAUTISTA RIVERO LAMAS (1937-2007): La comprensión del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social desde el enfoque de los Derechos Humanos». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 36 (2023): 293-318

1. SEMBLANZA INTELECTUAL Y UNIVERSITARIA

“A los juristas, aunque nos dediquemos al cultivo de una parcela que compromete la dignidad del hombre de forma tan principal como lo es la elegida por mí –el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social– nos incumbe una tarea complementaria [respecto a los profesionales de la Medicina] pero también muy importante: organizar la convivencia en libertad delimitando derechos y deberes, articulando estructuras para establecer un sistema de convivencia que potencie los derechos y la dignidad del hombre”

JUAN BAUTISTA RIVERO LAMAS¹

Juan Bautista Rivero Lamas (Cádiz, 2-12-1937/Zaragoza 18-10-2007) puede ser considerado como uno de los grandes iuslaboralistas de nuestro país; uno de los artífices del moderno Derecho Social del Trabajo. Gozó de renombre nacional e internacional. Un jurista eminente. Su actividad de investigación jurídica y su actividad docente ha estado presidida por un vivir la Universidad con intensa inclinación vocacional y por su dedicación al Derecho con referencia continua a la realidad social en la que el fenómeno jurídico aparece, a partir de los esquemas básicos del normativismo esencial a la ciencia jurídica. La suya fue una actividad docente ininterrumpida, con su empeño en “educar hombres y no en fabricar profesionales situados”, por decirlo con palabras de Francisco Giner de los Ríos. Su historial científico y académico es realmente brillante. Se ha de destacar en él su concepción humanista e ilustrada del fenómeno jurídico y de la función de los juristas.

D. Juan Bautista Rivero Lamas nació en San Fernando (Cádiz), siendo el mayor de ocho hermanos. Cursó estudios en distintos centros y obtenido diversos títulos y premios. Bachillerato y Curso Preuniversitario en el Liceo del Sagrado Corazón (PP. Carmelitas), de San Fernando (Cádiz),

¹ RIVERO LAMAS, J.B.: *Protección de la Salud y Estado Social de Derecho*, Discurso Leído en el Acto de su recepción Académica el día 30 de noviembre de 2000. Discurso de Contestación del Ilmo. Sr. DR.D. Narciso L. Murillo Ferrol, Académico de Número, Zaragoza, Real Academia de Medicina, 2000, págs. 94.

1948-1954; Licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla 1954-1959; Cursos de Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, 1959-1960. Obtuvo el doctorado por la Universidad de Barcelona el 2 de noviembre de 1961. La Memoria de la tesis, titulada “*La novación del contrato de trabajo*”, fue calificada de “Sobresaliente *cum laude*” por el Tribunal. El Director de la Tesis fue el Dr. Manuel Alonso García, del cual se consideró siempre su discípulo y al cual, en coherencia, siempre tuvo como referencia universitario. Obtuvo también, el Premio Extraordinario de Doctorado en Derecho de la Universidad de Barcelona (1963) y el Premio Ciudad de Barcelona de Tesis Doctorales (1964). Becario del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Patronato Raimundo Lulio), desde enero de 1961 a diciembre de 1962. *Programme D’ Etudes sur les Organisations Européennes*, realizado en Estrasburgo (5 a 20 de julio de 1964). *Diplôme de L’ Ecole Internationale de Droit du Travail Comparé*, por los estudios realizados en Trieste, durante los meses de julio y agosto de 1964. Estudios de Derecho del Trabajo en el *Istituto Giuridico “Antonio Cicu”* de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Bolonia, durante los meses abril-mayo de 1965.

Entre los distintos puestos docentes desempeñados merece la pena destacar el de Profesor de Derecho del Trabajo del “Instituto Católico de Estudios Sociales” de Barcelona, cursos 1960-61, 1961-62 y 1966-67, y *Catedrático* de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, en virtud de oposición, Orden Ministerial de 17 de diciembre de 1969. En el año 1963 había alcanzado la condición de profesor adjunto por oposición de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona y encargado de la *enseñanza de “Seguros Sociales”* en la Facultad de Ciencias Políticas y Comerciales de dicha Universidad. Asimismo, en los inicios de la década de los sesenta asiste a cursos de especialización en Derecho del Trabajo impartidos en Estrasburgo, Trieste y Bolonia. Asumiría la condición de Director y Profesor de Derecho del Trabajo de la Escuela Social de Zaragoza, desde 13 de marzo de 1970 hasta 30 de septiembre de 1973, por nombramiento. Promotor y Director del Instituto Universitario de Relaciones Laborales de la Universidad de Zaragoza, creado por Acuerdo de la Junta de Gobierno de dicha Universidad de 20 de diciembre de 1975. Director del Departamento de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho, durante de 1979 hasta 1981. Con posterioridad fue *Director del Departamento de Derecho de la Empresa* de la Universidad de Zaragoza en los siguientes periodos: 1990-1993/1996-1997/2002-2005; Departamento de Derecho de la Empresa de cuya creación fue el principal impulsor. *Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza*, cursos 1981 a 1984, por elección del Claustro de la Facultad. Director de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Zaragoza, Orden Ministerial de 6 de agosto de 1984, cargo que desempeñó hasta noviembre de 1995. Esto pone de manifiesto que lo fue todo en la Universidad de Zaragoza. Miembro fundador de la Escuela de Doctorado Internacional “Tullio Ascareli”, con sede en la Universidad Roma Tre (Italia), que otorga títulos de Doctorado Europeo. Fue también Coordinador de los Convenios con las facultades de Derecho de las universidades italianas de Bari, Roma Tre, Génova, Módena y Palermo, en el Programa Sócrates-Erasmus, desde su celebración hasta 2007.

Ha sido miembro de las más prestigiosas Asociaciones científicas: *Presidente de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, desde 2004. Miembro de número de la Asociación desde 1967. Secretario General de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, desde 2006. Vicepresidente 1º de la Academia 2003-2006. Académico de número (sillón nº 15), elegido por los Académicos en el mes de julio de 1993. Miembro de número de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, desde 1963. Miembro de número de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo, desde 1974. Miembro de número de la *International Industrial Relations Association*, desde 1979. Académico de Número de la Real Academia de Medicina de Zaragoza, desde 2002. Académico correspondiente a la Real Academia de San Romualdo de Ciencias, Artes y Letras (2001). Miembro del Consejo Económico y Social de Aragón en representación de la Diputación General de Aragón. Decreto de 12 de diciembre de 1995,

BOA nº 148, de 18 de diciembre. Elegido para la Comisión Permanente del Consejo en el momento de su constitución. Vocal del Consejo de Redacción de Revista Española de Derecho del Trabajo (CIVITAS), desde su fundación. Miembro del Consejo Asesor de la Revista Relaciones Laborales (Revista crítica de teoría y práctica), Distribuciones de la Ley, S.A., desde su fundación. Miembro del Consejo Asesor de la Revista Actualidad Laboral (Publicación semanal técnico jurídica del Trabajo y de la Seguridad Social), desde su fundación. Es de destacar también el Profesor Juan Rivero perteneció y participó activamente en el Grupo Investigador del Proyecto Europeo “*Collana di diritto comparato e comunitario del lavoro y della sicurezza sociale*” en el marco del “*Programma Socrate*”, el cual desarrolló desde principios de del siglo veintiuno. El Proyecto estaba financiado por la Università di Bari, del Instituto Europeo de Relaciones Laborales y la entonces denominada “Asociación Española de Seguridad Social”. Del cual formaron parte un conjunto relevante de iuslaboralistas europeos (como Bruno Veneziani, Jo Carby-Hall, Antonio Ojeda Avilés, Jean-Pierre Chauchard, Edoardo Ghera, Alian Supiot, Juan Rivero Lamas, José Luis Monereo Pérez, Urich Zachert, Edoardo Ghera, Franco Liso, Umberto Carabelli, Mario Giovanni Garofalo, Luciano Garofalo, Domenico Garofalo, Patrick Chaumentte, Michel Dispersyn, Gregor Thüsing, Juan Gorelli Hernández, Monica Mc Britton, Karl-Jürgen Biebak, Ángel Luis de Val Tena, Carla Spinelli, Andrea Allamprese, entre otros investigadores de diversas Universidades Europeas). De esta iniciativa pionera se publicaron distintas monografías con periodicidad anual en varias de las cuales escribió el Profesor Juan Rivero Lamas.

Tras su fallecimiento en 2007, se celebraron numerosos actos universitarios en su honor y se publicó un libro homenaje: DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.): *El trabajo. Libro dedicado a la memoria de Juan Rivero Lamas*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2011. (contando con la participación en el mismo de Manuel Álvarez de la Rosa, Juan García Blasco, José Ignacio García Ninet, Ignacio García-Perrote Escartín, José Luis Gil y Gil, Lourdes López Cumbre, Jesús R. Mercader Uguina, José Luis Monereo Pérez, J.L., Alfredo Montoya Melgar, Antonio Ojeda Avilés, Manuel Carlos Palomeque López, Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, Tomás Sala Franco, Antonio Vicente Sempere Navarro, Ángel Luis de Val Tena, Fernando Valdés Dal-Ré y Luis Enrique de la Villa Gil).

2. PRODUCCIÓN CIENTÍFICA

La labor científica de Juan Rivero es de extraordinaria calidad y con distintos ámbitos de interés científico (exponente de sus inquietudes intelectuales), con aportaciones relevantes para el progreso de la ciencia jurídica, y su particular proyección en el Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social. Su obra es de gran rigor científico y de profunda e intensa capacidad analítica. Es una obra, la suya, muy variada tanto desde el punto de vista temático, como desde la perspectiva de la pluralidad de enfoques analíticos desplegados. Se debe realzar, no obstante, la centralidad que en su obra tiene el tratamiento omnicompreensivo y totalizador de la Empresa (su estructura y sus cambiantes formas de organización económico-jurídica, las relaciones jurídicas que se dan en su interior, la participación de los trabajadores, poderes empresariales y sus límites, ejercicio de los derechos fundamentales, etcétera), la problemática de la protección de los derechos fundamentales y la teoría de las fuentes del Derecho. Todo ello con una metodología abierta al tiempo histórico y en una perspectiva también de futuro *–lege ferenda–*, lo que permite comprender su vigencia actual.

Por destacar, entre sus publicaciones, los siguientes *Libros*: *La novación del contrato de trabajo (Estudio jurídico de las modificaciones de la relación individual de trabajo)*, Bosch, Barcelona, 1963, obra que puede considerarse, sin duda, clásica en la materia. *Estructura de la Empresa y participación obrera (Estudio sobre el Jurado de Empresa)*, Ariel, Barcelona, 1969. *El Derecho común del trabajo en España*, **Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1970**. *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político*, Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1977. *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1977. VV.AA. (Rivero Lamas, J., coord.): *Hacia*

un modelo democrático de relaciones laborales, Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1980. VV.AA. (Rivero Lamas, J., coord.): *El trabajo en la Constitución*, Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1982. VV.AA. (Rivero Lamas, coord.): *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80*, Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1983. Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial (Lección de apertura del Curso Académico 1986/1987 de la Universidad de Zaragoza), Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1986. Rivero Lamas, J. (Ed.): *La flexibilidad laboral en España*, Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1993. *Protección de la salud y Estado social de Derecho*, Real Academia de Medicina, Zaragoza, 2000. VV.AA. (Rivero Lamas, J., dir.; De Val Tena, A.L., coord.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales (Outsourcing)*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thompson-Aranzadi, 2003.

Pero sus *estudios o ensayos* son también de una extraordinaria calidad y seriedad científica, incidiendo en todos los ámbitos fundamentales de la literatura jurídico-laboral; y muchos de ellos –al igual que las monografías citadas– han marcado un hito, un punto de inflexión, en la ciencia jurídica. Entre ellos interesa destacar los siguientes: “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa”, en *Revista de Política Social*, Madrid, nº 55, 1962. “La socialización de los riesgos y la nueva regulación de las enfermedades profesionales”, en *Revista Iberoamericana de la Seguridad Social*, Madrid, nº 5, 1962. “Contrato de trabajo y antigüedad en la empresa”, *Revista de Política Social*, Madrid, nº 64, 1964. “Los regímenes complementarios en la Ley de Bases de la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, nº 61, 1964. «Les cadres juridiques collectifs de l’exploitation agricole en Droit espagnol», *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*. Tomo XIII, Fasc. 2, 1965. “La estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español”, Separata nº 4 de la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales*, Universidad Nacional de Trujillo (Perú), 1966. (Una versión resumida en *Revista de Política Social*, nº 70, 1966). “Jubilación Laboral”, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. XIII, Barcelona, 1968. “Las transformaciones de la Seguridad Social ante el Derecho del Trabajo”, *Revista Iberoamericana de la Seguridad Social*, nº 5, 1968. “El principio de especialidad y la aplicación de las normas laborales”, *Revista de Política Social*, nº 87, 1970. “El Derecho común del Trabajo”, *Cuaderno del Seminario de Derecho del Trabajo*, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 1970. “Tipificación y estructura del contrato de trabajo”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. XXV 1972. “Los sindicatos y la acción sindical en la Constitución”, en VV. AA.: *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1979. “Democracia pluralista y autonomía sindical (Actividad política de los sindicatos y Constitución)”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. G. Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, 1980. También en *Revista de Estudios Políticos*, nº 16, 1980. “Pluralismo sindical y negociación colectiva”, en *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*, Instituto de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, 1980. “La contratación colectiva en el Acuerdo Marco Interconfederal de 5 de enero de 1980”, en VV.AA.: *Comentarios al Acuerdo Marco Interconfederal sobre negociación colectiva*, Instituto de Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1980. “Modificación de las condiciones de trabajo (Comentario al art. 41, LET)” en VV.AA. (Borrajó Dacruz, E., dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VIII, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunida Madrid, 1982. “La formación del jurista y la enseñanza del Derecho del Trabajo” en VV.AA. (Gil Cremades, J.J., coord.): *La enseñanza del Derecho: Seminario de profesores de la Facultad de Derecho*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1985. “La enseñanza del Derecho del Trabajo”, en VV.AA.: *II Jornadas Luso-hispano-brasileñas de Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1985. “Los derechos de información en la empresa (En el marco europeo internacional y en España)”, (con García Blasco, J.), en VV.AA.: *Contrato de Trabajo y Formación Profesional*, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986. “Los Derechos humanos en el

ámbito laboral”, en VV.AA. (Fernández Rodríguez, F., coord.): *Estudios sobre la Encíclica Laborem Exercens*, B.A.C., Madrid, 1987. “Poderes empresariales y democracia industrial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Revista de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación; Buenos Aires)*, nº 6, 1987. “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo (Comentario al art. 41 de la LET)”, revisión y actualización para la 2ª edición del Tomo VIII de VV.AA. (Borrajo Dacruz, E., dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales*, EDESA, Madrid, T. VIII, 2ª Edición, 1988. “Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empleador (I y II)”, *Actualidad Laboral*, nº 8 y 9, 1988. “Técnicas modernas de garantía del empleo”, *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 33, 1988. “Sanciones por violación o incumplimiento de normas laborales”, Ponencia General en el *XII Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid 20-23 septiembre 1988 (publicado en español, francés, inglés y alemán). Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1988. “Aplicación del Derecho del Trabajo y tutela jurisdiccional”, en volumen de las VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, *Constitución y proceso de Trabajo*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1990. También en *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 42, 1990, con el título: “La aplicación del Derecho del Trabajo: tutela jurídica de los derechos y protección jurisdiccional”. “Tutela jurídica de los derechos laborales en el Ordenamiento Español”, en el volumen de VV.AA.: *Lo Statuto dei Lavoratori (1970-1990)*, a cura di Alessandro Garilli e Salvatore Mazzamuto, Jovene Editore, Napoli, 1992. También en *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo (Civitas)* núm. 57, 1993. “La legitimación empresarial para la negociación colectiva. Asociaciones empresariales legitimadas para negociar. La legitimación en grupos de empresas”, *Relaciones Laborales*, nº 24, 1992. También, en el volumen de VV.AA.: *Los límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos*, V Jornadas de Estudios sobre la Negociación Colectiva, Madrid, 17 de junio de 1992, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993. “Política de convergencia, flexibilidad y adaptación del Derecho del Trabajo”, en VV.AA.: *La flexibilidad laboral en España*, Instituto de Relaciones Laborales de la Universidad de Zaragoza, 1993. “La cesión de trabajadores en el Derecho español del Trabajo”, en VV.AA. (Borrajo Dacruz, E., dir.): *La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales*, Actualidad Editorial, S.A., Madrid, 1993. “Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994 (Una aproximación interpretativa)”, en *Documentación Laboral*, nº 43, 1994. “Modificación sustancial de condiciones de trabajo: algunos problemas del artículo 41 ET”, en VV.AA.: *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995. “Poder de dirección y ‘ius variandi’: extensión y límites”, en *Movilidad funcional y geográfica. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, 1994. “El proceso de laboralización del empleo público: aspectos críticos y límites”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 6-7, 1995. “La reforma del mercado de trabajo y el modelo español de relaciones laborales”, en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L., dir.): *XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, (Granada, 9-10 Diciembre 1993), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Granada, 1996. “Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo”, *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 80, 1996. “Las ideologías jurídicas y la empresa: cooperación y conflicto (Una reflexión sobre recientes experiencias)”, en *Libro-homenaje al Prof. H.H. Barbagelata. Evolución del Pensamiento Iuslaboralista*, Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo (Uruguay), 1997. También en *Relaciones Laborales*, nº 2, 1997. “Participación y representación de los trabajadores en la empresa”, en VV.AA. (De Buen Lozano, N. y Morgado Valenzuela, E., coords.): *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-Universidad Nacional Autónoma de México, México 1997. También publicado en *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 84, 1997. “Dirección y control de la actividad laboral, comentario al artículo 20 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L., dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998. “Estructuras y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1997”,

en *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 89, 1999. “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo (en torno al artículo 41)”, en *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 100, vol. I, 2000. “Los ajustes de plantilla en la negociación colectiva española” (en colaboración con J.L.Monereo Pérez y J.A.Fernández Avilés), en *I Licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Collana di diritto comparato e comunitario del lavoro e della sicurezza sociale-Programma Socrates, Bari, Cacucci Editore, 2001. “Presentación” de la obra de Nawiasky, Hans: *Teoría general del derecho*, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002. “La garantía de los derechos y libertades constitucionales”, en VV.AA.: (Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N., dirs.), *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002. “Trabajo asalariado y trabajo autónomo: Las nuevas fronteras del Derecho del Trabajo” (en colaboración con J.L.Monereo Pérez y A.Ojeda Avilés), Collana di diritto comparato e comunitario del lavoro e della sicurezza sociale-Programma Socrates, Bari, Cacucci Editore, 2003. “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral”, en VV.AA. (Rivero Lamas, J., dir. y coord., De Val Tena, A.L., coord.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales (Outsourcing)*, Aranzadi, Pamplona, 2003. “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, en VV.AA.: *El trabajo y la Constitución, Estudios en homenaje al Prof. Manuel Alonso Olea. Academia Iberoamérica de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Madrid, 2003. “El derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales” (con De Val Tena, A.L.), en VV.AA. (Martín Jiménez, R. y Sempere Navarro, A.V., Coords.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003 (también publicado en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n. 104, anno XXVI, 2004,4). “Diritti fondamentali e contratto di lavoro: efficacia orizzontale e contratto costituzionale”, *Casa Editrice Dott. Antonio Milani*, nº 2, 2004. “Descentralización productiva y protección de los trabajadores en el Derecho Español del Trabajo”, en VV.AA.: *Scritti in Memoria di Massimo D’Antona*, vol. IV, Giuffrè Editore, Milán, 2004. “Jurisprudencia constitucional y garantía de los derechos constitucionales”, en VV.AA.: *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2005. “Reflexiones sobre la protección jurisdiccional de los derechos constitucionales” en VV.AA.: *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2005. “La jubilación como medida de fomento del empleo”, *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 131, 2006 (uno de sus últimos ensayos de gran relevancia en la materia, pp. 531-586). “Unificación y pluralismo jurídico del Derecho social de la Unión Europea” en *Relaciones Laborales-La Ley*, nº 10, 2007. “El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos” con De Val Tena, A.L., en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 68, 2007. “La jubilación como medida de fomento del empleo”, en VV.AA.(coord.. Lourdes López Cumbre): *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Ed.Iustel, Madrid, 2007. Voces “Derechos fundamentales y contrato de trabajo”, “Fuentes del Derecho del Trabajo” y “Convenio colectivo” en VV.AA.: *Enciclopedia básica de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2008. “Promoción de la autonomía personal y protección de la dependencia: bases y fundamentos constitucionales” (con De Val Tena, A.L.), en VV.AA.: *Estudios sobre Seguridad Social en homenaje al Prof. José Vida Soria*. Ed. Ed. Comares, Granada, 2008. *La Democracia en la Empresa*, edición, selección y estudio preliminar, “Juan Rivero Lamas. Semblanza intelectual” (pp.IX-XXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2010.

3. PENSAMIENTO JURÍDICO Y SOCIAL (I). UNA PERSPECTIVA DE CONJUNTO

Para Rivero es necesario partir de una visión global del ordenamiento jurídico, renunciando, de entrada, a delimitaciones rígidas sobre lo que pueda considerarse incluido en este sector jurídico-laboral; y de poner de relieve la trascendencia social de la normativa, para así comprender mejor su

desarrollo y aplicación. El sector del ordenamiento jurídico que hoy se acota bajo la denominación de Derecho del Trabajo presenta, desde esta perspectiva, un valor singular para registrar los cambios que inciden en la ciencia jurídica al compás de las transformaciones sociales y políticas. Es lo cierto, hace notar, que ha sido la Sociedad Industrial la que ha impulsado el nacimiento del Derecho del Trabajo, generando con los nuevos principios personalistas y sociales una corriente de renovación de los modelos ético-sociales y antropológicos recibidos del Derecho civil tradicional. Situando el conflicto de clases en la parcela de la realidad social sobre la que proyecta su normativa, aspira a integrar el conflicto y también a resolver sus expresiones. En la reflexión sobre la función del Derecho en la sociedad, desde una perspectiva diferente a la dogmática tradicional y al positivismo legalista, se impone un tratamiento interdisciplinar de los temas y problemas. De ahí la insuficiencia del positivismo formalista. Por tanto, entiende que hay que contar que con la exigencia de romper el aislamiento de una teoría del Derecho desvinculada de la práctica social. En concreto, se trata de contar con las vertientes ética, política y económico-social en la producción normativa y en su proceso de aplicación (“La enseñanza del Derecho del Trabajo”). De ahí que deba incorporarse también los derechos humanos como componentes de una teoría jurídica, pero teniendo en cuenta que, en todo caso, los derechos humanos, sin una adecuada *positivación* que los convierta en derechos fundamentales de la persona, es difícil que adquieran alguna relevancia práctica, al menos desde el punto de vista normativo, aunque no siempre como principios jurídicos. Es difícil articular el tratamiento positivo de tales derechos fundamentales sin remitirse a su existencia prepositiva. Por lo demás, los derechos fundamentales imponen al legislador tanto unos límites negativos como un deber positivo para su precisa configuración y para asegurar su efectividad (“Presentación” al libro de Hans Nawiasky, “Teoría general del Derecho”, Trad. 2ª ed. alemana de José Zafra Valverde. Presentación Juan Rivero Lamas. Edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2002).

Por otra parte, en la perspectiva interna el sistema jurídico, no le parece adecuada la visión atomísticas y aislacionista del ordenamiento jurídico-laboral, pues, afirma, que el Derecho del Trabajo (entendido como “el conjunto unitario de normas y principios reguladoras de la prestación, personal y libre, de trabajo profesional por cuenta ajena y en régimen de dependencia”) no forma un todo cerrado y completo en sí mismo; sí es un todo diferenciado, flexible y en conexión con otros sectores del ordenamiento general. Tiene fuentes jurídicas propias, pero éstas no dan razón de su significado en el seno del ordenamiento jurídico (*El Derecho Común del Trabajo en España*, 1970). Para Rivero es preciso realizar una crítica a los excesos del formalismo jurídico poniendo de manifiesto sus insuficiencias y sus falsas seguridades, pero sin incurrir, a su vez, en los excesos del realismo jurídico radical. La crítica al formalismo jurídico permite explicar la aparición en el ámbito de la teoría y metodología jurídica de nuevas propuestas, las cuales suponen, en algunos casos, una aproximación mayor a la sociología jurídica y, en general, a las ciencias sociales. No obstante, no se puede ignorar que, por este camino, se llega al borde del abismo: si los fundamentos útiles de la decisión jurídica son criterios morales, sociales, económicos y, en definitiva, políticos, nada impide considerar que la decisión jurídica solo es una forma específica de decisión política que se somete a ciertos procedimientos formales de control. Pero de ser así, ello conduciría a la disolución del derecho en la política, aunque el proceso que conduce a la extensión del “no derecho” rinda homenaje a la consecución de fines que persiguen la socialización de necesidades e intereses. Para él la garantía efectiva de la libertad e igualdad de las personas ha de recuperar, mediante instrumentos formales, una regulación adecuada que garantice la *seguridad jurídica* en un marco social en el que la idea de comunidad se acentúe junto al mayor grado de socialización. Por ello entiende, con H.L.A. Hart, que aunque la textura abierta del derecho signifique la existencia de áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por “los funcionarios”, con el fin de que se encuentre un compromiso entre los intereses en conflicto, la vida del derecho consiste en establecer reglas determinadas que orienten la actuación de aquellos, y también de los particulares, de manera que no se exija una nueva valoración caso por caso. De no ser así, *se corre el riesgo –afirma– de que la*

*aplicación del derecho ya no sea cosa solo de juristas sino de “operadores sociales”, y que el control administrativo y judicial, además de ser incompleto, experimente un cambio cualitativo al atribuir a los funcionarios y a los jueces una función jurídico-política. Advierte, así, de la existencia de fuertes peligros de disolución de una teoría general del derecho en el contexto de las ciencias sociales, con las que tiene que colaborar, sin duda, pero no diluirse o confundirse con ellas. Pero, con todo, y evitando estos excesos de las corrientes realistas, una teoría jurídica no puede desconocer la dimensión finalista del derecho. Pues, en efecto, se debe tratar de integrar –limitadamente– los contenidos y los fines del derecho en el empeño constructivo de una teoría general. Esta no se puede elaborar contando solo con la forma o la estructura del derecho, porque es consustancial a la norma de derecho la tendencia hacia una determinada forma de comportamiento, por lo que no se puede hablar de un deber ser vacío de contenido. De aquí que no se pueda eliminar lisa y llanamente el elemento *fin*.*

Piensa Juan Rivero que en la actual base de desarrollo de los saberes jurídicos, una teoría general del derecho no parece que pueda conformarse con ser una parcela de las ciencias humanas estática e intemporal. La elaboración científica de una teoría general del derecho entendida solo como normología, no pasa de ser una caja de herramientas al servicio del derecho como forma de saber práctico; saber que también incluye, necesaria y constitutivamente, dimensiones filosóficas, políticas y sociológicas. En todo caso, *esa normología está al servicio de la justicia* y tiene como materia el derecho, manifestado en normas en su realización concreta e histórica, que tratan de armonizar, delimitar y reconstruir las relaciones y los vínculos sociales en el marco de una comunidad política. La “argamasa” normativa que da cohesión y armonía a las relaciones y vínculos sociales incluye también en cada momento histórico un *componente de derecho natural concreto* (históricamente situado), que se integra, en buena parte, por unos principios, valores y derechos humanos, en el presente positivizados en nuestra Constitución como tales, de cuyo desarrollo, respeto y potenciación depende el buen funcionamiento del Estado social y democrático de derecho (“Presentación” al libro de Hans Nawiasky, “Teoría general del Derecho”; “La garantía de los derechos y libertades constitucionales”).

No es de extrañar, pues, que muchas de sus contribuciones al proceso de democratización del sistema de relaciones laborales de nuestro país, sus trabajos elaborados en pleno período de transición política, tengan un objetivo común, no obstante el distinto enfoque metodológico: analizar y calificar las innovaciones producidas en la normativa y suministrar, simultáneamente, unos criterios de orientación a los cambios que, desde el sistema político, se producían para la reconversión del sistema español de relaciones laborales. Los estudios no han de agotar su contenido en el mero análisis de los cambios normativos; antes bien, los trabajos, apoyados en el Derecho comparado y en las investigaciones interdisciplinarias sobre las relaciones laborales, formulan líneas de tendencia, apuntan críticas y sugieren soluciones, para encauzar la evolución y acertar con el diseño que afirme en su particularismo la identidad del sistema español de relaciones laborales. Es así que si el método tiene siempre una función mediadora, y si la metodología jurídica tiene un valor relativo, porque no es alcanzable un determinismo jurídico, el estudio de los sistemas de relaciones laborales ha de atender a la pluralidad de factores (sociales, económicos, políticos, técnicos, ideológicos) que se integran como parte de la estructura o de los contextos de tal sistema” (“Prólogo” de la obra *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*, 1980). A tal fin Rivero crearía el “Instituto de Relaciones Laborales” de la Universidad de Zaragoza (centro interfacultativo de investigación y enseñanza especializada integrado en la Facultad de Derecho). Tal Instituto Universitario ha nacido para una cuádruple tarea encomendada al tercer ciclo de la enseñanza universitaria: la especialización concreta, la investigación científica, el doctorado y la preparación para la docencia superior. La denominación de este nuevo Centro es exponente, no obstante, de una propósito metodológico alentado por un amplio sector de los iuslaboralistas españoles y que personalmente el mismo compartía: *que la investigación sobre los problemas laborales ha de tener un carácter integrado*, ya que para conseguir una elaboración teórica anclada en la realidad es preciso atender la estructura poliédrica de tales

problemas; esto es, a los factores que determinan sus configuración desde las vertientes ética, social, política, económica, jurídica e histórica. A los juristas nos toca formalizar en ordenación jurídica esa proteica realidad de las relaciones laborales en las sociedades industriales evolucionadas; pero las construcciones a que lleguemos no pueden tener un valor autónomo separadas del estudio de los restantes componentes que se proyectan sobre las estructuras laborales” (“Prólogo” al libro *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político*, 1977). De ahí su toma en consideración de los imperativos económicos en relación con el Derecho y en particular con el Derecho del Trabajo y su capacidad de incidencia sobre los mismos. (“Política de convergencia, flexibilidad y adaptación del Derecho del Trabajo”, en *La flexibilidad laboral en España*, 1993). En este orden de ideas, se apunta a la constatación crítica de los hechos que ponen de manifiesto los cambios en la organización del trabajo y las demandas de mayor flexibilidad en la gestión de personal, que están determinando una mutación funcional en las estructuras de representación y participación y en la misma negociación colectiva empresarial; y es que la evolución de los últimos años evidencia que se asiste a la construcción de unas relaciones laborales en el marco empresarial más cooperativas y consensuadas. La realidad nos muestra que las nuevas formas de cooperación en la empresa están creando zonas de convergencias y de consenso en ciertas materias. Ahora bien, las nuevas formas de negociación cooperativa y de participación colectiva y directa o individual de los trabajadores en las formas de organización del trabajo tienen un punto de arranque endógeno, planteándose como exigencias de una mayor racionalidad de las empresas, las cuales precisan de una implicación de los trabajadores para que aporten ideas, formulen propuestas que mejoren las condiciones de funcionamiento y las sitúen en mejores condiciones para competir” (“Las ideologías jurídicas y la empresa: cooperación y conflicto”, 1997; y *Limitaciones de los poderes empresariales y democracia industrial*, 1986). Dicho fenómeno obedece a una lógica interna específica predicable con carácter general a esta disciplina jurídica, a saber: “que como conjunto sistemático y sector diferenciado dentro del ordenamiento jurídico el Derecho del Trabajo está ligado a la Sociedad Industrial y a las condiciones de trabajo que impone la organización económica productiva que denominamos empresa” (*El Derecho Común del Trabajo en España*, 1970).

El derecho tiene como una de sus funciones principales el limitar el poder configurándolo como un poder “jurídico”: La limitación -afirma- y el control del poder político, en cuanto que éste es una forma de dominación sobre las personas, se proclama como primer principio en la organización y funcionamiento de un Estado de Derecho. El poder ilimitado contradice el Derecho. Entiende Rivero que con las salvedades que impone la existencia de culturas jurídicas diferentes en los países de democracia pluralista, hoy se puede suscribir la afirmación según la cual el Estado y los sindicatos han limitado el poder económico de la empresa, eliminando así un rasgo esencial del capitalismo clásico, esto es, la inmunidad de la empresas privada en el ordenamiento jurídico (L.Mengoni) (*Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, 1986). La misma dependencia en cuanto concepto jurídico es, con Hugo Sinzheimer, una relación jurídica de poder que tiene determinados efectos jurídicos, que se apartan, sin embargo, de los puros efectos jurídicos obligacionales. El proceso de evolución y progreso del Derecho del Trabajo va a venir marcado, precisamente, por los empeños sucesivos para delimitar la situación de dependencia del trabajador y para someter a un estatuto jurídico diversificado el contenido y el régimen de ejercicio de los poderes empresariales. En definitiva, el objetivo perseguido ha sido la limitación progresiva de la dependencia, su acotamiento técnico, tanto en su proyección personal como colectiva. Por tanto, garantizar a los trabajadores la dignidad personal en su medio profesional, crear las condiciones objetivas para que se puedan considerar realmente hombres libres, limitar los poderes de organización y dirección en la empresa y establecer unos cauces para que los trabajadores participen en la elaboración de la normativa que les afecta, son finalidades constantes perseguidas por los instrumentos y medidas de control del poder en la empresa. Sin embargo, los correctivos a este poder no pueden ser de tal naturaleza que anulen su ejercicio, rompan la unidad de dirección o lleguen a bloquear la toma de decisiones. Los poderes sociales que inciden sobre la empresa (principalmente, el Estado y los sindicatos), han de

ser de tal naturaleza que se hagan posible un cierto *equilibrio* con el poder empresarial, de manera que en su articulación y funcionamiento cada uno de ellos se “mantenga recíprocamente dentro de sus límites. Tan sólo así se puede vertebrar el dinamismo y el progreso de un modelo pluralista de relaciones laborales (*Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, 1986). En esta perspectiva, la participación en la empresa hace referencia, en su opinión, a una variedad de formas institucionales con las que se persigue la cooperación de los trabajadores, ya sea a través de representantes o de forma directa, para que no sean ajenos a la adopción de decisiones y al ejercicio del poder en la misma, instrumentando su presencia activa a través de órganos situados en el nivel económico de dirección de la empresa o en el de la gestión de los centros de trabajo. La nota común a todas las formas de participación de los trabajadores en la empresa es la afirmación de partida de que la actividad económico-productiva y la organización laboral de la empresa genera intereses comunes a las partes de las relaciones laborales, para cuya actuación se precisa de métodos o instrumentos que hagan posible una cooperación con la dirección, ya sea a través de unas estructuras institucionales estables o mediante la implicación individual o colectiva en la organización del trabajo, en la titularidad del capital o en los resultados de la actividad empresarial. Frente a la negociación colectiva, los instrumentos de participación se han presentado hasta tiempos recientes como expresión de unos principios que suponen una alternativa al conflicto socio-laboral, y que pretenden cristalizar en formas organizativas una concepción solidaria de las relaciones sociales y de la empresa tendencialmente orientada a generar una comunidad de intereses entre las partes de las relaciones laborales, capaz de imponerse sobre los intereses contrapuestos que se hacen presentes en el momento de la contratación.

En cualquier caso, la *combinación* en algunos modelos de relaciones laborales –principalmente los europeos- de instrumentos de participación en las decisiones empresariales y de una negociación colectiva consolidada y eficaz se ha valorado, a la postre, como una conjunción de principios y procedimientos complementarios que en su funcionamiento real se decantan por la primacía de la negociación y de la actividad de presión del sindicato sobre el poder empresarial, lo que puede condicionar e imprimir un papel subalterno –y en otros casos puramente marginal- a los instrumentos legales o convencionales de participación. La traslación al ámbito de las relaciones laborales del principio democrático enlaza directamente, desde otra perspectiva, con las fórmulas de participación y representación en la empresa de los trabajadores para hacer presentes sus intereses y acceder al poder de la empresa, ejerciendo una influencia sobre las decisiones empresariales.

La idea de armonía y equilibrios en el ámbito de las relaciones laborales dentro (participación y negociación colectiva) y fuera (diálogo y concertación social, con una institucionalización de los actores sociales) de la empresa, reflejan en el modo de pensar de Rivero la orientación persistente propia de sus fuertes convicciones religiosas, esto es, de su *catolicismo abierto y de orientación eminentemente social*, de sentido social. En todo caso, en las relaciones laborales en la empresa preside una dialéctica compleja entre cooperación y conflicto, siendo necesario destacar que unas diferentes circunstancias en el desarrollo de las relaciones laborales justifican, de otra parte, la inflexión que se ha producido en el presente a favor de una mayor cooperación activa en la empresa, apuntando en dirección a una senda en la que se destaca el mayor significado del trabajo humano como factor productivo y la importancia creciente de distintas formas de participación de los trabajadores. En realidad, para él, la necesidad de estructurar la empresa como instrumento de gestión supone introducir un principio de orden en su funcionamiento que discurre por dos vertientes: la relativa a la organización funcional, y la referida a su estructura de poder y dirección. Como organización social, la empresa no es siempre un sistema de cooperación con un programa de valores y propósitos acepto por todos y que, pese a la división funcional, genere unas formas conscientes de integración que permitan a quien la gobierna movilizar todos los recursos humanos y materiales para alcanzar unos fines comunes. Con más realismo hay que contemplar –afirma Rivero, con R. Dahrendorf- dos aspectos complementarios: de un lado, su articulación como sistema social que exige la cooperación de las personas que la integran; de otro, una organización de dominio que genera conflictos. El hecho

de que estos se produzcan, o puedan tener lugar, muestra la insuficiencia de la idea de comunidad de intereses de todos cuantos participan en la empresa industrial” (“Las ideologías jurídicas y la empresa: cooperación y conflicto”, 1997; *Limitaciones de los poderes empresariales y democracia industrial*, 1986).

La empresa como organización productiva que implica a personas ha de ser necesariamente compatible con el ejercicio –aunque modulado– de los derechos fundamentales de los trabajadores. Ello exige que en un Derecho garantista y eficiente se garantice la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares (eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales; *Drittwirkung der Grundrechte*) y asimismo una tutela efectiva de tales derechos (función típica que cumple el art.53 de la Constitución, verdadera “norma de cierre” del sistema de derechos reconocidos en el Texto Constitucional; “La garantía de los derechos y libertades constitucionales”, 2002; “Los derechos humanos en el ámbito laboral”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Encíclica Laborem Exercens*, Madrid, BAC, 1987). Es en este ámbito discursivo es donde interesa observar la “doble estirpe jurídica” del contrato de trabajo, a saber: el componente patrimonial y el personal. Es lo cierto que la aparición del contrato de trabajo como una figura jurídica típica, propia y diferenciada, del Derecho de obligaciones, pero en cuyo contenido están presentes también deberes de carácter personal, ha sido fruto de una largo proceso evolutivo, al término del cual cabe afirmar tanto la separación del esquema contractual de la *locatio conductivo operarum*, como de las relaciones de estricto carácter personal, como el mérito de haber contribuido a crear unas instituciones para conjurar los riesgos de una cosificación de la persona del trabajador, al haber creado el sistema normativo las condiciones para que los trabajadores puedan contratar su prestación desde una posición que el Derecho pretende sea de real libertad e igualdad. Por ello, desde el punto de vista estrictamente jurídico, en virtud del contrato de trabajo no se compromete propiamente el cuerpo del trabajador, ni tampoco, en un “lenguaje paleoindustrial”, su fuerza de trabajo, sino una prestación profesional de servicios delimitada jurídicamente. Al tiempo, es la capacidad de ser sujeto de obligaciones la que preserva al trabajador de convertirse en simple objeto de un contrato. El trabajo no es una mercancía en el cuadro de un sistema jurídico civilizado; y ello a pesar de que el contenido de la relación de trabajo acuse una especial dificultad para realizar la justicia en los intercambios.

En todo caso, piensa Juan Rivero, que el carácter protector del Derecho del Trabajo, aparece como una técnica que en sí misma no tiene carácter anómalo ni excepcional sino que se engasta en el *orden público* vigente como principio estructural en cada ordenamiento jurídico desde el momento en que un ordenamiento acepta unos principios valorativos de carácter social esenciales para la convivencia en un régimen democrático (“Las ideologías jurídicas y la empresa: cooperación y conflicto”, 1997; “Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo”, en *REDT*, núm.80, 1996; “El Derecho común del Trabajo en España”; “Tipificación y estructura del contrato de trabajo”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. XXV, 1972; *El Derecho Común del Trabajo en España*, 1970). En el plano de la fundamentación, aparte de los resortes proporcionados por la Constitución Social positiva, la idea de que el trabajo no es una mercancía se inscribe, en la concepción de Rivero, en él en una concepción global que reafirma la humanización del trabajo. La dignidad del trabajo, entendida, con la “Encíclica *Laborem Exercens*”, como una actividad transitiva, es decir, de tal naturaleza que, empezando en el sujeto humano, está dirigida hacia un objeto externo, lo que convierte en principio fundamental del valor del trabajo al hombre mismo, ser sujeto, y de donde se siguen importantes consecuencias éticas: que el hombre está destinado y llamado al trabajo; pero, ante todo, el trabajo está función del hombre y no el hombre en función del trabajo; que el trabajo no puede ser considerado como una especie de mercancía que el trabajador vende al empresario, lo que impide considerarlo anónima fuerza necesaria para la producción. En este sentido la dignidad de la persona humana y de su trabajo se constituyen en una instancia ética de control legítimo de las relaciones laborales. De ahí, con todo, que el fundamento de los derechos humanos ha de situarse en la dignidad de la persona humana y del trabajo mismo. Según Rivero, “no es posible ignorar las limitaciones de una visión

secularizada del hombre y de los derechos fundamentales que prescinda de su anclaje en el derecho divino. Los derechos que pertenecen irrevocablemente al hombre se fundan en haber sido creado aquél como persona por disposición divina. Si se rompe esta dependencia, el contenido de la libertad y de los derechos humanos quedan a merced del relativos ético y de la praxis política, siendo imposible encontrar afirmaciones invariables para un verdadero humanismo que brinde certeza en punto al respeto de los derechos de la persona humana” (“Los derechos humanos en el ámbito laboral”, 1987)

4. PENSAMIENTO SOCIAL (II). LA POLÍTICA Y DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Para Rivero Lamas la Seguridad Social es un Derecho Humano conectado con la dignidad de la persona. La Seguridad Social ha ido extendiendo su campo de ampliación tanto desde el punto de vista subjetivo (tendencia hacia la universalización) como desde el punto de vista objetivo (tendencia expansiva de su acción protección hacia un ideal de cobertura nunca cerrado o clausurado, conforme al con la consagración del principio de generalización frente al cualquier situación de necesidad objetiva relevante).

Todo comienza con la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, que estableció un principio de responsabilidad empresarial por el riesgo de los accidentes ocurridos a los trabajadores con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen. Señalaba que se trata de una responsabilidad cuasi-objetiva que sólo excluía de la órbita de imputación empresarial los accidentes debido a fuerza mayor extraña al trabajo en el que se produzca el accidente². Un punto de cambio de modelo viene representado por la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963. Efectivamente, el paso de un régimen de seguros sociales a la Seguridad Social se hace coincidir en nuestro país con la entrada en vigor del Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social, aprobado por el Decreto 107/1966, de 21 de abril, y desarrollo de la citada Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, trató de unificar la diversidad de regímenes de previsión generales y profesionales que habían ido apareciendo hasta el momento, unificando la protección por las situaciones de contingencia resultantes y no atendiendo al origen de los riesgos profesionales, sin alcanzar plenamente una unidad profunda de todos los riesgos sociales. La de generalización y sistematización de la protección se situó la Ley 24/1972, de 21 de junio, y el nuevo texto refundido de la Ley de Seguridad Social, Decreto 2065/1974, de 30 de mayo³. El proceso de institucionalización de la Seguridad Social ha sido largo y encuentra su culminación en conjunto de principios establecidos en el art. 41 CE y siguientes. Conforme al art. 41 CE: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”. Recuerda el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales de 1966, que reconoce el Derecho de todo persona a la Seguridad Social.

A partir de él la acción protectora del sistema de Seguridad Social español se articula partiendo de un módulo de protección integral, que comprende prestaciones contributivas y no contributivas. Estas últimas no han dejado de crecer y expandirse. El precepto se sitúa en la intersección de las dos tradiciones culturales que han coexistido en la intrahistoria de la Seguridad Social (modelo bismarckiano y modelo Beveridgeano)⁴. Es un modelo en permanente construcción dinámica. Primero el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994, Real Decreto Legislativo

² RIVERO LAMAS, J.: *Protección de la Salud y Estado Social de Derecho*, Discurso Leído en el Acto de su recepción Académica el día 30 de noviembre de 2000. Discurso de Contestación del Ilmo. Sr. DR.D. Narciso L. Murillo Ferrol, Académico de Número, Zaragoza, Real Academia de Medicina, 2000, págs. 27 y sigs.

³ Véase RIVERO LAMAS, J.: “Los regímenes complementarios en la Ley de Bases de la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, nº 61, 1964.

⁴ En general, RIVERO LAMAS, J.: “Las transformaciones de la Seguridad Social ante el Derecho del Trabajo”, en *Revista Iberoamericana de la Seguridad Social*, nº 5, 1968.

1/1994, de 20 de junio. Un paso fundamental fue la Ley de Prestaciones No contributivas de 1990. Y encontraría una progresión fundamental que el Profesor Juan Rivero lamentablemente no pudo ver por su fallecimiento en el año dos mil siete: el Ingreso Mínimo Vital como Prestación no contributiva del Sistema de Seguridad Social. Esa evolución la percibe Juan Rivero como una plasmación y profundización del Estado Social de Derecho (art. 1 CE).

Dentro de las tendencias de los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, Juan Rivero, centró su atención a la protección de salud y la jubilación como medida de fomento del empleo. Respecto de la jubilación como pretendida medida de fomento del empleo. En síntesis, Juan Rivero plantea que la regulación de la contingencia de vejez se ha pasado, a partir de los años setenta del siglo pasado, de la consideración de aquélla como situación protegida por la Seguridad Social a la utilización del retiro laboral como herramienta privilegiada de la política de empleo. La jubilación siempre ha incluido la dimensión que afecta a la política de empleo: el relevo generacional que permite la sustitución de trabajadores de edad avanzada por otros más jóvenes. Sin embargo, cuando se ha procedido a anticipar las edades de jubilación para redistribuir el volumen de trabajo existente y reducir el desempleo; para reconvertir sectores productivos y reestructurar empresas, se ha utilizado la cobertura de la contingencia, o ciertas técnicas de protección inherentes a ella (cuando se trataba de prejubilaciones), para conseguir finalidades coyunturales de política de empleo. En el presente imperan, en el marco de la Unión Europea, nuevas tendencias que tratan de aumentar el porcentaje de población activa ocupada mediante la ampliación del ciclo de vida activa y el retraso de la edad pensionable, entre otras medidas. La consecución de estos objetivos impone una tarea de coordinación entre instancias políticas y sociales, diversificada en actuaciones verticales y horizontales. Ante este nuevo escenario europeo, en España parece obligado un esfuerzo de coordinación de las Directivas de la Unión Europea con las actuaciones del Gobierno y de los agentes sociales, y de éstos entre sí, para evitar la utilización abusiva de la jubilación obligatoria por la Ley 14/2005⁵.

En ánimo de brevedad, es pertinente destacar su excelente trabajo sobre la “Protección de la Salud y Estado Social de Derecho” (2000).

Entiende nuestro autor que entre los derechos humanos de segunda generación se encuentra el derecho a la protección de la salud reconocido en nuestro texto fundamental (art. 43 CE, en relación con los artículos 15 y 41 de Constitución). Sin embargo, la calificación de Estado Social y Democrático de Derecho no decide por sí solo un modelo constitucional de protección de la salud, objetivo que podría quedar plasmado en los preceptos constitucionales que reconocen tal derecho (art. 43 CE). Del principio de Estado Social Derecho, extrae las siguientes premisas de política del Derecho:

- Una universalidad de la protección de la salud, tanto en la vertiente colectiva como en la individual, esto es, como parte de la “procura existencial” que ha de desarrollar las Administraciones Públicas.
- Para realizar esta actividad prestacional el Estado ha de llevar a cabo intervenciones conducentes a configurar un sistema sanitario que garantice la protección de la salud a todos los ciudadanos.
- Por último, para el cumplimiento de esta función prestacional sanitaria el Estado Social debe establecer un régimen de financiación con cargo a fondos públicos, a través de los cuales realiza una función redistribuidora de la renta de los ciudadanos.

Para Juan Rivero el art. 43 CE reconoce un “derecho a la protección de la salud” y no un “derecho a la salud”. Entiende que no se trata de un derecho constitucional, de manera que se trata

⁵ RIVERO LAMAS, J.: “La jubilación como medida de fomento del empleo”, en *Revista española de Derecho del Trabajo. Civitas*, núm. 131, 2006.

de un derecho de configuración legal. Sin embargo, considera que el derecho a la vida (art.15 CE) se proyecta de forma transversal sobre el derecho a la protección de la salud, sin confundirse con él, afectando el primero como fundamento a distintos niveles de protección del derecho a la salud y de las prestaciones sanitarias⁶. En cualquier caso, el modelo legal de la sanidad pública se centrará en el sistema nacional de salud (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de la Sanidad), la cual responde un principio axial dominante, como es el de la necesidad de articular la acción pública sanitaria en el marco de un Estado descentralizado. Se abandona el proyecto de un servicio de salud único para todo el territorio español por el de un sistema nacional de salud en el que se integran los servicios de salud del Estado y los de las Comunidades Autónomas (art. 4.2 Ley General de Sanidad). Por otra parte, de conformidad con los principios constitucionales recogidos en los artículos 41 y 43 CE, la Ley General de Sanidad convierte en titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional (art.1.2). Efectivamente, la protección de asistencia sanitaria se les reconocerá en los términos establecidos en el número 5 del art. 7 de la LGSS de 1994 y el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000⁷.

En esa coyuntura histórica –Juan Rivero escribe en el año 2000- estima que el sistema sanitario acusa tres crisis: crisis de financiación, crisis de eficacia y crisis de legitimación vinculada a que se estimara como crisis del Estado Social de Derecho. Acusa también una falta de modernización y racionalización. Y por último critica la falta de coordinación y de cohesión social solidaria en el proceso de descentralización sanitaria a través de las Comunidades Autónomas. La experiencia muestra la necesidad de fortalecer las competencias de la Administración general del Estado y de redefinir mediante Ley orgánica las que corresponden a las Comunidades Autónomas⁸.

Su concepción vital se puede resumir rememorando sus propias palabras: “A los juristas, aunque nos dediquemos al cultivo de una parcela que compromete la dignidad del hombre de forma tan principal como lo es la elegida por mí –el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social- nos incumbe una tarea complementaria [respecto a los profesionales de la Medicina] pero también muy importante: organizar la convivencia en libertad delimitando derechos y deberes, articulando estructuras para establecer un sistema de convivencia que potencie los derechos y la dignidad del hombre [...]. Porque el ámbito de la vida para articular la convivencia y el desarrollo de los valores de la personalidad no puede ser otro que una sociedad que descansa en la justicia y en libertad”⁹.

Con este modo de pensar y con su actitud coherente (incluida, como resulta obvio de lo anteriormente expuesto, tanto su trayectoria personal como su discurso científico-jurídico) y comprometida en la Universidad, Juan Rivero –en una verdadera “lección de Maestros” en el sentido de George Steiner¹⁰- ha contribuido decisivamente a iluminar el camino de sus discípulos y, en general, de todas las personas que le han conocido, y, desde luego, de toda la doctrina iuslaboralista más rigurosa. Decía, en esa secuencia vital, T.S. Eliot que:

“Lo que llamamos el comienzo a menudo es el fin

⁶ *Protección de la Salud y Estado Social de Derecho*, Discurso Leído en el Acto de su recepción Académica el día 30 de noviembre de 2000. Discurso de Contestación del Ilmo. Sr. DR.D. Narciso L. Murillo Ferrol, Académico de Número, Zaragoza, Real Academia de Medicina, 2000, págs. 40-49.

⁷ *Protección de la Salud y Estado Social de Derecho*, Discurso Leído en el Acto de su recepción Académica el día 30 de noviembre de 2000. Discurso de Contestación del Ilmo. Sr. DR.D. Narciso L. Murillo Ferrol, Académico de Número, Zaragoza, Real Academia de Medicina, 2000, págs. 39 y sigs.

⁸ *Protección de la Salud y Estado Social de Derecho*, Discurso Leído en el Acto de su recepción Académica el día 30 de noviembre de 2000. Discurso de Contestación del Ilmo. Sr. DR.D. Narciso L. Murillo Ferrol, Académico de Número, Zaragoza, Real Academia de Medicina, 2000, págs. 91-94.

⁹ RIVERO LAMAS, J.B.: *Protección de la Salud y Estado Social de Derecho*, Discurso Leído en el Acto de su recepción Académica el día 30 de noviembre de 2000. Discurso de Contestación del Ilmo. Sr. DR.D. Narciso L. Murillo Ferrol, Académico de Número, Zaragoza, Real Academia de Medicina, 2000, págs. 94.

¹⁰ STEINER, G.: *Lección de los Maestros*, Madrid, Ed. Siruela, 2004.

y trazar un final es trazar un comienzo.
 El fin es de donde partimos (...)
 no cesaremos de explorar
 y el fin de nuestra exploración
 será llegar a donde comenzamos,
 conocer el lugar por vez primera
 A través de la incierta puerta que recordamos
 Cuando lo último por descubrir en la tierra
 Sea lo que fue este principio..."

Little Giddins, 1942¹¹

5. PUBLICACIONES CIENTÍFICAS DE JUAN BAUTISTA RIVERO LAMAS

A) Libros

La novación del contrato de trabajo (Estudio jurídico de las modificaciones de la relación individual de trabajo), Bosch, Barcelona, 1963.

Estructura de la Empresa y participación obrera (Estudio sobre el Jurado de Empresa), Ariel, Barcelona, 1969.

El Derecho común del trabajo en España, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1970.

El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político, Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1977.

Instituciones de Derecho del Trabajo, Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1977.

Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial (Lección de apertura del Curso Académico 1986/1987 de la Universidad de Zaragoza), Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1986.

Protección de la Salud y Estado Social de Derecho, Discurso Leído en el Acto de su recepción Académica el día 30 de noviembre de 2000. Discurso de Contestación del Ilmo. Sr. DR.D. Narciso L. Murillo Ferrol, Académico de Número, Zaragoza, Real Academia de Medicina, 2000.

La Democracia en la Empresa, edición, selección y estudio preliminar, "Juan Rivero Lamas. Semblanza intelectual" (pp.IX-XXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2010. Contiene los siguientes trabajos:

- Limitaciones de los poderes empresariales y democracia industrial (1986-1987).
- Las ideologías jurídicas y la empresa: cooperación y conflicto (una reflexión sobre recientes experiencias (1997).
- Participación y representación de los trabajadores en la empresa (1996).
- Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo (1996).
- Unificación y pluralismo jurídico del Derecho Social en la Unión Europea (2007).

¹¹ Little Giddins, 1942, en *La tierra Baldía. Cuatro cuartetos y otros poemas. Poesía Selecta*, Barcelona, Círculo de Lectores, 2001, págs. 201-203.

- VV.AA. (Rivero Lamas, J., coord.): *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*, Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1980.
- VV.AA. (Rivero Lamas, J., coord.): *El trabajo en la Constitución*, Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Ed. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1982.
- VV.AA. (Rivero Lamas, coord.): *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80*, Ed. Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1983.
- VV.AA. (Rivero Lamas, J., Ed. y Coord.): *La flexibilidad laboral en España*, Ed. Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1993.
- VV.AA. (Rivero Lamas, J., dir.): *La negociación colectiva en el sector de la Hostelería*, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999.
- VV.AA. (Rivero Lamas, J., dir.; De Val Tena, A.L., coord.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales (Outsourcing)*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thompson-Aranzadi, 2003.
- VV.AA. (Rivero Lamas, J., dir.): *La negociación colectiva en el sector de empresas multiservicios*, Ed. MTAS, Madrid, 2006.

B) Estudios

- “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa”, en *Revista de Política Social*, Madrid, nº 55, 1962.
- “La socialización de los riesgos y la nueva regulación de las enfermedades profesionales”, en *Revista Iberoamericana de la Seguridad Social*, Madrid, nº 5, 1962.
- “Los pactos entre asegurador y asegurado en el Seguro de Accidentes de Trabajo”, en *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, 1962.
- “Contrato de trabajo y antigüedad en la empresa”, *Revista de Política Social*, Madrid, nº 64, 1964.
- “Los regímenes complementarios en la Ley de Bases de la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, nº 61, 1964.
- “Indemnizaciones. Derecho Laboral”, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. XII, Barcelona, 1965.
- “Les cadres juridiques collectifs de l’exploitation agricole en Droit espagnol”, *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*. Tomo XIII, Fasc. 2, 1965.
- “Inmigración”, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. XII, Barcelona, 1965.
- “La estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español”, Separata nº 4 de la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales*, Universidad Nacional de Trujillo (Perú), 1966. (Una versión resumida en *Revista de Política Social*, nº 70, 1966).
- “Progreso social y conflicto de clases ante la opinión pública”. Comunicación en la “Semana Internacional de Prensa”, organizada por le Instituto de Estudios Sociales de Barcelona, octubre de 1965, en el volumen *Prensa y Convivencia Internacional*, Barcelona, 1966.
- “Jubilación Laboral”, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. XIII, Barcelona, 1968.
- “Las transformaciones de la Seguridad Social ante el Derecho del Trabajo”, *Revista Iberoamericana de la Seguridad Social*, nº 5, 1968.

- “Las relaciones laborales y la política social en España 1968”, Informe realizado para el “Círculo de Economía”, Barcelona, 1969.
- “El principio de especialidad y la aplicación de las normas laborales”, *Revista de Política Social*, nº 87, 1970.
- “El Derecho común del Trabajo”, *Cuaderno del Seminario de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho*, Universidad de Zaragoza, 1970.
- “La conciliación judicial en los procesos laborales”, *Revista de Política Social*, nº 85, 1970.
- “Poder en la empresa y planificación económica”, *III Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1970.
- “Opciones políticas del sindicalismo español”, *Nuestro Tiempo*, nº 201, 1971.
- “Tipificación y estructura del contrato de trabajo”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. XXV 1972.
- “Convenios Colectivos de Trabajo”, *Gran Enciclopedia RIALP (GER)*, Madrid, T. VII, 1973.
- “Derecho Sindical”, *Gran Enciclopedia RIALP (GER)*, Madrid, T. VII, 1974.
- “Trabajador”, *Gran Enciclopedia RIALP (GER)*, Madrid, 1974.
- “La contratación colectiva en el Derecho español”, Ponencia en la V Jornada de Profesores Españoles de Derecho del Trabajo, *Revista de Política Social*, nº 105, 1975.
- “Las relaciones de trabajo en Europa y la industria de la automoción”, Conferencia publicada, en *I Simposiun de la Industria de la Automoción*, Barcelona, 1975.
- “La regulación jurídica de la huelga en España”, *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, nº 59, 1975.
- “Normas estatales y convenios colectivos (Los límites materiales de la contratación colectiva)”, *Derecho Laboral* (Montevideo), T. XXII, nº 114, 1979; también en *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, nº 73, 1979.
- “Los sindicatos y la acción sindical en la Constitución”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1979.
- “Los poderes reglamentario y disciplinario en la empresa”, Actas de la *Asamblea de la Asociación de Directores y Jefes de Personal*, Jaca, 15-18 de octubre de 1979, (Edición policopiada).
- “La cultura social en la democracia”, *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, nº 75, 1979.
- “Democracia pluralista y autonomía sindical (Actividad política de los sindicatos y Constitución)”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. G. Bayón Chacón*, Madrid, Ed. Tecnos, 1980. También en *Revista de Estudios Políticos*, nº 16, 1980.
- “La contratación colectiva en el sistema español de relaciones laborales”, *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, nº 78, 1980.
- “Pluralismo sindical y negociación colectiva”, en *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*, Ed. Instituto de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, 1980.
- “La contratación colectiva en el Acuerdo Marco Interconfederal de 5 de enero de 1980”, en VV.AA.: *Comentarios al Acuerdo Marco Interconfederal sobre negociación colectiva*, Ed. Instituto de Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1980.
- “Política de rentas y salarios en los países de la CEE”, en *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo. Nueva Época, nº 57-58, 1980.

- “Modificación de las condiciones de trabajo (Comentario al art. 41, LET)” en VV.AA. (Borrajó Dacruz, E., dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VIII, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunida, Madrid, 1982.
- “El marco de la negociación colectiva postconstitucional y la crisis económica”, en VV.AA. (Ramírez Jiménez, M., coord.): *El desarrollo de la Constitución Española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1982.
- “La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa”, en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80*, Ed. Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, 1983.
- “Modificación y revisión de los convenios colectivos”, en VV.AA.: *Problemas actuales de la negociación colectiva*, ACARL, Madrid, 1983.
- “La actuación de los Poderes Públicos ante la crisis”, en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis*, I Jornadas de la Facultad de Derecho, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1984.
- “¿Es constitucional el establecimiento por Ley, orgánica y ordinaria, de techos salariales para la negociación colectiva? “, (en colaboración con Álvarez Alcolea, M., García Blasco, J., Ortiz Lallana, M.C. y Caparrós, M.), *Revista de Trabajo*, núm. 73, 1984.
- “Juicio crítico de la doctrina sentada en la STS (6ª) de 20 de junio de 1983 (Ar. 3024), según la cual lo pactado en convenio colectivo prevalece sobre lo normado, con carácter general, en Leyes y Reglamentos, en tanto el convenio no haya sido impugnado al amparo del art. 90.5 LET”, (en colaboración con Álvarez Alcolea, M., García Blasco, J., Ortiz Lallana, M.C. y Caparrós, M.), *Revista de Trabajo*, núm. 73, 1984.
- “La formación del jurista y la enseñanza del Derecho del Trabajo” en VV.AA. (Gil Cremades, J.J., coord.): *La enseñanza del Derecho: Seminario de profesores de la Facultad de Derecho*, Ed. Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1985.
- “La enseñanza del Derecho del Trabajo”, en VV.AA.: *II Jornadas Luso-hispano-brasileñas de Derecho del Trabajo*, Ed. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1985.
- “Sindicatos y negociación colectiva en las industrias turísticas”, *Relaciones Laborales*, 1986, Vol. II.
- “Los Derechos humanos en el ámbito laboral”, en VV.AA. (Fernández Rodríguez, F., coord.): *Estudios sobre la Encíclica Laborem Exercens*, B.A.C., Madrid, 1987.
- “Los derechos de información en la empresa (En el marco europeo internacional y en España)”, (con García Blasco, J.), en VV.AA.: *Contrato de Trabajo y Formación Profesional*, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986.
- “Democracia industrial y representación de los trabajadores en la empresa española”, en VV.AA.: *El futuro del Derecho del Trabajo*, XXXII Encuentro de Empresarios, Sindicalistas y Laboristas de la Fundación F. Ebert, en “Documentos y Estudios”, nº 55, 1987.
- “Umbral de aplicación de la normativa legal sobre representación sindical en las empresas”, *Documentación Laboral*, nº 21, 1987.
- “Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo (la STS, 26 de febrero de 1986, sobre “mensajeros”)”, (en colaboración con J. García Blasco), *Relaciones Laborales*, 1987, Vol. II.

- “Poderes empresariales y democracia industrial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Revista de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación; Buenos Aires)*, nº 6, 1987.
- “Convenios colectivos de trabajo”, (en colaboración con Ortiz Lallana, M.C.), *Suplemento de la Gran Enciclopedia Rialp (GER)*, 1987.
- “Derecho Sindical”, (en colaboración con Ortiz Lallana, M.C.), *Suplemento de la Gran Enciclopedia Rialp (GER)*, 1987.
- “Trabajador” (en colaboración con Ortiz Lallana, M.C.), *Suplemento de la Gran Enciclopedia Rialp (GER)*, 1987.
- “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo (Comentario al art. 41 de la LET)”, revisión y actualización para la 2ª edición del Tomo VIII de VV.AA. (Borrajó Dacruz, E., dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales*, EDERSA, Madrid, T. VIII, 2ª Edición, 1988.
- “Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empleador (I y II)”, *Actualidad Laboral*, nº 8 y 9, 1988.
- “Técnicas modernas de garantía del empleo”, *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 33, 1988.
- “Sanciones por violación o incumplimiento de normas laborales”, Ponencia General en el *XII Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid 20-23 septiembre 1988 (publicado en español, francés, inglés y alemán). Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1988.
- “Dictamen sobre alcance, contenido y problemas de derecho transitorio planteados por la derogación de la Ordenanza para la Industria Siderometalúrgica”, *Relaciones Laborales*, 1988, Vol. II.
- “La experiencia española de pluralismo sindical”, Conferencia plenaria en las I Jornadas Iberoamericanas de Direito do Trabalho (Aracaju-Brasil), 10-12 de mayo de 1988, publicada en *Revista Jurídica do Trabalho* (Salvador-Lisboa), nº 3, 1988.
- “La modificación de condiciones de trabajo en la práctica administrativa y en la jurisprudencia”, *Actualidad Laboral*, 1989.
- “Sanções por violação de normas laborales. Conclusões do Congresso Mundial, Synthesis”, en *Revista semestral de Direito de Trabalho material e processual*, Sao Paulo, nº 8, 1989.
- “Aplicación del Derecho del Trabajo y tutela jurisdiccional”, en volumen de las VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, *Constitución y proceso de Trabajo*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1990. También en *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 42, 1990, con el título: “La aplicación del Derecho del Trabajo: tutela jurídica de los derechos y protección jurisdiccional”.
- “Respeto a la esfera privada y derechos de información sobre la contratación laboral (sobre los principios, las técnicas y los límites de la Ley 2/1991)” con García Blasco, J., en *Revista de Trabajo*, nº 100, 1990.
- “Tutela jurídica de los derechos laborales en el Ordenamiento Español”, en el volumen de VV.AA.: *Lo Statuto dei Lavoratori (1970-1990)*, a cura di Alessandro Garilli e Salvatore Mazzamuto, Jovene Editore, Napoli, 1992. También en *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo (Civitas)* núm. 57, 1993.
- “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas: criterios jurisprudenciales”, *Revista General de Derecho*, nº 573, 1992.

- “La legitimación empresarial para la negociación colectiva. Asociaciones empresariales legitimadas para negociar. La legitimación en grupos de empresas”, *Relaciones Laborales*, nº 24, 1992. También, en el volumen de VV.AA.: *Los límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos*, V Jornadas de Estudios sobre la Negociación Colectiva, Madrid, 17 de junio de 1992, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.
- “Infracciones y sanciones laborales y regulación del derecho de huelga: criterios jurisprudenciales y proyectos de reforma”, *Actualidad Laboral*, nº 1, 1992.
- “Política de convergencia, flexibilidad y adaptación del Derecho del Trabajo”, en VV.AA.: *La flexibilidad laboral en España*, Instituto de Relaciones Laborales de la Universidad de Zaragoza, 1993.
- “La cesión de trabajadores en el Derecho español del Trabajo”, en VV.AA. (Borrajó Dacruz, E., dir.): *La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales*, Actualidad Editorial, S.A., Madrid, 1993.
- “La regulación legal del mercado de trabajo”, (en colaboración con Sagardoy Bengoechea, J.A.) en VV.AA.: *Mercado de trabajo español: reforma y creación de empleo*, Círculo de Empresarios, Boletín núm. 57, 1993.
- “La huelga en los servicios esenciales: complejidad del supuesto y opciones legislativas”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* nº 17, Madrid, 1993.
- “Los espacios de la ley, la negociación colectiva y el contrato en la regulación de las condiciones de trabajo”, *Revista Proyecto Social. Revista de Relaciones Laborales*, nº 2, 1994.
- “Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994 (Una aproximación interpretativa)”, en *Documentación Laboral*, nº 43, 1994.
- “La igualdad de tratamiento de la mujer: marco jurídico general”, en *II Jornadas sobre Comunidad Europea*, Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales-Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 1994.
- “La movilidad funcional en la empresa”, *Estudios de Jurisprudencia (Revista Colex)*, nº 11, 1994.
- “Titulares del derecho de actividad sindical, contrato de trabajo y conductas antisindicales. (Comentario a la STC 134/94, de 9 de mayo)”, en VV.AA.: *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Editorial Civitas, Tomo XII, 1994. También en *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 76, 1996.
- “La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/1994”, *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 67, 1994.
- “Modificación sustancial de condiciones de trabajo: algunos problemas del artículo 41 ET”, en VV.AA.: *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- “La flexibilización del tiempo de trabajo: puntos críticos” en el volumen dirigido por Borrajó Dacruz, E.: *El nuevo Derecho español del Trabajo en su entorno europeo*, Actualidad Editorial, S.A., Madrid, 1995.
- “Poder de dirección y ‘ius variandi’: extensión y límites”, en *Movilidad funcional y geográfica. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, 1994.

- “Régimen de la jornada y de los horarios en la reforma del Estatuto de los Trabajadores”, *Documentación Laboral*, nº 47, 1995. También en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996.
- “Aspectos relacionados con la movilidad funcional y geográfica y con las condiciones sustanciales de las condiciones de trabajo” en VV.AA. (Martínez Emperador, R., dir.): *Puntos críticos de la Reforma Laboral*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996.
- “El proceso de laboralización del empleo público: aspectos críticos y límites”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 6-7, 1995.
- “La reforma del mercado de trabajo y el modelo español de relaciones laborales”, en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L., dir.): *XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, (Granada, 9-10 Diciembre 1993), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Granada, 1996.
- “Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Laboral*, nº 3, 1996.
- “Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo”, *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 80, 1996.
- “Negociación colectiva en los grupos de empresas (Comentario las Sentencias Tribunal Supremo (Social), 30 de octubre de 1995 y 30 de abril 1996, Ponente: Sr. Martínez Emperador)”, *Actualidad Laboral*, nº 11, 1997.
- “La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo”, en VV.AA.: *Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo*, Consejo General del Poder Judicial: La modificación de condiciones de trabajo, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997. También en *Documentación Laboral*, nº 53, 1997.
- “La nueva movilidad geográfica y la protección contra los traslados injustificados”, *Proyecto Social. Revista de Relaciones Laborales*, nº 5, 1997.
- “Los despidos por causas económicas: Aspectos procedimentales y procesales” (en colaboración con De Val Tena, A.L.), en VV.AA.: *Presente y futuro de la regulación del despido*, Junta de Andalucía, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.
- “Las ideologías jurídicas y la empresa: cooperación y conflicto (Una reflexión sobre recientes experiencias)”, en *Libro-homenaje al Prof. H.H. Barbagelata. Evolución del Pensamiento Iuslaboralista*, Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo (Uruguay), 1997. También en *Relaciones Laborales*, nº 2, 1997.
- “Participación y representación de los trabajadores en la empresa”, en VV.AA. (De Buen Lozano, N. y Morgado Valenzuela, E., coords.): *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-Universidad Nacional Autónoma de México, México 1997. También publicado en *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 84, 1997.
- “Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de negociación informal”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 3, 1997.
- “Estructuras y procedimientos de la negociación colectiva. Interpretación y aplicación extrajudicial de los convenios”, en VV.AA.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Instituto Español de Gestión y Dirección Empresarial, Madrid, 1998.
- “La flexibilización de la vida laboral: potencialidades y retos para el Derecho del Trabajo”, *Documentación Laboral*, nº 56, 1998.

- “La flexibilidad del trabajo en España”, en VV.AA. (Guimaraes Carvalho Ribeiro, L.-OPamplona Filho, R., coords.): *Direito do Trabalho. Estudos em homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva*. Ltr Editora Ltda., Sao Paulo (Brasil), 1998.
- “Dirección y control de la actividad laboral, comentario al artículo 20 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L., dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- “Faltas y sanciones de los trabajadores, comentario al artículo 58 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L., dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- “Legitimación para la negociación de convenios colectivos, comentario al artículo 87 y 88 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L., dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- “Tramitación de los convenios colectivos, comentario al artículo 89 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L., dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- “Los sindicatos y las asociaciones empresariales veinte años después de la Constitución”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 13, 1998.
- “Aplicación del Derecho del Trabajo a los empleados de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 13, 1998. También en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 23, 1999.
- “Cuestiones generales sobre el proceso laboral en la jurisprudencia de unificación de doctrina”, en VV.AA.: *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral (Estudios en homenaje al Prof. Dr. Efrén Borrajo Dacruz)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- “Estructuras y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1997”, en *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 89, 1999.
- “Estructuras y procedimientos de la negociación colectiva. Interpretación y aplicación extrajudicial de los convenios”, (con Solans Latre, M.A.), en VV.AA.: *Manual práctico Laboral*, Instituto Español de Gestión y Dirección Empresarial, Madrid, 1999.
- “La flexibilidad del trabajo en España”, *Proyecto Social. Revista de Relaciones Laborales*, nº 7, 1999.
- “Gestión de la Seguridad Social” (Comentarios a los arts. 57-61 y 198-199 de la Ley General de la Seguridad Social), en colaboración con Román Castillo, J., en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L., dir.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Ed. Comares, Granada, 1999.
- “Servicios Comunes y normas comunes a las Entidades Gestoras y Servicios comunes” (Comentario a los arts. 62-66 de la Ley General de la Seguridad Social); en colaboración con De Val Tena, A.L., en VV.AA.: (Monereo Pérez, J.L., dir.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Ed. Comares, Granada, 1999.
- “-Legitimación para negociar, Comisión negociadora y Procedimiento de negociación colectiva (Artículos 87 a 89 del ET)”, en colaboración con J.L. Monereo Pérez, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Serrano Falcón, C. (Coord.), Ed. Comares, Granada, 2012.
- “Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales (sobre la inconstitucionalidad de la filmación de los piquetes en una huelga)”, *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 98, 1999.

- “La negociación colectiva en el sector de la Hostelería” en VV.AA.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000 (XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación colectiva)*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999.
- “El proceso judicial en la jurisprudencia de unificación de doctrina”, *Proyecto Social. Revista de Relaciones Laborales*, nº 8, 2000.
- “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo (en torno al artículo 41)”, en *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 100, vol. I, 2000.
- “Comentario de los artículos 23 y 24 de la Ley de Procedimiento Laboral”, en VV.AA.: *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Ed. Comares, Granada, 2001.
- “El trabajo en la sociedad de la información”, en *Aranzadi Social*, nº 5, 2001.
- “El teletrabajo en España: un nuevo yacimiento de empleos en los sectores público y privado”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, volumen Monográfico, 2001.
- “Los ajustes de plantilla en la negociación colectiva española” (en colaboración con J.L.Monereo Pérez y J.A.Fernández Avilés), en *I Licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Collana di diritto comparato e comunitario del lavoro e della sicurezza sociale-Programma Socrates, Bari, Cacucci Editore, 2001
- “La garantía de los derechos y libertades constitucionales”, en VV.AA.: (Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N., dirs.), *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Ed. Comares, Granada, 2002.
- “El despido modificativo y sus variantes: la experiencia española y el Proyecto de Código de Trabajo portugués”, *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 118, 2003
- “O despedimento modificativo e as suas variantes (A experiência Espanhola e o Projecto de Código do Trabalho Português)”, en VV.AA.: *Código do Trábalo*, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Cascáis, 2003.
- “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral”, en VV.AA. (Rivero Lamas, J., dir. y coord. De Val Tena, A.L., coord.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales (Outsourcing)*, Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2003.
- “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, en VV.AA.: *El trabajo y la Constitución, Estudios en homenaje al Prof. Manuel Alonso Olea. Academia Iberoamérica de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Madrid, 2003.
- “Aspectos laborales de la Reforma de la Legislación Concursal”, *Proyecto Social. Revista de Relaciones Laborales*, nº 11-12, 2003.
- “El derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales” con De Val Tena, A.L. en VV.AA. (Martín Jiménez, R. y Sempere Navarro, A.V., coords.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- “Diritti fondamentali e contratto di lavoro: efficacia orizzontale e contratto costituzionale”, *Casa Editrice Dott. Antonio Milani*, nº 2, 2004.
- “Selección y contratación del personal laboral por las administraciones públicas: marco general”, *Civitas- Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 124, 2004. También en VV.AA. (Gárate Castro, J., coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2004.

- “El ámbito territorial de las Reales Academias y su relación con las Comunidades Autónomas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 24, 2004.
- “Descentralización productiva y protección de los trabajadores en el Derecho Español del Trabajo”, en VV.AA.: *Scritti in Memoria di Massimo D’Antona*, vol. IV, Giuffrè Editore, Milán, 2004.
- “Los créditos laborales en el concurso”, en VV.AA.: *Las claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2005.
- “Jurisprudencia constitucional y garantía de los derechos constitucionales”, en VV.AA.: *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española : estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2005.
- “Reflexiones sobre la protección jurisdiccional de los derechos constitucionales” en VV.AA.: *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española : estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2005.
- “Democratización y participación en el ámbito mutualista”, *Aranzadi Social*, nº 2, 2006.
- “La jubilación como medida de fomento del empleo”, *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 131, 2006.
- “Unificación y pluralismo jurídico del Derecho social de la Unión Europea” en *Relaciones Laborales-La Ley*, nº 10, 2007.
- “El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos” con De Val Tena, A.L., en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 68, 2007.
- “La jubilación como medida de fomento del empleo”, en VV.AA.(coord.. Lourdes López Cumbre): *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007.
- Voces “Derechos fundamentales y contrato de trabajo”, “Fuentes del Derecho del Trabajo” y “Convenio colectivo” en VV.AA.: *Enciclopedia básica de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- “Promoción de la autonomía personal y protección de la dependencia: bases y fundamentos constitucionales” con De Val Tena, A.L. en VV.AA.: *Estudios sobre Seguridad Social en homenaje al Prof. José Vida Soria*. Ed. Comares, Granada, 2008.

C) Prólogos

- Prólogo a la obra, *La Seguridad Social y la protección a la familia en España*, de Alcázar Carrillo, R., Colección de Tesis Doctorales del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1976, págs. 9-18.
- Prólogo a la obra, *El ejercicio de los derechos en el régimen general de la Seguridad Social*, de Roda López, A., Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1977, págs. XVII-XXII.
- Prólogo a la obra, *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político*. Actas del I Coloquio sobre Relaciones Laborales, Jaca 29 de septiembre 2 de octubre, págs. 7-12.
- Prólogo a la obra, *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*. Instituto de Relaciones Laborales. Universidad de Zaragoza, 1980, págs. 5-9.
- Presentación de la obra de López González, J.J. y García Lasaosa, J.: *Orígenes del movimiento obrero en Aragón (1854-1890)*, Institución “Fernando el Católico”- Instituto de Relaciones Laborales de la Universidad de Zaragoza, 1982, págs. 1-4.

- Edición y presentación de la obra, *El trabajo en la Constitución*, II Coloquio de Relaciones Laborales, Instituto Universitario de Relaciones Laborales de la Universidad de Zaragoza, 1982, págs. 7-10.
- Prólogo a la obra, *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, de García Blasco, J., Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1983, págs. VII-X.
- Edición y presentación de la obra, *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80*, III Coloquio de Relaciones Laborales, Jaca 23-25 de septiembre de 1982. Instituto de Relaciones Laborales de la Universidad de Zaragoza, 1983.
- Presentación de la obra *Constitución, Derecho y Proceso (Estudios en memoria de los Profesores Herce Quemada y Duque Barragués)*, Institución “Fernando el Católico”- Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1983, págs. 5-8.
- Presentación” al libro de Hans Nawiasky, *Teoría general del Derecho*, Trad. 2ª ed. alemana de José Zafra Valverde. Presentación Juan Rivero Lamas. Edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2002.
- Prólogo a la monografía, *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, de Ortiz Lallana, M.C., Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1985, págs. 9-13.
- Prólogo a la monografía de García Blasco, J.: *Infracciones y sanciones en materia laboral. (Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril)*, Madrid, Ed. Civitas. 1989, págs. 15-23.
- Prólogo a la monografía de Ortiz Lallana, M.C.: *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*, Barcelona. Bosch. 1989, págs. 11-15.
- Prólogo a la monografía de Lopera Castillejo, M.J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, págs. 23-33.
- Edición y presentación de la obra, RIVERO LAMAS, J. (Ed.): *La flexibilidad laboral en España*, Ed. Instituto de Relaciones Laborales de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1993.
- Prólogo a la obra de García Blasco, J., *Aplicación del Derecho del Trabajo y nuevo proceso de oficio*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1993, págs. 11-17.
- Prólogo a la obra de Ortiz Lallana, M.C., *La intervención del sindicato en el proceso de trabajo*, Consejo Económico Social, Colección de Estudios, 1994, págs. 13-22.
- Presentación a la obra colectiva editada por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *La reforma de la Legislación Laboral. (Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Alonso García)*, Ediciones M. Pons, Madrid, págs. 7-12.
- Prólogo a la obra de Solans Latre, M.A., *Concertación social y otras formas de neocorporatismo en España y en la Comunidad Europea*. Ed. Tecnos, Madrid, 1995, págs. 11-16.
- Prólogo a la obra de Ortiz Lallana, M.C., *La ejecución de sentencias de despido*, Ed. ACARL, Madrid, 1995, págs. 15-25.
- Prólogo a la obra de González Labrada, M., *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996, págs. 19-30.
- Prólogo a la obra de Torrente Gari, S., *Derecho de huelga y garantía de los servicios esenciales para la comunidad*, Cedecs, Barcelona, 1996, págs. 15-25.

Prólogo a la obra de De Val Tena, A.L., *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Estudios de Derecho Laboral, Madrid, 1998, págs. 13-17.

Prólogo a la obra de De Val Tena, A.L., *Los trabajadores directivos en la empresa*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 9-20.

Prólogo de la obra de Molins García-Atance, J., *El recurso de suplicación. La revisión de los hechos probados*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005.

Prólogo a la obra VV.AA.: *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas. XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. MTAS, Madrid, 2006, págs. 13-30.

Prólogo a la obra de Santor Salcedo, H., *La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico*, La Ley, Madrid, 2006.

D) Legislación anotada y concordada

Leyes Laborales y de Seguridad Social, Borrajo Dacruz, E.-Rivero Lamas, J.-Sala Franco, T. y Vida Soria, J., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, en las sucesivas ediciones desde la 5ª edición (1994) hasta la 16ª edición (2006).

J. Rivero Lamas es autor de la puesta al día, concordancias y notas de jurisprudencia correspondientes a los epígrafes 9 y 10 (Administración Laboral y Procedimiento Laboral), así como de las notas y concordancia del epígrafe 11 (Seguridad Social) éstas últimas con la colaboración de A.L. de Val Tena, desde la 8ª edición.

Leyes Laborales y de Protección Social, Borrajo Dacruz, E.-Rivero Lamas, J.-Sala Franco, T. y Vida Soria, J., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

INFORMACIÓN GENERAL

Título: *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*

Abreviatura: REVSEGSOC

Editor: Ediciones Laborum, S.L.

ISSN: 2386-7191

ISSNe: 2387-0370

Inicio de Publicación: 2014

Periodicidad: Trimestral

Arbitraje: Evaluación por pares de doble ciego

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE ORIGINALES, ACEPTACIÓN Y SU PUBLICACIÓN

1. ENVÍO DE ORIGINALES

Formato: Microsoft Word o Libreoffice.

Forma de envío: Por correo electrónico a la dirección revsegsoc@laborum.es o bien mediante la plataforma de envío en la propia página web de la revista <http://revista.laborum.es>. Es aconsejable que el autor/a o autores cursen su alta en la revista. Para ello únicamente tiene que entrar en la siguiente dirección de internet: revista.laborum.es y en el margen derecho superior se encuentran las ventanas para darse de alta (seguir las indicaciones). Solamente tiene que hacerlo una vez y a partir de ese momento ya podrá enviarnos sus colaboraciones y seguir su curso (registro, remisión a evaluadores, aceptación, fecha de su publicación, etc.).

El archivo debe identificarse con los apellidos del autor/a del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar. Dicha identificación del documento se anonimizará con posterioridad al fin de que su sistema de revisión por pares sea de doble ciego.

Secciones abiertas a la publicación

ED (Estudios Doctrinales);

EDJ (Estudios de Doctrina Judicial);

EDC (Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas);

ES (Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social);

REC (Recensiones)

Por ejemplo: ORTIZ CASTILLO-ED

2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán tres archivos de la siguiente forma:

Primer archivo: Documento con la identificación del autor/a o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido: – Identificación del autor/a (nombre y apellidos de cada autor/a); ORCID, datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor/a responsable de la correspondencia sobre el artículo.

Segundo archivo: Declaración responsable del autor/a de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital). En caso de coautoría se deberá de indicar, si procede, el criterio escogido para decidir el orden de firma y la contribución específica de cada uno

de los autores/as al trabajo, reconociéndose a todos los autores/as materiales del trabajo, sin que se puedan conceder autorías ficticias o regaladas. Aquí se puede descargar el modelo de declaración de originalidad y cesión de derechos de autor: <https://url.laborum.es/1doycda>

Tercer archivo: El trabajo o artículo a publicar. **Muy importante:** No deberá hacer referencia a la autoría del trabajo o cualquier otro dato que permita identificar al autor/a o autores dentro del propio artículo.

El artículo ha de estar encabezado por:

El título del trabajo y las palabras clave/descriptores (entre 3 y 6), primero en español y luego en inglés.

Un resumen del trabajo de 10 líneas aproximadamente y, a continuación, su traducción de este al inglés (*abstract*).

Sumario. Se utilizará la numeración arábica (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

El artículo habrá de contener una bibliografía final.

Extensión del trabajo

La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:

Estudios Doctrinales, Derecho Comparado Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias Conexas y Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, bibliografía, etc.).

Estudios de Doctrina Judicial: máximo 22 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, bibliografía, etc.).

Recensiones: máximo 3 páginas.

FORMATO DEL DOCUMENTO

Márgenes:

Superior:	2,50 cm	Izquierda:	3,00 cm	Encabezado:	1,25 cm
Inferior:	2,50 cm	Derecha:	3,00 cm	Pie de página:	1,25 cm

Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). En el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pie 10

Las referencias legislativas o judiciales deberán expresar -en todo lo posible- las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, etcétera).

Referencias bibliográficas

Los apellidos de los autores/as citados/as han de ir solo en mayúscula la primera letra y versales. Los nombres solo se identifican con las iniciales en mayúscula.

Ejemplos:

-Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Murcia, Laborum, 2009, pp. 201-242.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España*. José Maluquer y Salvador, Granada, Comares, 2007, pp. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, SÁNCHEZ RODAS, C. y ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, pp. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI*, OJEDA AVILÉS, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, pp. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Ed.), Murcia, Laborum, 2016.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 145-173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, SEMPERE NAVARRO, A.V. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva. El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

3. PROCESO EDITORIAL

Recepción de artículos: Hay 2 formas de recepcionar los artículos, bien enviándolos por mail a revsegsoc@laborum.es o bien mediante la plataforma de la revista digital <https://revista.laborum.es>, en la cual se deben registrar como autores para tener acceso a la sección de enviar artículos.

Se acusará su recibo por la Coordinación de la Editorial lo que no implicará su aceptación.

Una vez acusado recibo, la Coordinación efectuará una primera valoración editorial consistente en comprobar tanto la adecuación al ámbito temático como el cumplimiento de los requisitos de presentación formal exigidos en el punto 2, quedando autorizada la Editorial a la devolución de los estudios mientras no se ajuste a las normas de publicación indicadas.

Remisión de originales al Consejo de Redacción: La Coordinación de la Editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la Revista, que analizará el estudio valorando su remisión a los evaluadores externos, ajenos a los Consejos de Redacción y Asesor, y que han sido seleccionados por los editores de la revista (*vid.* <https://revista.laborum.es/equipoeditorial> o listado en inicio revista) teniendo en cuenta sus méritos académicos, su acreditada solvencia investigadora y su dilatada experiencia en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sistema de revisión por pares: El artículo enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima, quienes emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en

consideración por el Consejo de Redacción. El protocolo de evaluación utilizado por los revisores se hace público como anexo a estas normas (*vid.* <https://revista.laborum.es>). En el caso de juicios dispares entre los dos evaluadores, el trabajo será remitido a un tercer evaluador. El trabajo revisado que se considere puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones, deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de un mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores. De ser necesario, la nueva versión será enviada de nuevo a los revisores externos. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que estos puedan realizar (en su caso) las correcciones oportunas.

Proceso editorial: Una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le podrán ser remitidas, si fuera necesario, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección.

Plazos de publicación: El intervalo entre la recepción y la aceptación será inferior a 60 días y el que media entre la aceptación y la publicación no superará los 90 días.

Ejemplar para el autor: La editorial hará llegar a autor o autores una versión electrónica del trabajo presentado y publicado

4. CRITERIOS DE POLÍTICA EDITORIAL Y RESPONSABILIDADES ÉTICAS

Criterios de política editorial. Los factores en los que se funda la decisión sobre la aceptación-rechazo de los trabajos por parte de la editorial son los siguientes:

- a) Originalidad.
- b) Actualidad y novedad.
- c) Relevancia y aplicabilidad de los resultados para la resolución de problemas concretos.
- d) Significación para el avance del conocimiento científico.
- e) Calidad metodológica contrastada.
- f) Presentación, buena redacción y organización (coherencia lógica y presentación material).

Responsabilidades éticas. La Revista no acepta material previamente publicado. Los autores son responsables de obtener los oportunos permisos para reproducir parcialmente material (texto, tablas o figuras) de otras publicaciones y sitios de Internet y de citar su procedencia correctamente.

5. POLÍTICA ANTIPLAGIO

Los autores/as confirman que el trabajo es original y garantizan que ningún tipo de información ha sido plagiada, inventada o manipulada, con un uso inadecuado de la técnica de citación, a través de la firma del documento “declaración de originalidad” que debe de adjuntarse junto con el envío del artículo. En el caso de que la Editorial aprecie algún tipo plagio durante el proceso de evaluación del artículo, este será rechazado y no se procederá a su publicación. Si el plagio detectado obedece a un uso indebido de la técnica de cita, se le dará la posibilidad al autor para que revise y edite su trabajo como requisito necesario para su publicación. En caso de que se detecte el plagio una vez que se ha publicado el artículo, dicho artículo será eliminado de la página web, sin perjuicio de la denuncia de las prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

6. POLÍTICAS DE IGUALDAD DE GÉNERO

Compromiso con el uso de lenguaje no sexista: Los autores/as se comprometen a redactar sus trabajos siguiendo las buenas prácticas en igualdad de género, utilizando lenguaje inclusivo y no discriminatorio.

Desagregación de datos en función del sexo: Es importante que los datos de origen de la investigación tengan en cuenta el sexo para advertir las posibles diferencias. En el caso de que los autores/as presenten datos, siempre que sea posible, deberán de desagregarse estos en función del sexo con el fin de permitir la identificación de dichas diferencias.

7. POLÍTICAS DE INFORMACIÓN SOBRE FUENTES DE FINANCIACIÓN

Cada autor/a deberá de reconocer y determinar la financiación que ha recibido para la elaboración del artículo en cuestión. En el mismo artículo, en la primera nota a pie de página, se indicará la agencia o agencias de financiación, así como el/ los código/s de los proyectos de investigación en los cuales se ha desarrollado el trabajo. Esta información también se incluirá en los metadatos del artículo.

AVISO DE DERECHOS DE AUTOR/A

Los trabajos de la presente revista se publican bajo una licencia de “todos los derechos reservados” hasta que transcurra un año desde su publicación (período de embargo), momento a partir del cual se publican los trabajos bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

*Las secciones que no están sujetas a período de embargo se publican directamente bajo una licencia CC BY-NC-ND 4.0.

Recuérdese que las secciones Editorial; Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas; Crónica de Doctrina Administrativa de Seguridad Social y Clásicos de la Seguridad Social, se ofrecen en abierto. Las secciones Estudios Doctrinales; Estudios de Doctrina Judicial; Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas; y Economía y Sociología, se ofrecen también en abierto transcurridos doce meses desde la publicación de cada número.

Por medio de la firma de la Carta de originalidad y de cesión de derechos de autor se ceden en exclusiva, durante un año a partir de la fecha de publicación, los derechos patrimoniales de propiedad intelectual (distribución, comunicación pública, reproducción y transformación) a Ediciones Laborum, S.L. No obstante, sí que se les permite a los autores/as publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico), siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

POLÍTICA DE AUTOARCHIVO POR PARTE DEL AUTOR/A

Se podrá depositar la versión final aceptada para publicación en repositorios institucionales o temáticos de acceso abierto en los plazos y en los términos establecidos por la entidad financiadora de la investigación publicada y, en todo caso, cuando haya transcurrido el período de embargo inicial de 12 meses.

CÓDIGO ÉTICO PARA LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LABORUM

«Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum» se adhiere a las recomendaciones de ELSEVIER y a las normas éticas de COPE: Comité on Publication Ethics: <http://publicationethics.org/resources/code-conduct>

A continuación, se detallan de manera específica los compromisos adquiridos por todo el Equipo Editorial para asegurar una actuación responsable tanto de autores, revisores, como de editores.

Compromisos para los autores

- Originalidad en los trabajos: Los autores de manuscritos enviados a la Revista de «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» han de ser originales. Los manuscritos no han de contener copias o reproducciones a trabajos de otros autores o de otros fragmentos de trabajos ya publicados por los mismos autores. Además, se confirmará veracidad de los datos mediante la firma de un documento de “declaración de originalidad” que habrá de enviarse a la editorial.
- Publicaciones múltiples o repetitivas: El autor no debe publicar un mismo artículo o con resultados similares en más de una revista científica. La propuesta simultánea de la misma contribución a múltiples revistas científicas es considerada éticamente incorrecta y reprochable.
- Listado de fuentes: Al final de cada trabajo el autor deberá incorporar una relación bibliográfica completa, en la que se recojan todas las fuentes y artículos manejados.
- Autoría: En cuanto a la autoría del manuscrito, los autores garantizan la inclusión de aquellas personas que han hecho una contribución científica e intelectual significativa en la conceptualización y la planificación del trabajo como en la interpretación de los resultados y en la redacción del mismo. Al mismo tiempo se han jerarquizado los autores conforme a su categoría y/o nivel de responsabilidad e implicación.
- Conflicto de intereses y divulgación: Todos los autores están obligados a declarar explícitamente que no existen conflictos de intereses que puedan haber influido en los resultados obtenidos o en las interpretaciones propuestas. Los autores también deben indicar cualquier financiación de agencias y/o de proyectos de los que surge el artículo de la investigación.
- Errores o erratas en los artículos publicados: Cuando un autor identifica en su artículo un importante error o una inexactitud, deberá comunicarlo a los editores de la revista y proporcionarles toda la información necesaria para listar las correcciones pertinentes en la parte inferior del mismo artículo.
- Responsabilidad: todos los autores aceptan la responsabilidad de lo que se ha escrito. Los autores se comprometen también a que se ha realizado una revisión de la literatura científica más actual y relevante del tema analizado, teniendo presente de forma plural las diferentes corrientes del conocimiento.

Compromisos para los revisores

- Contribución a la decisión editorial: La revisión por pares y a ciegas le permite a la editorial Laborum tomar decisiones sobre los artículos propuestos y, de igual modo, le permite al autor mejorar en la contribución enviada para su publicación. Los revisores asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva tanto de la calidad científica, como de la calidad literaria del escrito.
- Tiempos de revisión: La coordinación marcará los tiempos de revisión. El revisor que no pueda terminar la evaluación en el tiempo programado habrá de notificarlo de inmediato a la

coordinadora. Los revisores se comprometen a evaluar los trabajos en el tiempo menor posible para respetar los plazos de entrega.

- **Confidencialidad:** Cada manuscrito asignado debe ser considerado como confidencial. Por lo tanto, estos textos no se deben discutir con otras personas sin el consentimiento expreso del director, el subdirector y la coordinadora.
- **Objetividad:** La revisión por pares se realizará de manera objetiva. No se considera adecuado ningún juicio personal sobre los autores de las contribuciones. Los revisores están obligados a dar razones suficientes para sus valoraciones. Los revisores entregarán un informe crítico completo con referencias adecuadas según protocolo de revisiones de la Revista de «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» y las normativas públicas para los revisores; especialmente si se propone que el trabajo sea rechazado. Están obligados a advertir a los editores si partes sustanciales del trabajo ya han sido publicadas o están bajo revisión para otra publicación.
- **Visualización de texto:** Los revisores se comprometen a indicar con precisión las referencias bibliográficas de obras fundamentales posiblemente olvidadas por el autor. El revisor también debe informar a los editores de cualquier similitud o solapamientos del manuscrito con otros trabajos publicados.
- **Conflicto de intereses y divulgación:** Información confidencial o información obtenida durante el proceso de revisión por pares debe considerarse confidencial y no puede utilizarse para propósitos personales. Los revisores solo revisan un manuscrito cuando no exista conflictos de interés.

Compromisos de los editores

- **Decisión de publicación:** los editores garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas científicamente para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo, con los menores sesgos posibles. La revista de «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» opta por seleccionar 2 revisores por cada trabajo de forma que se garantice una mayor objetividad en el proceso de revisión.
- **Honestidad:** los editores evalúan los artículos enviados para su publicación sólo sobre la base del mérito y la calidad científica de los contenidos.
- **Confidencialidad:** todo el equipo editorial se compromete a no divulgar la información relativa a los artículos enviados para su publicación a otras personas que no sean autores, revisores y editores. Los editores y el Comité Editorial se comprometen a la confidencialidad de los manuscritos, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad intelectual de todo el proceso.
- **Conflicto de intereses y divulgación:** los editores se comprometen a no utilizar en sus investigaciones contenidos de los artículos enviados para su publicación sin el consentimiento por escrito del autor.
- **Respeto de los tiempos:** los editores son responsables máximos del cumplimiento de los límites de tiempo para las revisiones y la publicación de los trabajos aceptados, para asegurar una rápida difusión de sus resultados. Los trabajos no permanecerán aceptados, sin publicarse y en listas de espera infinitas, más allá del tiempo justo para su edición en los siguientes números de la revista.

**RED EUROPEA DE REVISTAS DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
(Red Europea de RDSS)**

Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum (ISSN: 2386-7191)
Editorial Laborum, España. Director, Prof. Jose Luis Monereo Pérez.
<http://laborum.es/revsegsoc/>

EJSS European Journal of Social Security (ISSN: 1388-2627)
Editorial Intersentia, Países Bajos. Editores, Profs. Frans Pennings, Universidad de Utrecht, y Michael Adler, Universidad de Edimburgo
<http://www.ejss.eu/>

JSSL Journal of Social Security Law (ISSN: 1354-7747)
Publisher Sweet and Maxwell, Reino Unido Editor, Prof. Neville Harris, Universidad de Manchester
<http://www.sweetandmaxwell.co.uk/>

ERIPS e-Revista Internacional de la Protección Social (ISSN: 2445-3269)
Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Directora, Prof. Cristina Sánchez-Rodas
<http://institucional.us.es/revistasocial/>

RDSS Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale (ISSN: 1720-562X)
Editorial il Mulino, Italia. Director responsable, Prof. Maurizio Cinelli, Universidad de Macerata
<http://www.mulino.it/riviste/issn/1720-562X>

REVISTA EN ACUERDO DE COLABORACIÓN CON:

Revista Derecho del Trabajo. Revista especializada en Derecho del Trabajo y Seguridad Social (ISSN: 2301-1009)
Director Responsable, Mario Garmendia Arigón, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(Universidad de la República/Montevideo-Uruguay y Universidad CLAEH/Punta del Este-Uruguay)
https://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&id=81710

**REVISTA INCLUIDA EN LA CLASIFICACIÓN BIBLIOGRÁFICA DE LAS SIGUIENTES BASES DE
DATOS Y ORGANISMOS:**



Orientación y enfoque metodológico

Su título refleja la reivindicación del amplio espacio propio e identificable de lo que es la Seguridad Social, frente a esas tendencias de emergentes de encuadrarla dentro de un sistema general de protección social pública.

Es una revista teórico-práctica que reivindica un conocimiento pleno del “Derecho vivo” tal y como se verifica en la experiencia jurídica y en la praxis judicial. Por ello al tiempo de prestar atención a las normas vigentes y a las técnicas legislativas y de protección del Derecho, se contextualiza dentro del marco político, socio-económico y ético en el que se insertan.

Los contenidos incluyen:

- Editorial
- Estudios Doctrinales
- Estudios de Doctrina Judicial
- Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social
- Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas
- Crónica Administrativa en materia de Seguridad Social
- Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social
- Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social
- Clásicos de la Seguridad Social

La presente revista, dedicada específicamente al Derecho de la Seguridad Social, consta de:

- Editorial*
- Estudios Doctrinales*
- Estudios de Doctrina Judicial*
- Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social*
- Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas*
- Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social*
- Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social*
- Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social*
- Clásicos de la Seguridad Social*

*Consta de 4 números anuales de periodicidad trimestral.
Se edita en papel y digital, y la inscripción a cualquiera de
ambas versiones puede realizarse por los medios que
figuran al inicio de la revista.*