

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

1^{er} Trimestre 2015

nº 2

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- ✦ La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2015 y su incidencia en materia de Seguridad Social: La persistencia de las políticas de austeridad y de racionalización del gasto público y sus consecuencias
José Luis Monereo Pérez

Estudios Doctrinales

- ✦ La reforma del régimen jurídico de las mutuas: otra ocasión perdida
José Antonio Panizo Robles
- ✦ La determinación de la base de cotización tras las reformas llevada a cabo por el RD-Ley 16/2013 y el RD 637/2014
Guillermo Rodríguez Iniesta
- ✦ Prestaciones familiares
Susana Rodríguez Escanciano y Henar Álvarez Cuesta

Estudios de Doctrina Judicial

- ✦ Integración de lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial (STC 151/2014, de 25 de septiembre, RTC\2014\151)
Juan José Fernández Domínguez
- ✦ La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial? A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 13 de mayo de 2014
Sofía Olarte Encabo
- ✦ El accidente *in itinere* en patinete (STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2014, AS/2014/1862)
José Sánchez Pérez
- ✦ Pensión de viudedad y matrimonio homosexual (a propósito de las SSTC 92/2014, 93/2014, 115/2014 y 157/2014)
José Francisco Blasco Lahoz
- ✦ La exigencia de residencia en las prestaciones por desempleo y las consecuencias de desplazamientos al extranjero
Daniel Toscani Gimenez

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- ✦ El «*Amicus Curiae*» en el Contencioso Judicial Norteamericano de Seguridad Social
Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela

Crónica Legislativa de Seguridad Social y materias conexas

María Nieves Moreno Vida

Crónica de Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

Belén del Mar López Insua

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- ✦ Determinantes de la participación de los trabajadores en los planes privados de pensiones en la UE
Enrique Fernández Macías, José Ignacio Antón Pérez y Rafael Muñoz de Bustillo Llorente

Clásicos de la Seguridad Social

- ✦ "Adolfo González Posada"
José Luis Monereo Pérez

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

1^{er} Trimestre 2015

Nº 2

© Ediciones Laborum, S.L.

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

Telf. 968 88 21 81

Fax. 968 88 70 40

Web: www.laborum.es

email: laborum@laborum.es

Depósito Legal: MU-1085-2014

ISSN: 2386-7191

Contacto Revista:



www.laborum.es/revsegsoc



[facebook.com/RevSegSoc](https://www.facebook.com/RevSegSoc)



@RevSegSoc



revsegsoc@laborum.es

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

Impreso en España - Printed in Spain

PRESIDENTE:

Manuel Abadía Vicente

DIRECCIÓN:

José Luis Monereo Pérez

COORDINACIÓN:

Guillermo Rodríguez Iniesta

CONSEJO DE REDACCIÓN:

José Luis Monereo Pérez
Guillermo Rodríguez Iniesta
Faustino Cavas Martínez

Lourdes López Cumbre
Juan Antonio Maldonado Molina
María Nieves Moreno Vida

José Luis Tortuero Plaza
Cristina Sánchez-Rodas Navarro
Francisco Ortiz Castillo

CONSEJO ASESOR:

Mario Ackerman
Jordi Agustí Juliá
Miguel Almendros González
María José Añón Roig
Joaquín Aparicio Tovar
Ángel Arias Domínguez
Alberto Arufe Varela
Guido Balandi
Guillermo Barrios Baudor
Francisco Blasco Lahoz
Ángel Blasco Pellicer
Umberto Carabelli
Jo Carby-Hall
María Emilia Casas Baamonde
Lance Compa
María Antonia Castro Argüelles
Wolfgang Däubler
Luis Enrique De la Villa
Mikel De la Fuente Lavín
Ángel Luis De Val Tena
Aurelio Desdentado Bonete
María Teresa Díaz Aznarte
Gemma Fabregat Monfort
José Antonio Fernández Avilés

Juan Antonio Fernández Bernat
Juan José Fernández Domínguez
Maximilian Fuchs
Ángel Gallego Morales
Javier Gárate Castro
Juan García Blasco
Carlos García de Cortázar
Joaquín García Murcia
Ignacio García Ninet
María García Valverde
Mario Garmedia Arigón
Rosa González de Patto
Santiago González Ortega
Jesús Lahera Forteza
Juan López Gandía
Belén del Mar López Insua
José Luján Alcaraz
Antonio Márquez Prieto
Jesús Martínez Girón
Carolina Martínez Moreno
Jesús Mercader Uguina
Orides Mezzaroba
Cristina Monereo Atienza
Rafael Muñoz de Bustillo

Antonio Ojeda Avilés
Sofía Olarte Encabo
Mari Carmen Ortiz Lallana
Adrián Osvaldo Goldin
Manuel Carlos Palomeque López
José Antonio Panizo Robles
Rosa Quesada Segura
Margarita Ramos Quintana
Susana Rodríguez Escanciano
Gloria Rojas Rivero
Eduardo Rojo Torrecilla
Santos Miguel Ruesga Benito
Tomás Sala Franco
Fernando Salinas Molina
Carmen Sánchez Trigueros
Carolina San Martín Mazzuconi
Antonio Vicente Sempere Navarro
Alejandro Slocker Torres
Andrés Trillo García
Fabio Tulio Barroso
Daniel Toscani Giménez
Fernando Valdés Dal-Ré

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:

Alejandro Garilli
Jaime Cabeza Pereiro
Carlos Alfonso Mellado
Juan Gorelli Hernández
Aranzatzu Vicente Palacio
Borja Suárez Corujo

EDITOR:

Francisco Ortiz Castillo

Índice

EDITORIAL

9

LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2015 Y SU INCIDENCIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: LA PERSISTENCIA DE LAS POLÍTICAS DE AUSTERIDAD Y DE RACIONALIZACIÓN DEL GASTO PÚBLICO Y SUS CONSECUENCIAS	11
--	-----------

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

ESTUDIOS DOCTRINALES

19

LA REFORMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MUTUAS: OTRA OCASIÓN PERDIDA.....	21
---	-----------

JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES

1. Introducción	21
2. Algunos datos sobre la importancia de las mutuas en el actual sistema de la seguridad social.....	24
3. Principios orientadores de la reforma.	25
4. Sobre el cambio de la denominación de las mutuas y el ámbito funcional de las mismas ..	27
5. Las modificaciones en los ámbitos relacionados con la constitución de las Mutuas y su organización	30
6. las facultades de dirección y tutela sobre las Mutuas.....	35
7. Sobre el régimen económico-financiero de las Mutuas y el destinos de los resultados económicos de la gestión	36
8. Otras cuestiones contenidas en la reforma de la nueva regulación de las mutuas.	42
9. La gestión por las Mutuas de la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.	42

LA DETERMINACIÓN DE LA BASE DE COTIZACIÓN TRAS LAS REFORMAS LLEVADAS A CABO POR EL RD-LEY 16/2013 Y EL RD 637/2014.....	47
--	-----------

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

1. Introducción	47
2. Consideraciones previas	50
3. Modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 20/2012.....	55
4. La base de cotización al régimen general de la seguridad social.....	60
5. Las percepciones extrasalariales y su cotización a la seguridad social	74

PRESTACIONES FAMILIARES.....	79
-------------------------------------	-----------

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

1. Políticas de igualdad y prestaciones familiares	79
2. Prestaciones familiares contributivas.....	80
3. Prestaciones no contributivas.....	89
4. Conclusiones.....	106

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL**107****INTEGRACIÓN DE LAGUNAS DE COTIZACIÓN EN LOS CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL (STC 151/2014, DE 25 DE SEPTIEMBRE, RTC(2014)151)... 109***JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ*

1. Contexto (la falta de un modelo) y pretexto (una discutible sentencia del tribunal constitucional) para una cuestión abierta.....109
2. Sobre las oportunidades perdidas y de la necesidad de una regulación sistemática de la protección social del trabajo a tiempo parcial112
3. La regla especial sobre integración de lagunas de cotización para los trabajadores a tiempo parcial.....117
4. El debate constitucional y algunas cuestiones sin resolver. Propuestas de actuación123
5. Conclusión130

LA PROTECCIÓN SOCIAL POR MATERNIDAD EN SUPUESTOS DE GESTACIÓN SUBROGADA: ¿LA ANTESALA DE UN CAMBIO JURISPRUDENCIAL?. A PROPÓSITO DE LA STSJ PAÍS VASCO (SOCIAL) DE 13 DE MAYO DE 2014..... 131*SOFÍA OLARTE ENCABO*

1. Aproximación general a la problemática de la maternidad subrogada. El estado de la cuestión...131
2. La “doctrina” registral civil ante las filiaciones por sustitución y su influencia en el orden social133
3. La posición favorable de la doctrina judicial social137
4. Análisis crítico de la STSJ País Vasco de 13 de mayo de 2014140

EL ACCIDENTE *IN ITINERE* EN PATINETE (STSJ DE CATALUÑA DE 12 DE JUNIO DE 2014, AS/2014/1862)..... 145*JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ*

1. La ampliación del concepto de accidente de trabajo: el accidente ocurrido a la ida o vuelta del trabajo145
2. Requisitos genéricos del accidente de trabajo *in itinere*148
3. Los requisitos específicos149
4. La nueva doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de cataluña, de fecha 12 de junio de 2014, y la innovación en el elemento mecánico154
5. Conclusiones156

PENSIÓN DE VIUDEDAD Y MATRIMONIO HOMOSEXUAL (A PROPÓSITO DE LAS SSTC 92/2014, 93/2014, 115/2014 Y 157/2014) 159*JOSÉ FRANCISCO BLASCO LAHOZ*

1. La pensión vitalicia de viudedad y sus beneficiarios159
2. La pensión vitalicia de viudedad consecuencia de matrimonio homosexual168

LA EXIGENCIA DE RESIDENCIA EN LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO Y LAS CONSECUENCIAS DE DESPLAZAMIENTOS AL EXTRANJERO..... 179*DANIEL TOSCANI GIMENEZ*

1. Introducción179
2. Antecedentes normativos y doctrina judicial180
3. Criterio del Tribunal Supremo185
4. La solución de la ley 1/2014.....189
5. Conclusiones191

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS **195**

EL «AMICUS CURIAE» EN EL CONTENCIOSO JUDICIAL NORTEAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL.....197

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN
ALBERTO ARUFE VARELA

1. El «amicus curiae» y su naturaleza jurídico-procesal.....197
2. La regulación procesal inglesa y norteamericana, federal y estatal, del «amicus curiae» 200
3. El contencioso judicial federal de la Seguridad Social203
4. El contencioso de la Seguridad Social ante la corte suprema de los Estados Unidos205
5. El «amicus curiae» en la jurisprudencia sobre Seguridad Social de la corte suprema de los Estados Unidos207

CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS **211**

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

1. Real decreto-Ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el programa de activación para el empleo.- BOE 20 diciembre 2014213
2. Resolución de 15 de diciembre de 2014, de la dirección general de cartera básica de servicios del sistema nacional de salud y farmacia, por la que se procede a la actualización de la cuantía máxima correspondiente a los medicamentos pertenecientes a los grupos atc de aportación reducida, y se actualizan los límites máximos de aportación mensual para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la seguridad social y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria. BOE 23 diciembre 2014.....216
3. Real decreto 1084/2014, de 19 de diciembre, por el que se modifica el real decreto 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la administración general del estado.- BOE 24 de diciembre de 2014217
4. Ley 34/2014, de 26 de diciembre, de medidas en materia de liquidación e ingreso de cuotas de la seguridad social.- BOE 27 de diciembre de 2014.....218
5. Real Decreto 1106/2014, de 26 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2015.-BOE 27 de diciembre de 2014.....219
6. Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la ley general de la seguridad social en relación con el régimen jurídico de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social.- BOE 29 de diciembre de 2014220
7. Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del estado para el año 2015.- BOE 30 de diciembre de 2014.....223
8. Real Decreto 1103/2014, de 26 de diciembre, sobre revalorización y complementos de pensiones para el año 2015 y otras normas en materia de clases pasivas.- BOE 31 de diciembre de 2014237
9. Real Decreto 1107/2014, de 26 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la seguridad social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2015.- BOE 31 de diciembre de 2014237

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 239

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL.....241

1. Configuración jurídica general del sistema de seguridad social (sistema de fuentes y estructura básica del sistema normativo)241
2. Ámbito subjetivo de aplicación de la seguridad social241
3. Gestión de la Seguridad Social.....241
4. Actos de encuadramiento o de inmatriculación (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores).....242
5. Financiación de la Seguridad Social. La cotización242
6. Acción protectora. Las prestaciones del sistema de Seguridad Social.....242
7. Asistencia social y servicios sociales.....255
8. El sistema nacional de atención a la dependencia256
9. Protección social complementaria (iniciativa privada)256

NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS.....260

1. Obras *generales* de Seguridad Social y materias conexas260
2. Obras *específicas* de Seguridad Social y materias conexas261

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL 263

DETERMINANTES DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LOS PLANES PRIVADOS DE PENSIONES EN LA UE.....265

ENRIQUE FERNÁNDEZ MACÍAS

JOSÉ IGNACIO ANTÓN PÉREZ

RAFAEL MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE

1. Introducción265
2. El origen de la diversidad actual en los sistemas de pensiones europeos266
3. Las pensiones privadas en Europa269
4. El EU-SILC como fuente para el estudio de la contribución a pensiones privadas voluntarias y personales273
5. Factores determinantes de la participación y contribución a pensiones privadas voluntarias y personales en Europa.....280
6. Conclusiones289
7. Referencias.....289

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 291

“ADOLFO GONZÁLEZ POSADA” (1860-1944)293

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

1. Biografía intelectual293
2. Pensamiento social y político jurídico297
3. Bibliografía sobre Adolfo Posada y su época.....301

Editorial

LABORUM

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2015 y su incidencia en materia de Seguridad Social: La persistencia de las políticas de austeridad y de racionalización del gasto público y sus consecuencias

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

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

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

PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSE)

“Los pactos sociales nacionales ya no bastan para garantizar la existencia de un auténtico equilibrio entre los valores de solidaridad social, la política democrática y las eficiencias del mercado”

David Held¹

La 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 (LPGE 2015), se inserta explícitamente en la lógica interna del art. 135 CE presidida por el respeto al equilibrio financiero y la continuidad de las políticas de austeridad impuesta desde las instancias políticas de la Unión Europea. Explícitamente así se indica en su Exposición de Motivos: “Tras la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que ha venido a desarrollar el mandato contenido en el artículo 135 de la Constitución Española, reformado el 27 de septiembre de 2011, y a dar cumplimiento al Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012, garantizando una adaptación continua y automática a la normativa europea. Dentro de ese marco normativo, en los presentes Presupuestos Generales del Estado se persigue continuar con el mismo objetivo que en ejercicios anteriores de garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas, fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española, y reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria. El logro de estos tres objetivos permite consolidar el marco de una política económica orientada al crecimiento económico y la creación del empleo”.

A lo que se añade que: “En esta línea, los PGE para 2015 persiguen *el objetivo prioritario de reducir el déficit público y el cumplimiento de los compromisos de consolidación fiscal con la Unión Europea*. Los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para el período 2015-2017, fijados por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014, se aprobaron por el Pleno del Congreso el 8 de julio de 2014 y por el Pleno del Senado el 9 de julio siguiente. Este acuerdo establece el objetivo de déficit para el conjunto de las Administraciones Públicas en el 4,2 por ciento del PIB, desglosándose del siguiente modo: el Estado tendrá un déficit del 2,9 por ciento; la Seguridad Social del 0,6 por ciento; las Comunidades Autónomas del 0,7 por ciento; mientras que las Corporaciones

¹ HELD, D.: *Un pacto global*, Madrid, Ed. Taurus/Santillana, 2005, pág. 205.

Locales cerrarán el próximo año con déficit cero. El objetivo de deuda pública queda fijado para la Administración Central en un 76,3 por ciento del PIB en 2015. El límite de gasto no financiero se fija en 129.060 millones de euros, lo que supone una disminución del 3,2 por ciento respecto del Presupuesto de 2014. Además, en el presente ejercicio, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, las previsiones sobre las que se sustentan estos Presupuestos Generales del Estado cuentan por primera vez con el aval de dicho organismo. Dado el contexto actual de la economía, en el presente ejercicio se busca además efectuar una más eficiente asignación de los recursos públicos de suerte que, sin descuidar el objetivo prioritario de reducción del déficit público, se logre consolidar la senda de crecimiento económico y creación de empleo iniciada en el anterior ejercicio”.

Es así que conforme a la Exposición de Motivos, la LPGE para 2015 se plantea alcanzar tres objetivos interdependientes y vinculados a la política presupuestaria de la Unión Europea: garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas, fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía español y reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria. En ese marco, se consideran objetivos preferentes reducir el déficit público y el cumplimiento de los compromisos de consolidación fiscal con la Unión.

Este enfoque prefigura (predetermina) la orientación de las políticas económicas, de creación de empleo (la austeridad se ha mostrado difícilmente compatible con un crecimiento sostenido acompañado de la creación de empleo de calidad) y de Seguridad Social (y en general de protección social pública) muy restrictivas, cuestionando paradójicamente los equilibrios entre crecimiento económico e igualdad social (“justicia social”) y sin que se haya alcanzado el objetivo de evitar el sobreendeudamiento. Los apartados dedicados a las cuestiones presupuestarias en materia de Seguridad Social y Protección Social Pública reflejan ese predominio axial de la lógica del equilibrio financiero (contención y reducción del gasto, según el tipo de partidas) y el debilitamiento de los derechos sociales a ella vinculados. El enfoque no deja de ser discutible en los hechos, porque la visible realidad social muestra nítidamente el fracaso de las políticas de austeridad impuesta que han determinado la conformación de la presente coyuntura agravada de estancamiento, de desempleo masivo, de precariedad laboral generalizada y “normalizada” (que abundan en el subempleo y la deflación), la insolidaridad social (recorte de los derechos sociales con el consiguiente detrimento de la justicia social) y del sobreendeudamiento.

Se podría pensar, acaso, en otro tipo de políticas públicas alternativas y de viable realización que ante un horizonte de recuperación moderada de la crisis (con tasas de crecimiento para espacio económico europeo todavía muy débiles; 0,8% en 2014 y 1,1% para 2015) consintieran poner en práctica políticas razonablemente expansivas en materia monetaria, fiscal, de sostenibilidad de la demanda (de las personas activas –salarios– y pasivas –pensiones y subsidios públicos) y de creación de empleo de calidad. Es preciso impulsar el crecimiento y el empleo de calidad. El Informe de la OIT, *España: Crecimiento con empleo* (Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, OIT, 2014) es contundente al respecto, pues aprecia en nuestro país –y más ampliamente y ante todo en la “Europa del sur”– una preocupación creciente por la falta de calidad del empleo, el incremento del riesgo de pobreza y exclusión social (especialmente de los desempleados de larga duración) y la marcada polarización del mercado de trabajo. Frente a esa realidad la OIT apuesta por una

decidida política comprometida con el crecimiento económico sostenible y creador de empleo de calidad (que garantice la calidad de vida de los trabajadores y evita la devaluación interna de los salarios y deflación). Se trataría de compatibilizar el crecimiento económico responsable con el progreso social.

En España –y en otros países europeos– se ha introducido por vía de urgencia de reforma constitucional ex art. 135 CE, la cláusula de primacía de la “razón económica” sobre la “razón social” –que es la razón de la sociedad– en el mismo *interior* de la Constitución jurídica, entrañando ello una limitación de las bases constitutivas de consolidación y avance en la tradición jurídico-política del constitucionalismo democrático-social a través de la cláusula de Estado Social (artículos 1 y 9.2 de la Constitución). La reforma del art. 135 CE supuso una cesión de soberanía en materia financiera y presupuestaria a la Unión Europea (Consejo, Comisión y Banco Central Europeo) y el consiguiente reforzamiento del gobierno económico presupuestario de la Unión sobre las políticas públicas de los Estados miembros (Resultado paradigmática, aparte, como es obvio, de los Reglamentos de la Unión Europea de supervisión presupuestaria, la Directiva 2011/85/Unión Europea, de 28 de noviembre, de Marco Presupuestario Nacional, en relación con el art. 126 del TFUE). Esa misma reforma expresa del art. 135 de la Constitución constituye en el fondo una verdadera ruptura de los equilibrios constitucionales cristalizados en la versión originaria de consenso de nuestra Carta Magna; esto es, un cuestionamiento de las bases de la Constitución jurídica del Estado Social y su todavía tendencial conversión en una Constitución liberalizadora (de orientación “postsocial”).

En la realidad política constitucional lo que se ha enmascarado es un proceso constituyente protagonizado formalmente por el poder de reforma actuando como poder constituyente, pero, además, sirviendo de cauce instrumental a un poder constituyente extraconstitucional (ni el pueblo, ni la nación que es la que consagra la Constitución se pronunciaron “ad hoc”; básicamente, Preámbulo, artículos 1 y 168.3 de la Constitución) como fueron los poderes decisorios de la Unión Europea que la impusieron; esto es, un poder político exterior, y con déficit democrático estructural, fuera del ámbito de la vigencia formal de la Constitución. Ello además se llevó a cabo sin un debate abierto democrático sobre su real significado e incidencia en el orden constitucional de convivencia y sin la apelación al pueblo soberano, como cuerpo electoral, para su ratificación a través de referéndum facultativo. De ahí que su incorporación al texto constitucional suponga una discontinuidad y de orientación rupturista –por lo que entraña de regresión en el modelo de constitucionalismo democrático social y de ruptura del máximo consenso originario que inspiro a la Constitución originaria de 1978– con esa tradición de cultura jurídico-constitucional. Lo que viene a configurar un modelo constitucional que acaba subordinando “lo social” a “lo económico”, con el consiguiente incumplimiento de las previsiones y promesas constitucionales internas respecto a las garantías y derechos sociales. La consecuencia de todo ello es que las constituciones sociales internas se convierten de manera sobrevenida en “constituciones sin decisión” político-jurídica definida en materia social y de derechos sociales, por utilizar una terminología próxima a la empleada por Otto Kirchheimer para la etapa de la Constitución de Weimar de 1919. Pues, ciertamente, la constitución económico-política material de la Unión Europea que recoge el sistema de los Tratados fundacionales es la que se impone decisoriamente a las constituciones sociales de los Estados miembros formalmente vigentes, combinando reformas explícitas (v.gr., art. 135 CE) y mutaciones tácticas (revisiones regresivas en materia de derechos sociales prestacionales de Seguridad

Social y de Protección Social Pública y de derechos laborales a través de una abundante legislación infraconstitucional: las significativas y eufemísticamente denominadas “reformas del mercado de trabajo” y de “sostenibilidad de la Seguridad Social”). Estas reformas explícitas y mutaciones tácitas han supuesto una normalización jurídico-política en el mismo orden constitucional de la excepción y del cambio cualitativo del Texto constitucional que supone el desplazamiento progresivo (no clausurado, ni, por supuesto, irreversible) de la constitución democrático-social por un modelo de constitución de orientación neoliberal. El alcance y sobre todo el instrumento que formaliza los cambios radicales reflejan que los cambios no son coyunturales ni transitorios, sino estructuras y con vocación de permanencia; en definitiva, se han establecido con la pretensión de quedarse y durar de cara al futuro.

No es ajeno a todo ello el intenso debate político-jurídico actualmente suscitado (con bien conocida trascendencia en la opinión pública) respecto a la necesidad de un replanteamiento de aquella reforma de 2011 del art. 135 CE y el surgimiento de propuestas (que engarzan con el pensamiento crítico en el ámbito europeo) que proponen incluir en nuestro Texto Constitucional una cláusula constitucional referida a la Unión y la vinculación expresa al Convenio Europeo de los Derechos Humanos, a la Carta Social Europea (ambos instrumentos fundamentales emanados del Consejo de Europa) y a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (algo que, desde luego, ya se puede inferir del canon hermenéutico contenido en el art. 10.2 CE). Lo que en coherencia debería de conducir a consagrar con rango de derecho social fundamental al máximo nivel el derecho a la Seguridad Social, precisamente para blindarlo en su contenido esencial frente a las variables de los ciclos económicos y de los desequilibrios del gasto público. Esto no significaría negar la necesidad de un equilibrio financiero (que no necesariamente tiene que ser exclusivamente “interno” al Sistema institucional de la Seguridad Social) y de la fijación del objetivo de estabilidad presupuestaria (Véase STC 134/2011, de 20 de julio, f.º.17), sino establecer un equilibrio presupuestario más satisfactorio en la necesaria combinación entre la “razón social” y la “razón económica”, evitando, de este modo, subordinar la primera a la segunda (asumiendo la racionalidad económica preferente del mercado). Y es que el art. 135.4 CE establece una unilateral prioridad absoluta en el pago de la deuda pública. Por lo demás, se dispone que “los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones Públicas se entenderá siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta...” (Art. 135.3 CE). Es así que el pago de la deuda pública se impone a todos los créditos especialmente privilegiados como los salarios y sueldos de los empleados públicos, tributos, *pensiones de la Seguridad Social*, etcétera. El equilibrio entre ambas lógicas debe inspirar la estabilidad presupuestaria para garantizar, a medio y largo plazo, un crecimiento económico sostenido, creador de empleo y respetuoso con los derechos sociales (que sirven al principio de igualdad sustancial). Sin embargo, por el momento, el reformado art. 135 CE consagra en el mismo interior del texto constitucional la primacía de una constitución económica “fuerte” sobre una constitución social “debilitada” y subordinada a la racionalidad económica de control del déficit público.

Hay que tener en cuenta que la cláusula del Estado social y democrático de Derecho del art. 1.1º CE no puede ser considerada como una simple declaración retórica sin consecuencias en el sistema de garantías constitucionales, sino que debe entenderse como un auténtico principio constitucional de inmediata y directa aplicación (cfr. STC 18/1984, f.º. 3º) y sin perjuicio de su compatibilidad con la necesaria racionalización del gasto público, pues sería impensable una expansión ilimitada de las prestaciones sociales y de los servicios

públicos y el consiguiente endeudamiento excesivo. En este último sentido se ha pronunciado el TC cuando declaró que “los derechos de Seguridad Social como derechos sociales de prestación que implican una carga financiera considerable, son de contenido legal y requieren ineludiblemente de intermediación legislativa [para garantizarlos]. Corresponde al legislador en función de las situaciones de necesidad existentes y de los medios financieros disponibles determinar la acción protectora a dispensar por el régimen público de Seguridad Social y las condiciones para el acceso a las prestaciones y para su pérdida. Esta característica de derechos prestacionales que requieren una base financiera sólida y una administración de recursos escasos permiten al legislador una amplia libertad de configuración” (TC 126/1994, fj. 5º).

Es lo cierto que la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (que desarrolló el mandato contenido en el art. 135 CE, reformado el 27 de septiembre de 2011) incluye dentro de su ámbito de aplicación a las “*Administraciones de Seguridad Social*” (art. 2.1.d) LO 2/2012), que mantendrán una situación de equilibrio o superávit presupuestario. Pero matizando que dichas Administraciones de Seguridad Social excepcionalmente podrán incurrir “en un déficit estructural de acuerdo con las finalidades y condiciones previstas en la normativa del Fondo de Reserva de la Seguridad Social. En este caso, el déficit estructural máximo admitido para la administración central se minorará en la cuantía equivalente al déficit de la Seguridad Social” (art.11.5). Por lo que, aunque en vía excepcional, hay un cierto margen de flexibilidad legal en lo concerniente al déficit estructural. Por lo demás, en caso de superávit presupuestario se impone un destino finalista del mismo, a saber: el superávit “se aplicará prioritariamente al Fondo de reserva, con la finalidad de atender a las necesidades futuras del sistema” (art. 32 Ley Orgánica 2/2012).

En esta dirección, la LPGE para 2015 entiende que la Seguridad Social estaría en condiciones de afrontar para el ejercicio del año 2015 el puntual cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria de 2014-2017 y el límite de gasto no financiero del Estado para 2015, aprobado por el Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014, para el conjunto del sector público y de cada uno de los agentes que lo integran. En este marco, el objetivo fundamental que se persigue para el “subsector” de la Seguridad Social, en términos de contabilidad, es una necesidad de financiación de un 0,6 por ciento del PIB para 2015. Ciertamente, las líneas de actuación que presiden el presupuesto de la Seguridad Social para 2015 *persistirán en la lógica de la austeridad y la eficiencia en el gasto*. Por otra parte, la Seguridad Social, se estima (y esto es positivo, aunque ciertamente optimista si se pensara sin más que ello se debe exclusivamente a las reformas sociolaborales que se han venido realizando en materia de protección social) que podrá contribuir a la recuperación del crecimiento económica y la creación de empleo, pues ello está en el mismo “ADN” del papel de la Seguridad Social en un sistema de economía de mercado mínimamente evolucionado (Se podría decir que la misma LPGE precisamente por ello la sitúa siempre en un lugar de tratamiento privilegiado; desde el principio hasta prácticamente el final: art. 1.c) hasta la disposición final vigésima quinta de la LPGE 2015. Véase, aparte lógicamente del propio texto de la LPGE 2015, en esta Revista, el resumen contenido en la “Sección de Crónica Legislativa de Seguridad Social y materias conexas”).

En este sentido hay un elemento de trascendental relevancia que está incidiendo –y lo seguirá estando– de manera significativa sobre la situación económica y la viabilidad de

nuestro modelo actual de Seguridad Social y de Protección Social Pública y es la doble crisis económica y la “crisis social del empleo” que le acompaña, pues la “crisis social del empleo” (como intuyeron ya los “padres fundadores” de los modernos sistemas de Seguridad Social, como William Henry Beveridge y, entre nosotros, José Maluquer y Salvador) si es grave –como son las tasas actuales de paro forzoso de los jóvenes y parados de larga duración– acaba por cuestionar directamente la sostenibilidad y viabilidad del propio Sistema de Seguridad Social y, más ampliamente, el sistema de protección social pública en su conjunto. La Seguridad Social está padeciendo los problemas vinculados al desempleo y al “subempleo” (generador de precariedad...) y también el impacto de la crisis económica y un conjunto de reformas laborales (del “mercado de trabajo”, en la mercantilizadora terminología legal al uso) que lejos de contribuir a la creación de empleo están teniendo un impacto muy negativo en las tasas de paro, de “subempleo” y trabajo precario. Es suficiente recordar que nuestro sistema de pensiones se basa en un sistema financiero de reparto con cobertura de capital y que la precariedad laboral perjudica a los derechos de Seguridad Social y a los propios ingresos que recibe el Sistema público. De ahí que uno de los objetivos principales de la política pública debería de ser crear un sistema de regulación del “mercado de trabajo” que favorezca la creación de empleo de calidad (la política de pleno empleo ex art. 40 CE), que supone garantizar al mismo tiempo el derecho al trabajo y la sostenibilidad/viabilidad de un sistema de Seguridad Social comprometido con el Estado Social de Derecho formalizado en la Constitución. Sólo así el sistema de Seguridad Social podrá recuperar los niveles de equilibrio que presentaba antes de la emergencia de la crisis económica y asimismo atender al aumento del nuevo tipo de necesidades sociales merecedoras de protección pública.

Ahora bien: La apuesta por una Seguridad Social que cumpla con sus finalidades típicas “interna” (protección social dispensando prestaciones y servicios) y “externa” (impulso a la economía y sostenimiento de la demanda, ayudas a los procesos de reestructuración empresarial y reducción de cotizaciones como pretendida medida para facilitar la contratación laboral, etc.) no se está correspondiendo con un incremento suficiente de la dotación económica asignada en la LPGE 2015. Pues si bien la principal fuente de financiación son las cotizaciones sociales (los ingresos por cotizaciones sociales financian algo más del ochenta por ciento del presupuesto total de la Seguridad Social), se echaría en falta en la presente coyuntura una mayor transferencia de recursos estatales (el incremento de las aportaciones estatales es mínimo: supone un incremento de un 0,6 por ciento; y dentro de las aportaciones del Estado destaca, por su cuantía, la destinada a la cobertura de los complementos para pensiones mínimas). Hay que tener en cuenta que aparte de no mantenerse el poder adquisitivo de los pensionistas (las pensiones públicas se revalorizan en 2015, con carácter general, solo en 0,25 por ciento; además del hecho de que las pensiones nuevas reconocidas durante el año 2014 han sido más bajas que las de 2013, esto es, se ha operado un descenso general de la pensión media inicial según datos aportados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social), el presupuesto de 2015 tampoco aborda de raíz el desequilibrio estructural al que se enfrenta el sistema público de pensiones, como es el reto que supone el envejecimiento de la población. En este sentido, en una coyuntura de crisis, la solución debería pasar por el aumento progresivo de las aportaciones del Estado a la Seguridad Social, vía impuestos generales (La otra opción que sería el incremento de las cotizaciones sociales no parece viable, por el momento, dada la actual coyuntura de recuperación lenta y débil de la economía).

En todo caso, en la partida de ingresos (cotizaciones sociales y aportación del Estado) cabe decir que el presupuesto de ingresos no financieros de la Seguridad Social para 2015 asciende a 126.280 millones y, como ya ocurrió en 2013 y 2014, todo apunta a que está en gran medida “inflado”. La partida más importante, los ingresos por cotizaciones sociales procedentes del empleo asalariados (que representa el 81% del total de ingresos no financieros) tendrá –al decir de la LPGE– en 2015 un crecimiento que sería espectacular, del 8,6% sobre el presupuesto inicial de 2014, o del 12,3% si se compara con la estimación de cierre para 2014. Estos aumentos no parecen ser plenamente coherentes con las previsiones del escenario macroeconómico que, supuestamente, ha servido para construir el presupuesto de la Seguridad Social.

El carácter posiblemente “inflado” de las previsiones de los ingresos por cotizaciones ha sido, críticamente, una práctica habitual del Gobierno actual. En 2013 se recaudaron 7.648 millones menos por cotizaciones sociales que lo inicialmente presupuestado y en 2014 la desviación fue de 4.226 millones menos. Si se cumple el cuadro macroeconómico oficial, la desviación podría suponer un recorte de la recaudación presupuestada cercana a los 7.900 millones de euros en 2015. La desviación a la baja en los ingresos por cotizaciones respecto a lo inicialmente presupuestado en 2014, no se explica por el incumplimiento de las previsiones oficiales de empleo (-0,2%) y remuneración de asalariados (0,3%) para el año en curso, de hecho éstas mejoran: el empleo crecerá un 0,7% en 2014 y la remuneración un 0,8%. Hay que ponderar, en este orden de cuestiones, que los motivos principales puedan ser, sin embargo, el incremento de la precariedad laboral, la devaluación salarial y la nueva tarifa plana de cotización para el fomento de la contratación indefinida, introducida a principios de 2014 (Y esto se hace en una coyuntura de desequilibrio financiero interno del sistema de Seguridad Social, y precisamente cuando la experiencia ha demostrado el rotundo fracaso en términos de conjunto de estas políticas de subvención/bonificación de cotizaciones a costa de los ingresos de la Seguridad Social para la pretendida creación y el fomento de los niveles de empleo en términos realmente significativos y para la garantía de una efectiva sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y en particular de su rama principal de las pensiones).

Resulta altamente problemática la previsión de la Disposición Adicional 10ª de la LPGE 2015 que –lejos de incrementar el Fondo de Reserva con aportaciones directas estatales– establece un régimen *excepcional* de disposición de los activos del Fondo de Reserva de la Seguridad Social: Durante los ejercicios 2015 y 2016 no resultará de aplicación el límite del 3 por ciento fijado con carácter general en la Ley 28/2003, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social. Se autoriza la disposición del Fondo de Reserva hasta un determinado límite fijado en esta Ley. El importe de esta disposición del Fondo de Reserva de la Seguridad Social se destinará al pago de las obligaciones relativas a las pensiones de carácter contributivo y demás gastos necesarios para su gestión.

Para la atención a la dependencia el Estado se limita a financiar el mínimo garantizado por el Estado (aporta 1.777,04 millones de euros –un 0,04 más que en 2014–, de los que, 1.087,18 millones de euros corresponden a la financiación del mínimo garantizado por el Estado). Ello supone la práctica congelación del Nivel Mínimo Garantizado de financiación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) así como la no dotación, por cuarto ejercicio consecutivo, del Nivel Acordado de financiación del SAAD (Se procede a la suspensión de la aplicación de determinados preceptos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las

personas en situación de dependencia; Disp. Adic. Septuagésima tercera. Durante 2015 se suspende nuevamente la aplicación del artículo 7.2, del artículo 8.2.a), del artículo 10, del artículo 32.3, párrafo primero y de la Disposición transitoria primera de la Ley 39/2006; es decir, la aplicación del nivel de protección acordado entre la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas). Ambas son las principales figuras de financiación estatal que establece el modelo previsto en la Ley 39/2006. (Hay que recordar que en esta materia, el RD. 1050/2013, de 27 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de protección establecido en la Ley 39/2006, articula un nuevo modelo de reparto de los fondos destinados al nivel mínimo. La novedad estriba en que se prima a aquellas comunidades autónomas que cuenten con un mayor ratio de servicios reconocidos sobre prestaciones económicas).

En fin se podría, en cambio, configurar otro presupuesto expansivo en el gasto para lograr impulsar la economía y el empleo hasta un crecimiento mayor. Para ello se trataría ante todo de aumentar las partidas de gasto con mayor efecto multiplicador sobre la demanda interna (incrementos de rentas las personas activas y de los pensionistas...).

Estudios
Doctrinales

LABORUM

La reforma del régimen jurídico de las mutuas: otra ocasión perdida

JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES

ADMINISTRADOR CIVIL DEL ESTADO

Resumen

En el sistema español de Seguridad Social, a pesar de su configuración constitucional como régimen público, perviven, en el ámbito de gestión del mismo, unas entidades, las hasta ahora denominadas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social, de naturaleza privada. Las continuas adaptaciones y reformas sobre el régimen jurídico de las Mutuas, venía aconsejando un replanteamiento de ese mismo régimen, a través de una disposición legal que contemplase en su integridad la situación actual del antes denominado "mutualismo patronal" y su adecuación a la realidad del sistema de Seguridad Social, siguiendo las orientaciones de los compromisos políticos y sociales previos, así como de las previsiones legales contenidas en la Ley 27/2011, de 1 de agosto. Pero no obstante esas finalidades, la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, no sigue esas orientaciones, manteniendo los esquemas anteriores, al tiempo que incorporando algunas novedades de calado (que puedan desnaturalizar el propio concepto de las Mutuas) se efectúan algunas adaptaciones puntuales, en especial en lo que se refiere a los ámbitos económico-financieros.

Se pierde, de esta forma, la oportunidad para delimitar claramente el papel de las Mutuas en el ámbito de la gestión del régimen público de la Seguridad Social, su adecuación a la realidad actual o su apertura a una mayor participación social en la dirección de las entidades, en base a las previsiones del artículo 129 de la Constitución.

Palabras clave

Seguridad Social; Gestión; Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales; Riesgos profesionales; Incapacidad Temporal; Régimen económico-financiero

Abstract

In the Spanish Social Security, in spite of his constitutional configuration as public regime, they manage a part of the same one a few entities, till now named Mutual of Work accidents and National Health Service, of private nature. The continuous adjustments and reforms on the juridical regime of the Mutual ones, it was coming advising a rethinking of the same regime, across a legal disposition that should contemplate in his integrity the current situation of before called "employer mutualism" and his adequacy to the reality of the Social Security, following the orientations of the political and social previous commitments, as well as of the forecasts legal forecasts contained in the Law 27/2011, of August 1. Nevertheless these purposes, the Law 35/2014, of December 26, by that the General Law of Social Security is modified in relation by the juridical regime of the Mutual ones of Work accidents and Occupational diseases of Social Security, does not follow these orientations, supporting the previous schemes, at the time that incorporating some innovations of fret (that could denaturalize the own concept of the Mutual ones) some punctual adjustments are effected, especially regarding the economic - financial areas.

The opportunity gets lost to delimit clearly the paper of the Mutual ones in the area of the management of the public regime of Social Security, his adequacy to the current reality or his opening to a major social participation in the direction of the entities, on the basis of the forecasts of the article 129 of the Spanish Constitution.

Keywords

Social Security; Management; Mutual of Work accidents and Occupational diseases; Professional Risks; Temporary Disability; Economic-financial Regime

1. INTRODUCCIÓN

A pesar del carácter público del sistema de la Seguridad Social, conforme a las previsiones del artículo 41 de la Constitución española (CE), en su gestión se contempla la participación, junto al lado de las Entidades gestoras y otros Organismos de carácter público, de entidades de carácter privado, de las que son las hasta ahora denominadas Mutuas de

Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (en adelante, Mutuas), las que han tenido un desarrollo más amplio, ya que, establecidas desde los primeros inicios de los mecanismos de cobertura social, lograron sobrevivir a la publicación del sistema de la Seguridad Social en 1967¹ y a la prohibición de la existencia de lucro mercantil en la gestión de la Seguridad Social, conociendo, en especial a partir de 1990, de una parte, un fuerte desarrollo en el ámbito de la gestión desarrollada, rompiendo el cerco de los riesgos profesionales y, de otra, la implantación de constantes controles administrativos en la gestión y la aplicación de determinadas previsiones que tendían hacia una mayor publicación de las Mutuas, perdiendo parte de las connotaciones propias de su naturaleza de entidades privadas.

La continua modificación de la regulación jurídica de las Mutuas, generalmente a través de disposiciones coyunturales (en especial, las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado), así como el establecimiento de materias básicas de estas entidades en disposiciones reglamentarias de todo orden, venía aconsejando (y así lo denunciaba constantemente la doctrina²) una reforma legal de las Mutuas, que inserta en las recomendaciones del Pacto de Toledo³ y en las orientaciones del Acuerdo social y económico, de 2 de febrero de 2011⁴, tuvo su encaje en las previsiones de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social (en adelante, LAAM⁵), complementada por otras disposiciones posteriores⁶.

¹ No han faltado autores para los que, desde la vertiente del régimen público de Seguridad Social, consagrado en el artículo 41 de la Constitución, no dejaba de ser anómala la presencia de entes privados gestionando parte de las prestaciones sociales públicas. Vid MARTIN VALVERDE, A. et al. “*La racionalización de la gestión*”. Papeles Economía Española. Nº 12/13. Madrid. 1982. No obstante, estas reservas han quedado resueltas con la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 37/1994, de 10 de febrero –rtc 1994, 37– y 129/1994, de 5 de mayo –rtc 1994,129–). Vid. de igual forma, MOLINER TAMBORERO, G. “*Reflexiones sobre el seguro de accidentes de trabajo y las Mutuas*”, en AA.VV “*Accidentes de trabajo y Mutuas*”. Madrid. La ley 2007.

² SEMPERE NAVARRO, A. V. “*La incesante metamorfosis de las mutuas patronales: ideas para el estudio*” Tribuna Social. Nº 100. Abril 1999.

³ En la recomendación 9ª del Pacto de Toledo (reformulación de 25 de enero de 2011), la Comisión del Congreso de los Diputados considera de gran relevancia la función que desempeñan las Mutuas, defendiendo la adopción de medidas que mejoren la eficacia y el control de las Mutuas, que modernicen su funcionamiento y que lo doten de mayor eficiencia gestora, sin menoscabo de su naturaleza jurídica como entidades privadas de base asociativa.

⁴ En el Acuerdo social y económico, de 2 de febrero de 2011, respecto de las Mutuas, se propone un ajuste de las cotizaciones por contingencias profesionales a los costes de las prestaciones y de su gestión; el desarrollo de programas, conjuntamente con el INSS, a fin de controlar más eficazmente los costes empresariales derivados de los procesos de IT de duración inferior a 15 días; y, por último, una modificación de los órganos directivos de las Mutuas, de manera que de los mismos formasen parte representantes de las empresas con mayor número de trabajadores mutualizados y también representantes designados paritariamente por las organizaciones empresariales y por las organizaciones sindicales más representativas.

⁵ Disposición adicional 14ª de la misma, mediante la que se prevé que por el Gobierno se procediese, con la participación de los agentes sociales, a abordar en el plazo de 1 año, una reforma del marco normativo de aplicación a las Mutuas para garantizar su función de entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social; asegurar el carácter privado de las Mutuas, como asociaciones de empresarios amparadas por la Constitución, respetando su autonomía gestora y de gobierno, sin perjuicio del control y la tutela a desarrollar por la Administración; articular su régimen económico promoviendo el equilibrio entre ingresos y costes de las prestaciones; establecer que los órganos directivos de las Mutuas se compusiesen de las empresas con mayor número de trabajadores mutualizados, de otras designadas paritariamente por las organizaciones empresariales y de una representación de las organizaciones sindicales más representativas; y, por último, promover, dada su condición de entidades colaboradoras con la Seguridad Social, el debido desarrollo de la participación de las organizaciones sindicales y empresariales más

La reforma legal de las Mutuas se contiene en la Ley 35/2014⁷, por la que se modifica parcialmente la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)⁸, cuyos contenidos se analizan en el presente trabajo, en orden a verificar si la reforma proyectada se inserta en las orientaciones legales anteriores y en la forma que las modificaciones incorporadas dan solución o no a la problemática que se venía reflejando en relación con la naturaleza y funciones de estas entidades que han venido colaborando con el sistema de la Seguridad.

Antes de efectuar este análisis, indicar previamente que la reforma que recoge la Ley 35/2014 no pone en cuestión el papel de las Mutuas y el ámbito de actuación creciente que han tenido en las últimas décadas⁹, sino que, manteniendo el mismo, incorpora reformas puntuales en la regulación actual (aunque algunas sean de calado, como sucede en los ámbitos económico-financieros). Se ha perdido de esta forma una ocasión para delimitar claramente el papel de las Mutuas en el ámbito de la gestión del régimen público de la Seguridad Social, su adecuación a la realidad actual o su apertura a una mayor participación social en la dirección de las entidades, en base a las previsiones del artículo 129 de la Constitución¹⁰, como venía reclamando parte de la doctrina¹¹. Al parecer estos propósitos se difieren al futuro, tras la realización de los correspondientes

representativas, de las asociaciones profesionales más representativas de los trabajadores autónomos, de los sindicatos más representativos y de las Comunidades Autónomas, en sus órganos de supervisión y control.

⁶ Básicamente, la disposición adicional 4ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, a través de la que se preveía que el Gobierno, previa consulta con los interlocutores sociales, estudiaría la modificación del régimen jurídico de las Mutuas, para una más eficaz gestión de la incapacidad temporal.

De igual forma, en el Eje 3 (*Mejora de la eficiencia y calidad del gasto público*) del Plan Nacional de Reformas 2013, se preveía la nueva regulación de las Mutuas, con objeto de modernizar el funcionamiento de las mismas, garantizando la transparencia y control en orden a conseguir mayores niveles de eficacia y mayores excedentes, contribuyendo a la lucha contra el absentismo laboral y a la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social.

⁷ Un análisis de la reforma de la regulación de las Mutuas, teniendo en cuenta el contenido del anteproyecto de Ley en GARCIA JIMENEZ, M. “*Perspectivas de las Mutuas a la vista de su proyectada Ley*”. Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 162. 2014.

⁸ Texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. La Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 86 y siguientes de la Constitución Española, prevé el dictado de un nuevo texto refundido de la LGSS, en el que integren, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, el texto refundido actual con los preceptos legales (se citan 28 Leyes), aparecidos tras su aprobación, y que se enumeran en el apartado c) del artículo único de la Ley citada.

⁹ Este crecimiento de las funciones de las Mutuas y la forma en que se ha llevado ha sido calificado como una reforma de “*cajón de sastre*”, crecimiento facilitado por dos intereses básicos: de una parte, el de la Administración por buscar fórmulas más flexibles y eficientes en la gestión de un servicio público; de otra, el interés empresarial por ganar terreno para las Mutuas en detrimento de la función pública. Vid. MOLINA NAVARRETE, C. “*La reforma en materia de Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: modificaciones incesantes, racionalización aplazada*”. Temas Laborales. Nº 112. 2011.

¹⁰ Que seguramente hubiese llevado, de igual forma, a un replanteamiento de la participación social en las Entidades gestoras de la Seguridad Social, adaptando a la realidad actual unos esquemas participativos, dictados de forma urgente y provisional en una norma preconstitucional (Real Decreto Ley 36/19878, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo (aunque posteriormente su contenido se refundiesen en el actual texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social –artículo 60-).

¹¹ Un planteamiento de la necesaria reforma de la regulación de las Mutuas, así como de las posiciones existentes en la doctrina sobre esta cuestión en MOLINA NAVARRETE, C. “*La reforma en materia de Mutuas ...*” op.cit.

estudios en los que se verifique si las funciones asumidas por las Mutuas se llevan a cabo con eficiencia, en comparación con las entidades gestoras de la Seguridad Social¹².

2. ALGUNOS DATOS SOBRE LA IMPORTANCIA DE LAS MUTUAS EN EL ACTUAL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Tomando como referencia el Presupuesto de la Seguridad Social para 2015¹³, los ingresos de la Seguridad Social adscritos a la gestión de las Mutuas suponen 12.529,2 millones de euros (el 9,21 por 100 del total de los ingresos del sistema), con un incremento, en relación con el ejercicio 2014, del 11,16 por 100 (frente a un crecimiento de los ingresos del sistema del 3,25 por 100%)¹⁴.

De las cotizaciones correspondientes a las contingencias profesionales, el 95,13 por 100¹⁵ corresponde a empresas asociadas y a trabajadores por cuenta propia adheridos a las Mutuas, distribución que se corresponde con el porcentaje de trabajadores cuya cobertura corresponde a las Mutuas que, a fecha 30 de junio de 2014, se situaba en el 94,17 por 100 del total de trabajadores protegidos a efectos de las contingencias profesionales.

De igual modo, la distribución en la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes entre las Entidades gestoras y las Mutuas supone un fuerte desplazamiento en favor de estas últimas ya que, en el ejercicio 2014, el 71,94 por 100 de los trabajadores por cuenta ajena recibían la protección a través de las entidades colaboradoras, porcentaje que en el caso de trabajadores por cuenta propia alcanzaba el 73,88 por 100¹⁶.

¹² Conforme al contenido de la disposición adicional quinta de la Ley 35/2014, la cual prevé que el Gobierno, en el plazo de tres años, presente ante el Congreso de los Diputados un estudio de evaluación de las Mutuas, a efectos de determinar si las funciones que tienen asignadas se están ejecutando con eficiencia en comparación con la gestión que se lleva a cabo por las entidades gestoras de la Seguridad Social y, en su caso, proponer los cambios que sean precisos.

¹³ La documentación relativa a los Presupuestos de la Seguridad Social para 2015 está disponible en la web de la Seguridad Social:

http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/PresupuestosyEstudi47977/Presupuestos/ProySegSocial2015

¹⁴ Los ingresos del sistema de la Seguridad Social para 2015 son los siguientes:

<i>Entidad</i>	<i>Importe (miles euros)</i>	<i>% total</i>	<i>Incremento s/2014</i>
Tesorería General de la SS	127.679.531,78	93,81	2,71
Mutuas de Ay EE.PP.	12.529.170,98	9,21	11,16
<i>Total ingresos</i>	140.208.702,76	103,02	3,41
Eliminación por consolidación	4.104.970,67	3,02	9,07
<i>Presupuesto consolidado</i>	136.103.732,09	100,00	3,25

¹⁵ La evolución en la distribución porcentual de las cotizaciones por contingencias profesionales entre la Tesorería General de la Seguridad Social y las Mutuas ha sido la siguiente:

<i>Ejercicio</i>	<i>Tesorería General de la Seguridad Social</i>	<i>Mutuas</i>
2000	5,99	94,01
2005	4,23	95,77
2010	4,57	95,43
2013	4,88	95,12
2015	4,87	95,13

¹⁶ Los trabajadores en alta protegidos a efectos de la prestación de IT derivada de contingencias comunes eran, a fecha de 30 de junio de 2014, los siguientes:

Las cifras anteriores ponen de relieve la importancia del gasto de Seguridad Social gestionado por las Mutuas que se ha duplicado en los últimos 14 años, pasando de 5.411,65 millones de euros (2000) a superar los 12.000 millones en 2015¹⁷.

3. PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA REFORMA.

De acuerdo con el contenido de la Ley 35/2014, y conforme se refleja de forma expresa en la exposición de motivos de la norma, la reforma no pone en cuestión el papel de las Mutuas y el ámbito de actuación creciente que han tenido en las últimas décadas, sino que, manteniendo el mismo, incorpora reformas puntual, entre las que se encuentran las siguientes:

a) Se modifica la denominación de las Mutuas que pasan a denominarse Mutuas *Colaboradoras* con la Seguridad Social, cambio que, según la propia Exposición de motivos de la Ley, tiene como finalidad identificar más claramente la participación de estas entidades en la gestión de la Seguridad Social, cuyo objeto exclusivo es la colaboración en la gestión de la Seguridad Social¹⁸.

b) Se altera la regulación de la estructura interna de las Mutuas estableciendo los órganos de gobierno, su composición y funciones¹⁹, regulando la figura del Presidente y la

Clase de trabajadores	INSS (*)	ISM	Mutuas	TOTAL
Trabajadores por cuenta ajena	3.659.930	29.860	9.461.279	13.151.069
Trabajadores por cuenta propia	537.064	12.298	2.524.678	3.074.040
Total	4.196.994	42.158	11.985.967	16.225.109

(*) Además, el INSS da cobertura a 1.018.102 personas desempleadas.

¹⁷ La evolución del gasto de Seguridad Social gestionado por las Mutuas ha sido la siguiente:

Año	Gastos y dotaciones (millones euros)	Incremento % año anterior
2000	5.411,65	
2002	6.830,16	10,79
2004	8.242,96	12,43
2006	9.716,43	8,34
2008	12.849,28	14,93
2010	10.933,97	-5,89
2013	10.110,54	-3,54
2014	11.271,64	11,48
2015	12.529,17	11,16

¹⁸ La modificación de de la denominación de las Mutuas no se reflejaba en ninguno de los acuerdos sociales y políticos en los que se enmarca la reforma, ni se reflejaba en las previsiones legales anteriores. Incluso para parte de la doctrina, en todo caso, el cambio de denominación pasaría por la recuperación de su nombre tradicional “*Mutuas Patronales*” o “*Mutuas empresariales*” dada su naturaleza de asociación de empresarios. Vid. BLAZQUEZ AGUDO, E.M. “*Presenta y futuro de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*”. ARANZADI Social Doctrinal. Nº 2. 2012.

¹⁹ Pero sin que se dé un paso adelante en el objetivo claro de aplicar a las Mutuas el principio democratizador previsto en el artículo 129 de la Constitución, mediante una participación decisiva de los interesados (en este caso, los empresarios y los trabajadores) en la dirección y gestión de la Muta. Sobre el tema, vid. GARCIA JIMENEZ, M. “*Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales: gestión privada de la Seguridad Social*”. Tesis doctoral presentada por el autor en el Departamento de Derecho de Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Córdoba (2011). La tesis está disponible en internet (helvia.uco.es).

posición que ocupa dentro de la Mutua, así como atribuyendo a los empresarios asociados las facultades de impugnación de los acuerdos lesivos o contrarios a derecho, así como la exigencia de responsabilidad directa a los miembros de los distintos órganos directivos, regulando los supuestos que originan la responsabilidad personal y directa, atribuyéndose ésta al autor de los actos que incurra en dolo o culpa grave.

c) Se articula la participación de los agentes sociales a través de las comisiones de control y seguimiento, a las que se incorpora una representación de las asociaciones profesionales de los trabajadores autónomos.

d) En los ámbitos económicos, se regula el resultado económico de la gestión de las Mutuas, así como las reservas a constituir con cargo a aquél, definiéndolas con un mayor detalle y estableciendo la obligación de limitar, con un nivel máximo de cobertura, tanto la dotación de la reserva de estabilización de las contingencias profesionales como la correspondiente a la reserva de estabilización por cese de actividad de los trabajadores autónomos, manteniendo la limitación existente en la reserva de estabilización de contingencias comunes. Asimismo, se precisa (y se amplía de hecho) el denominado “*patrimonio privativo o histórico*” de estas entidades.

e) Se mantiene la responsabilidad mancomunada de los empresarios asociados a la entidad²⁰, si bien se establece de forma expresa que, en caso de cese en la asociación, la responsabilidad del empresario prescribe a los cinco años del cierre del ejercicio en finalizó la mencionada asociación

f) Se facilita a las Mutuas la facultad de realizar las actividades de control y seguimiento de la prestación de incapacidad temporal (IT) derivada de contingencias comunes desde el día de la baja médica (sin tener que esperar, como sucedía en la regulación anterior, al día 16 de la baja, fecha a partir de la cual la entidad asume la responsabilidad del pago de la prestación), ampliando los mecanismos de coordinación, mediante la figura de la propuesta de alta médica, debidamente fundamentada, estableciéndose un procedimiento de plazos breves para obtener una respuesta más ágil.

g) Por último, se modifica la regulación de la cobertura por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia con la finalidad de flexibilizar los requisitos y las formalidades exigidos para el acceso a la protección²¹, así como para ampliar el ámbito de los beneficiarios excluidos de cobertura, para lo que se elimina la exigencia de tener

²⁰ Responsabilidad que se extiende hasta el pago de las obligaciones contraídas durante el período de tiempo en el que el empresario haya estado asociado a la mutua, o sean consecuencia de operaciones realizadas durante ese período.

²¹ Ha existido una demanda de las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos, en orden a reformar el sistema de protección por cese de actividad, dado el bajo número de solicitudes que no son reconocidas de forma favorable (aproximadamente, el 80%, en el ejercicio 2013), el escaso número de trabajadores incorporados al sistema (algo menos del 20% del total) y la escasa duración de la prestación reconocida (según los datos correspondientes al primer cuatrimestre de 2014, la duración medida de la prestación se situaba en 6,2 meses).

cubiertas las contingencias profesionales para poder dar cobertura a la prestación por cese de actividad, respecto de la que se conserva el carácter voluntario de acceso al sistema²².

4. SOBRE EL CAMBIO DE LA DENOMINACIÓN DE LAS MUTUAS Y EL ÁMBITO FUNCIONAL DE LAS MISMAS

4.1. Por segunda vez desde la implantación de la Mutuas (como Mutuas Patronales), estas entidades privadas cambian su denominación, que pasa a ser de Mutuas *Colaboradoras* con la Seguridad Social, con la pretendida idea de dar una mayor visibilidad a su función dentro de la Seguridad Social, cual es la colaboración con los Organismos Públicos en la gestión de funciones públicas, así como en la disposición de recursos públicos (las cotizaciones a la Seguridad Social), precisándose, al tiempo²³, que las Mutuas forman parte del sector público estatal de carácter administrativo, de conformidad con la naturaleza pública de sus funciones y de los recursos económicos que gestionan, sin perjuicio de la naturaleza privada de la entidad²⁴.

Ahora bien, si en la Ley 35/2014, en su formulación como proyecto (tanto en la versión aprobada por el Gobierno, como en su aprobación por el Congreso de los Diputados) la denominación era de “*Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social*”, con lo cual se destacaba un aspecto básico, como es el de la finalidad de la actuación de la Mutua, la colaboración en la gestión del sistema de la Seguridad Social, sistema del que formaban parte²⁵, por el contrario con el nombre definitivo²⁶ - *Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social*- parece que desaparece esa “*pertenencia*” de la Mutua en relación con el sistema de la Seguridad Social, de modo que, conforme a la Ley, unas entidades privadas de base empresarial asociativa colaboran *con* la Seguridad Social.

Mientras que en la denominación actual se sigue haciendo referencia a la función básica de las Mutuas (y en función de la cual se constituyeron), como es la cobertura de las contingencias profesionales, sin perjuicio de que la ley les pudiese encomendar otras

²² En la Exposición de la Ley 35/2014 se justifica esta eliminación porque la exigencia anterior (de haber dado cobertura a las contingencias profesionales para poder acceder al sistema de protección por cese de actividad) implicaba una carga económica para el autónomo que no guarda relación financiera, ni material con el sistema de protección por cese de actividad, aunque, al tiempo, se prevé (disposición adicional 2ª de la Ley 35/2014) que el plazo de cinco años se lleve a cabo un estudio sobre la evolución de los parámetros que configuran el sistema y, en función de ello, valorar la conveniencia de convertirlo en obligatorio o mantener su carácter voluntario. En este trabajo no se aborda la modificación que incorpora la Ley 35/2014 en relación con la protección por cese de la actividad por cuenta propia, regulada en la Ley 32/2010.

²³ Nueva redacción del apartado 7, artículo 68, LGSS.

²⁴ En tal sentido, la disposición final cuarta de la Ley 35/2014 procede a modificar el artículo 9.3. del texto refundido del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, haciendo figurar como exentas de dicho Impuesto a las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social.

El hecho de que las Mutuas formen parte del sector público explica que, en su actividad contractual, hayan de aplicar las normas de aplicación a los poderes adjudicatarios que no revisten el carácter de Administración Pública, contenidas en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y sus normas de desarrollo.

²⁵ De ahí el uso en la denominación de la Mutua de la preposición “*de*” (que también figuraba en la denominación anterior), que significa pertenencia, en este caso, de la Mutua con el sistema de la Seguridad Social.

²⁶ Que proviene de una enmienda, presentada por el Grupo parlamentario que sustenta la acción del Gobierno, durante la tramitación del proyecto de Ley en el Senado.

actuaciones (limitadas actualmente a la gestión y control de la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes), por el contrario la denominación que incorpora la Ley 35/2014 ensancha de hecho la limitación anterior ya que estas entidades privadas pueden incorporar, en su ámbito de actuación, todo un cúmulo de prestaciones y funciones, más allá de las propias de la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, siempre que el Estado les delegue –por la vía de la colaboración– dichos ámbitos de gestión²⁷.

De ahí que, en la tramitación de la Ley 35/2014, en su fase de proyecto en el Congreso de los Diputados, buena parte de las enmiendas presentadas por diferentes grupos parlamentarios que no apoyan la acción del Gobierno se dirigieran a solicitar la supresión en el cambio de denominación de las entidades, por cuanto puede suponer “*abrir la puerta*” para unos intentos de ir privatizando crecientes parcelas de la gestión de la Seguridad Social²⁸.

4.2. Por lo que se refiere al ámbito funcional y de gestión de las Mutuas y, además de otras cuestiones²⁹, con carácter general se mantiene el conjunto de funciones a las que se extiende la gestión de las entidades, haciendo figurar en la LGSS algunas que se habían ido incorporando a través de diferentes disposiciones³⁰. Respecto de tales ámbitos de actuación y aunque se mantiene la previsión de que las prestaciones y servicios atribuidos a las Mutuas forman parte de la acción protectora de la Seguridad Social³¹ y se han de reconocer con el mismo alcance con el que las dispensan las entidades gestoras, se establecen determinadas particularidades, como son:

²⁷ El Comité Económico y Social –CES– en el dictamen evacuado en relación con el anteproyecto de Ley (dictamen 1/2014, de 22 de enero de 2014) se pronunció en contra del cambio de denominación de las Mutuas, al considerar que el nombre proyectado resultaba inadecuado en atención a la naturaleza de las entidades y al ámbito de las actividades que llevan a cabo.

²⁸ Las enmiendas presentadas por los Grupos parlamentarios al texto del proyecto de Ley, en su tramitación ante el Congreso de los Diputados, se recogen en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados (Serie A) del 20 de octubre de 2014.

²⁹ Por ejemplo, se condiciona la existencia y funcionamiento de las Mutuas, no solo a la autorización del Ministerio de dirección y control (Ministerio de Empleo y Seguridad Social), sino a la inscripción de la entidad en el Registro administrativo existente, llevando a norma legal la previsión contenida en norma reglamentaria (artículo 3.2. del Reglamento de colaboración de las Mutuas, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre).

A su vez, se refleja de forma expresa que el ámbito de actuación de la Mutua se extiende a todo el territorio del Estado, frente a la indeterminación existente en la legislación anterior (Ley 4/1990) en la que se suprimieron las limitaciones de actuación de las Mutuas a nivel local, comarcal o provincial, pero si hacer figurar de forma expresa cuál era el ámbito territorial de actuación de estas entidades.

³⁰ Como son las correspondientes a las prestaciones de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres) y a las correspondientes al cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (disposición final 21ª de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011).

³¹ Durante la tramitación de la Ley 35/2014, en su fase de proyecto en el Congreso de los Diputados, se presentaron determinadas enmiendas (entre ellos, la enmienda a la totalidad presentada por el Grupo Parlamentario Socialista) a través de las que se reclamaba “*desandar el camino recorrido*”, de modo que la gestión de las Mutuas volviese a su punto originario (la cobertura de los riesgos profesionales), resituando otras funciones, como la gestión de la IT derivada de contingencias comunes o de la prestación por cese de actividad, en el ámbito de gestión de la Entidad pública correspondiente (es decir, el INSS y el Servicio Público de Empleo Estatal, respectivamente). La justificación de la propuesta (considerando que fueron Gobiernos socialistas los que situaron en la esfera de gestión de las Mutuas tales funciones) se contiene en la enmienda citada, cuyo texto se puede analizar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso. Serie A del 21 de octubre de 2014.

a) Se atribuye a la Mutua el reconocimiento inicial de la contingencia respecto de las prestaciones derivadas de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, sin perjuicio de que la actuación de la entidad puede ser revisada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), de acuerdo con las previsiones del ordenamiento de la Seguridad Social³², precisándose que los actos por los que las Mutuas reconozcan, suspendan, anulen o extingan derechos de Seguridad Social han de ser motivados y formalizados por escrito, quedando supeditada su eficacia a la notificación debida al interesado (notificación que, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, ha de extenderse al empresario).

b) Se precisa que las prestaciones sanitarias comprendidas en la protección de las contingencias profesionales se han de dispensar a través de los medios e instalaciones adscritos a las Mutuas, mediante convenios con otras Mutuas o con las Administraciones Públicas Sanitarias, así como mediante conciertos con medios privados³³, si bien no se establece ningún orden de prioridad en relación con los medios que puedan utilizar las entidades colaboradoras para dar cumplimiento a tales obligaciones, ni se hace condicionar la suscripción de convenios con otras Mutuas u Administraciones sanitarias públicas o los conciertos con entidades privadas, a la acreditación de la carencia o insuficiencia de recursos sanitarios propios³⁴.

c) Una importante diferencia se produce en relación con las actividades preventivas que pueden desarrollar las Mutuas, en cuanto que, si bien por un lado se prohíbe que las mismas puedan actuar como Servicios de Prevención (en los términos de la legislación sobre

³² En los términos recogidos en el artículo 6 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, (en la redacción dada por el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y el control de la prestación de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración). Un análisis del mismo en PANIZO ROBLES, J. A.: *“Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal: El Real Decreto 625/2014”*. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. N.º 377/78. Agosto/Septiembre 2014.

La intervención del INSS en el procedimiento de determinación de la contingencia de IT no ha dejado de ser objeto de crítica por parte de la doctrina, para la que sería más adecuado que quien se hiciese cargo de la prestación (la Mutua) gestionase en todas sus facetas la misma, sin intervenciones de terceros. Vid. DESDENTADO BONETE, A. *“Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la IT”*. Actualidad Laboral. N.º 6. 2008.

³³ El apartado 6 de la disposición adicional 11ª LGS, prevé que las Mutuas pueden celebrar convenios y acuerdos con las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y con los Servicios Públicos de Salud, previa autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, para la realización en sus Centros asistenciales adscritos de reconocimientos médicos, pruebas diagnósticas, informes, tratamientos sanitarios y rehabilitadores, incluidas intervenciones quirúrgicas, que aquellos les soliciten, estableciéndose las compensaciones económicas que hayan de satisfacerse como compensación a la Mutua por los servicios dispensados, así como la forma y condiciones de pago. De igual modo y siempre que los Centros asistenciales adscritos dispongan de un margen de aprovechamiento que lo permita, las Mutuas pueden celebrar conciertos con entidades privadas, previa autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, para la realización de pruebas y tratamientos en favor de las personas que aquellos les soliciten, los cuales se han de supeditar a que las actuaciones que se establezcan no perjudiquen los servicios a que los Centros están destinados, ni perturben la debida atención a los trabajadores protegidos ni a los que remitan las entidades públicas, ni minoren los niveles de calidad establecidos para los mismos.

³⁴ Limitación que si se recoge en las disposiciones reglamentarias actuales (vid. artículo 12 del Reglamento de colaboración de las Mutuas, en la redacción dada por el Real Decreto 38/2010, de 15 de enero). En relación con la prestación de servicios sanitarios por las Mutuas, vid. el RD 1630/2011, de 14 de noviembre, cuyo contenido se analiza en BLASCO LAHOZ, F. J. *“La prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social”*. Ed. Lex Nova. El artículo está disponible en internet <http://portalprevencion.lexnova.es/articulo/PREVENCIÓN/115575>.

prevención de riesgos laborales³⁵), por otro lado, se delimitan determinadas actividades preventivas de la acción protectora de la Seguridad Social, configurándolas como prestaciones asistenciales –sin que creen derechos subjetivos– a favor de los empresarios asociados y de sus trabajadores dependientes, así como de los trabajadores por cuenta propia adheridos, dirigidas a asistir a los mismos en el control de la prestación y, en su caso, a la reducción de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de la Seguridad Social³⁶, correspondiendo al Ministerio de Empleo y Seguridad Social establecer la planificación periódica de las actividades preventivas de la Seguridad Social a desarrollar por las Mutuas, sus criterios, contenido y orden de preferencias, así como tutelar su desarrollo y evaluar su eficacia y eficiencia³⁷.

5. LAS MODIFICACIONES EN LOS ÁMBITOS RELACIONADOS CON LA CONSTITUCIÓN DE LAS MUTUAS Y SU ORGANIZACIÓN

5.1. Pocas son las novedades que incorpora la reforma respecto de la constitución de las Mutuas, entre las que se encuentran las de elevar sensiblemente el volumen de cotización por contingencias profesionales que, frente a los 9 millones de euros anteriores, se incrementa hasta los 20 millones (manteniendo, por el contrario, el número mínimo de empresas –50– y de trabajadores de las mismas –30.000–) necesarios para la creación de la Mutua. De igual modo, se recoge en la LGSS la necesidad de que, una vez autorizada, la entidad colaboradora se inscriba en el registro administrativo existente en el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, requisito necesario para la aprobación de la Orden de

³⁵ En tal sentido, la disposición final primera de la Ley 35/2014 da nueva redacción al artículo 32 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de modo que las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social no pueden desarrollar funciones que correspondan a servicios de prevención ajenos, ni participar con cargo a su patrimonio histórico en el capital social de una sociedad mercantil en cuyo objeto figure la actividad de prevención, ni participar con cargo a su patrimonio histórico en el capital social de una sociedad mercantil cuyo objeto figure la actividad de prevención, de acuerdo con el nuevo contenido del artículo 32 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

En base a ello, la disposición transitoria tercera de la Ley 35/2014 prevé lo siguiente:

a) Las Mutuas que hubiesen aportado capital de su patrimonio histórico en sociedades mercantiles de prevención han de presentar las propuestas de venta de las mismas antes del 31 de marzo de 2015 y proceder a la enajenación de todas las participaciones, antes del 30 de junio de 2015; si finalizado ese plazo las Mutuas no hubieran enajenado el 100 por 100 de sus participaciones en las sociedades, estas últimas entrarán en causa de disolución, debiendo la Mutua, durante el mes de julio de 2015, trasladar al Ministerio de Empleo y Seguridad Social el acuerdo de disolución, junto con los documentos que requiera el Departamento,

b) Durante el tiempo que medie hasta la total desinversión, las Mutuas no pueden celebrar contratos con la sociedad de prevención propia ni de otra Mutua, ni realizar aportaciones a las mismas o contraer obligaciones a favor o en beneficio de aquellas, salvo autorización expresa del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

³⁶ Las actividades preventivas que forman parte de la acción protectora de la Seguridad Social también comprenden actividades de asesoramiento a las empresas asociadas y a los trabajadores autónomos al objeto de que adapten sus puestos de trabajo y estructuras para la recolocación de los trabajadores accidentados o con patologías de origen profesional, así como actividades de investigación, desarrollo e innovación a realizar directamente por las Mutuas, dirigidas a la reducción de las contingencias profesionales de la Seguridad Social.

³⁷ Las Comunidades Autónomas que, en virtud de sus Estatutos de Autonomía, ostenten competencia de ejecución compartida con el órgano de tutela, pueden proponer al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, las actividades que consideren que deban desarrollarse en sus respectivos ámbitos territoriales, para que puedan ser consideradas en la planificación de las actividades preventivas y serán informadas sobre su ejecución.

autorización, la cual ha de publicarse en el BOE, adquiriendo desde ese momento personalidad jurídica la Mutua³⁸.

5.2. Por lo que se refiere al marco de la organización de las Mutuas, se efectúan unas modificaciones que pretenden, de una parte, establecer su regulación en norma con rango de ley (frente a la situación actual en que esa regulación se contiene en las disposiciones reglamentarias), dar mayor énfasis a los órganos de dirección ejecutiva y, al tiempo ampliar la presencia en los órganos de participación de la entidad, todo ello en la forma siguiente³⁹:

a) Se mantiene el número y la denominación de los órganos de gobierno de la Mutua (Junta General, Junta Directiva y el Director Gerente), así como de los órganos de participación social (la Comisión de Control y Seguimiento y la Comisión de Prestaciones Especiales).

b) Si bien en la Junta General no hay novedades importantes (salvo el cambio del rango normativo de su regulación), si se producen por el contrario en la Junta Directiva, respecto de la que, manteniendo el número máximo de miembros (20), se establece un número mínimo (10) de los que, siguiendo en parte las orientaciones de la disposición adicional 14ª de la LAAM, se prevé que el 30 por 100 de los miembros de la Junta ha de corresponder a las empresas que cuenten con un mayor número de trabajadores determinadas con arreglo a los tramos que se establezcan en las correspondientes disposiciones reglamentarias.

c) Se potencia la figura del Presidente de la entidad, que de ser una figura más o menos “decorativa”, a quien corresponden básicamente funciones representativas, se establece de forma expresa la obligación del Director Gerente de mantener informado al Presidente de la gestión de la Mutua, siguiendo las indicaciones que el mismo, en su caso, le imparta.

d) La figura central de la gestión de la Mutua sigue siendo el Director Gerente, para el que se establece, de forma imperativa, una relación labor especial de alta dirección con la entidad, quedando supeditada la eficacia del nombramiento y la del contrato de trabajo a la confirmación del mismo por parte del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, y sin que puedan ostentar el cargo de Director Gerente personas que pertenezcan al Consejo de Administración o desempeñen actividad remunerada en cualquier empresa asociada a la Mutua, sean titulares de una participación igual o superior al del capital social de aquellas o

³⁸ Conforme al apartado 3 del artículo 69 LGSS, la denominación de la Mutua ha de incluir la expresión “Mutua Colaboradora de la Seguridad Social”, seguida del número con el que haya sido inscrita. Esta denominación ha de ser utilizada en todos los centros y dependencias de la entidad, así como en sus relaciones con sus asociados, adheridos y trabajadores protegidos, y con terceros.

³⁹ La disposición transitoria quinta de la Ley 35/2014 establece que las Mutuas disponen de un plazo de seis meses desde su entrada en vigor (es decir, hasta el 30 de junio de 2015) para adaptar sus Estatutos a las previsiones de la misma.

bien la titularidad corresponda al cónyuge o hijos de aquél, participación que se sitúa en el 10 por 100, frente al 25 por 100 anterior⁴⁰.

En este ámbito, se produce una modificación en lo que se refiere al régimen retributivo de los Directores Gerentes, pues si en la regulación anterior⁴¹ estas retribuciones con carácter general no podían ser superiores a las que estén reguladas para los Directores Generales de la Entidades gestoras de la Seguridad Social, sin embargo con la Ley 35/2014 dicha limitación se predica únicamente de las denominadas “retribuciones básicas”, puesto que se deja en la esfera de competencia de las Juntas Directivas de las Mutuas el establecimiento de determinadas retribuciones complementarias, con dos limitaciones: una, que esa determinación estarán en función de la dimensión de la Mutua y de la eficiencia de la gestión, en los términos que se establezcan reglamentariamente; la otra, que el conjunto de las retribuciones básicas y complementarias del Director Gerente no puede superar el importe de las asignadas al Presidente ejecutivo o cargo equivalente de las entidades públicas empresariales del Estado.

e) Por lo que se refiere a la Comisión de seguimiento y control (en cuanto órgano de participación institucional en la Mutua), si bien la Ley 35/2014 modifica este término por el de “participación de los agentes sociales”, se difiere a disposición reglamentaria la composición de las mismas, si bien se establecen dos pautas: primera, la limitación en cuanto al número de miembros de las mismas, que pasan a ser de 12 (mientras que en la actualidad ese número se sitúa entre 6 y 10 miembros, en función del volumen de cuotas obtenido en el ejercicio anterior); la segunda es que pasan a formar parte de esta Comisión una representación de las asociaciones profesionales de autónomos⁴².

f) La presencia de los trabajadores por cuenta propia en los órganos de participación social de las Mutuas se traslada de igual forma a la Comisión de Prestaciones Especiales⁴³, la cual, manteniendo el principio de composición paritaria entre representantes de los trabajadores de las empresas asociadas y de los empresarios asociados (designados los últimos por la Junta Directiva), se precisa que también tendrán representación los trabajadores por cuenta propia adheridos a la Mutua.

⁴⁰ Tampoco pueden ser designadas como Director Gerente de las Mutuas personas que hayan sido suspendidas de sus funciones en virtud de expediente sancionador hasta que se extinga la suspensión. Iguales limitaciones son aplicables al personal que ejerza funciones ejecutivas.

⁴¹ Disposición adicional 20ª de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2015.

⁴² La inclusión, en las Comisiones de Control y Seguimiento de las Mutuas, de los trabajadores autónomos, a través de las asociaciones profesionales más representativas (siguiendo al efecto los criterios contenidos en la disposición adicional 14ª LAAM) “pone sobre el tapete” la necesidad de abrir también a estas asociaciones su representación en los órganos de participación de las Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, como son los Consejos Generales de los Institutos Nacionales de la Seguridad Social, del Instituto Social de la Marina, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales y del Servicio Público de Empleo Estatal.

⁴³ Las competencias de la Comisión de Prestaciones Especiales se extiende a la concesión de beneficios de asistencia social que tenga establecidos la Mutua en favor de los trabajadores protegidos o adheridos y sus derechohabientes, que hayan sufrido un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y se encuentren en especial estado o situación de necesidad, considerando que tales beneficios son potestativos e independientes de los comprendidos en la acción protectora de la Seguridad Social.

g) Se mantienen las limitaciones para formar parte de los órganos de gobierno o de participación de la Mutua a las personas que formen parte de cualquiera de estos órganos en otra Mutua, por sí mismos o en representación de empresas asociadas o de organizaciones sociales, a quienes ejerzan funciones ejecutivas en otra entidad, así como las prohibiciones para quienes formen parte de dichos órganos, o tengan funciones ejecutivas, de comprar o vender para sí mismos –o por persona interpuesta– cualquier activo patrimonial de la entidad, ni celebrar contratos de ejecución de obras, de realización de servicios o de entrega de suministros (excepto las empresas de servicios financieros o de suministros esenciales, que, en todo caso, requieren autorización previa del Ministerio de Empleo y Seguridad Social), ni celebrar contratos en los que concurran conflictos de intereses⁴⁴.

h) De igual modo, se mantiene la responsabilidad de los miembros de la Junta Directiva y de las personas que ejerzan funciones ejecutivas en la Mutuas frente a la Seguridad Social, la Mutua, los empresarios asociados de los daños que causen por sus actos u omisiones contrarios a las normas jurídicas de aplicación, a los Estatutos o a las instrucciones dictadas por el órgano de tutela, así como por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, si bien se matiza que, a efectos del nacimiento y la exigencia de responsabilidad, los actos han debido ser cometidos mediando dolo o culpa grave, ya que si en la comisión de los actos indicados media culpa leve, la responsabilidad recae en la Mutua, a través de la responsabilidad mancomunada de los empresarios asociados⁴⁵.

5.3. Respecto a la gobernanza de las Mutuas, teniendo en cuenta que la cobertura financiera de estas entidades proceden de las aportaciones empresas y trabajadores, podría haberse aprovechado la reforma para incrementar la participación social, no solo en el control y seguimiento de la entidad, sino en la dirección de la gestión, siguiendo el ejemplo de las Mutuas existentes en el sistema de Seguridad Social alemán o de las Cajas del sistema francés, de modo que la presencia de la representación de los trabajadores en la Junta Directiva no se limitase a un representante de los trabajadores de la Mutua, sino que dicho Órgano estuviese compuesto de forma paritaria por representantes de los empresarios asociados a la entidad y de los trabajadores al servicio de las empresas.

Tal vez esta composición paritaria de los órganos directivos de la Entidad pudiera poner en cuestión la responsabilidad mancomunada de los empresarios asociados a la Mutua, puesto que resultaría complejo que dicha responsabilidad se transfiriese de igual modo a los representantes de los trabajadores. Sin embargo y dada la escasa operatividad que, en la

⁴⁴ Tampoco pueden realizar esos actos quienes estén vinculados a tales cargos o personas mediante relación de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el cuarto grado, ni las personas jurídicas en las que cualquiera de las mencionadas personas, cargos o parientes sean titulares, directa o indirectamente, de un porcentaje igual o superior al 10 por ciento del capital social, o ejerzan en otras Mutuas funciones que impliquen poder de decisión o formen parte de sus órganos de administración o gobierno.

⁴⁵ Los derechos de crédito que nazcan de las responsabilidades (directa o mancomunada) en la Mutua son recursos públicos de la Seguridad Social, adscritos a estas entidades en las que concurrieron los hechos origen de la responsabilidad, correspondiendo a la Administración la declaración de las responsabilidades, así como determinar su importe líquido, reclamar su pago y determinar los medios de pago (que pueden incluir la dación de bienes), las modalidades, formas, términos y condiciones aplicables hasta su extinción, para lo que se puede solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) la recaudación ejecutiva de los derechos de crédito derivados de estas responsabilidades.

práctica, ha tenido la exigencia de la responsabilidad mancomunada, una eventual composición paritaria de los órganos de dirección de la Mutua podría haber ido acompañada de la desaparición de la responsabilidad mancomunada, aunque estableciendo en la gestión de la Mutua la fiscalización previa por parte de la Intervención General de la Seguridad Social, en condiciones similares a la existente para las entidades gestoras (teniendo en cuenta que la Mutua colabora en la gestión del sistema público de Seguridad Social y maneja recursos públicos), al tiempo que manteniendo la responsabilidad individual por actos cometidos por los miembros de la Junta Directiva, mediando dolo o culpa grave, en detrimento de los intereses de la Seguridad Social, de los trabajadores protegidos, empresarios asociados o de la propia Mutua.

5.4. Por último, en cuanto a la obligación de los empresarios de dar cobertura a las contingencias profesionales y, en su caso, de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, a favor de sus trabajadores, así como de los trabajadores por cuenta propia adheridos (en este caso, en relación con la incapacidad temporal, la cobertura de las contingencias profesionales y de la protección por cese de actividad), se regula de la forma siguiente:

a) En el momento de solicitar la inscripción o afiliación, los empresarios, en relación con los trabajadores a su servicio, han de hacer constar la Entidad gestora o la Mutua por la que opten (para los a efecto de las coberturas señaladas, correspondiendo a la TGSS el reconocimiento de tales declaraciones y de sus efectos legales. Los empresarios que opten por una Mutua han de formalizar con la misma el convenio de asociación y proteger en la misma entidad a todos los trabajadores correspondientes a los centros de trabajo situados en la misma provincia⁴⁶; también puede formalizar con la misma Mutua la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. El convenio de asociación tiene un periodo de vigencia de un año⁴⁷, que puede prorrogarse por periodos de igual duración.

b) Por su parte, los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el Régimen de Autónomos, cuya acción protectora incluya voluntaria u obligatoriamente la prestación económica por IT, pueden optar por adherirse a una Mutua para la gestión de esa cobertura⁴⁸, Mutua con la que deben asimismo formalizar la cobertura de las contingencias profesionales, en el caso de que resulte obligatoria o cuando así se lleve a cabo de forma voluntaria, y la protección por cese de actividad. La protección se ha de formalizar mediante documento de adhesión, que tiene un periodo de vigencia de la adhesión de un año, pudiendo prorrogarse por periodos de igual duración.

⁴⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores (texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo) se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral. En la actividad de trabajo en el mar se considera como centro de trabajo el buque, entendiéndose situado en la provincia donde radique su puerto de base.

⁴⁷ En los anteproyectos de Ley se situaba el plazo de vigencia del convenio de asociación en tres años, sin perjuicio de la posibilidad de poder rescindir el mismo anticipadamente, en los supuestos establecidos reglamentariamente. Esa ampliación de plazo era criticada por la doctrina, por afectar al principio de libertad de asociación de los empresarios.

⁴⁸ Los trabajadores que se hayan incorporado al Régimen de Autónomos a partir del día 1 de enero de 1998, han de formalizar la misma con una Mutua, así como aquellos adheridos a una Mutua desde la indicada fecha que cambien de entidad.

Por lo que se refiere a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen del Mar, los mismos tiene la libertad de elección de optar, a efectos de la cobertura de las contingencias profesionales y de la prestación por cese de actividad entre la Entidad pública (el Instituto Social de la Marina) o una Mutua.

c) En todo caso, las Mutuas deben aceptar toda proposición de asociación y de adhesión que se les formule, sin que la falta de pago de las cotizaciones sociales les excuse del cumplimiento de la obligación, ni constituya causa de resolución del convenio o documento suscrito.

6. LAS FACULTADES DE DIRECCIÓN Y TUTELA SOBRE LAS MUTUAS

En cuanto entidades que forman parte del sector público de carácter administrativo, y teniendo en cuenta que las Mutuas colaboran en la gestión del sistema público de Seguridad Social y se ponen a su disposición recursos públicos (las cuotas de Seguridad Social), la actuación de estas entidades está sometida a la dirección y control por parte del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, facultades ejercidas a través de los órganos administrativos a los que se atribuyan estas competencias⁴⁹, entre las que se encuentran:

a) Además de la necesidad de contar con autorización previa para la realización de algunas actuaciones, las Mutuas han de elaborar anualmente sus anteproyectos de presupuestos de ingresos y gastos, remitiéndolos al Ministerio de Empleo y Seguridad Social para su integración en el Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social, quedando sujetas al régimen contable establecido en el sector público estatal, en los términos aplicables a las demás entidades del sistema de la Seguridad Social.

Asimismo y con carácter anual las Mutuas quedan sometidas anualmente a una auditoría de cuentas, realizada por la Intervención General de la Seguridad, así como a una auditoría de cumplimiento⁵⁰, estando obligadas a rendir sus cuentas anuales al Tribunal de Cuentas⁵¹.

⁴⁹ El artículo 5º del Real Decreto 343/2012, de 10 de febrero, por el que se aprueba la estructura básica y las competencias del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, atribuye al Secretario de Estado de la Seguridad Social la planificación y la tutela de la gestión ejercida por las entidades colaboradoras de la Seguridad Social. De igual modo y conforme al artículo 6º de la misma disposición, corresponden a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social las funciones sobre la coordinación y tutela de la gestión de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y de las empresas colaboradoras

⁵⁰ De conformidad con lo establecido en los artículos 168 y 169 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

⁵¹ Desde algunas posiciones doctrinales se ha puesto de relieve el continuo proceso de publicación de las Mutuas y el número excesivo de controles por parte de la Administración, cuya reiteración y ampliación puede hacer perder la naturaleza privada de tales entidades. Vid. DESDENTADO BONETE, A. “*Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la IT*”. Actualidad Laboral. Nº 6. 2008 y SEMPERE NAVARRO, A. V. “*Las MATEPSS como entidades colaboradoras de la Seguridad Social*” en AA.VV. “*Accidentes de Trabajo y Mutuas*”. La Ley. Madrid 2007.

Estas posiciones parecen olvidar que, sin perjuicio de su carácter privado, las Mutuas gestionan parte del sistema público de Seguridad Social y se pone a disposición de las mismas recursos de naturaleza pública. De otra parte, la existencia de esos controles (que se denominan excesivos) no han impedido conductas irregulares, cuando no de otra naturaleza, como viene poniendo de relieve desde hace bastantes ejercicios el Tribunal de Cuentas en los Informes realizados sobre la gestión de estas entidades.

b) La inspección de las Mutuas es ejercida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, quien ha de comunicar al órgano de dirección y tutela el resultado de las actuaciones desarrolladas y los informes y propuestas que resulten de las mismas.

c) Las Mutuas vienen obligadas a facilitar al Ministerio de Empleo y Seguridad Social cuantos datos e información les solicite en orden a verificar el estado de la colaboración y de las funciones y actividades que desarrollan, así como sobre la gestión y administración del patrimonio histórico, debiendo cumplir las instrucciones que imparta el órgano de dirección y tutela. Como nueva obligación legal, por la Administración se ha editado, con periodicidad anual y para conocimiento general, un informe comprensivo de las actividades desarrolladas por las Mutuas durante el ejercicio anterior así como de los recursos y medios públicos adscritos, su gestión y aplicaciones.

d) Asimismo, de forma expresa en la LGSS, se establece que los empresarios asociados, sus trabajadores y los trabajadores por cuenta propia adheridos tienen derecho a ser informados por las Mutuas acerca de los datos referentes a ellos que obren en las mismas, pudiendo dirigirse al órgano de dirección y tutela formulando quejas y peticiones con motivo de las deficiencias que aprecien en el desarrollo de las funciones atribuidas, a cuyo efecto las Mutuas han de mantener en todos sus Centros administrativos o asistenciales libros de reclamaciones a disposición de los interesados, destinadas al mencionado órgano administrativo.

7. SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO DE LAS MUTUAS Y EL DESTINOS DE LOS RESULTADOS ECONÓMICOS DE LA GESTIÓN

7.1. Tal vez sea en los ámbitos económico-financieros y patrimoniales de las Mutuas en los que se producen las mayores innovaciones introducidas por la Ley 35/2014, tanto por las novedades y alteraciones que se incorporan, como por el hecho de llevar a norma con rango de ley determinadas previsiones que, hasta el momento, se contienen en las normas reglamentarias.

7.2. En cuanto a la enumeración de los recursos de que disponen las Mutuas para la financiación de sus actividades, se mantiene la regulación anterior, si bien se llevan a la LGSS determinadas precisiones como:

a) La posibilidad que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en todos los procedimientos dirigidos al cobro de la deuda, cuando el sujeto obligado sea una Administración Pública o una entidad de la misma naturaleza y las deudas tengan su causa en la dispensación de asistencia sanitaria, pueda autorizar el pago mediante dación de bienes.

b) A pesar de la titularidad pública del patrimonio adscrito a las Mutuas, los bienes que formen parte del mismo quedan sujetos a los resultados de la gestión, pudiendo liquidarse para atender las necesidades de la misma y el pago de prestaciones u otras obligaciones derivadas de las actividades de colaboración, sin perjuicio de la responsabilidad mancomunada de los empresarios asociados, con el condicionante que el producto que se obtenga de la enajenación de los bienes o de su cambio de adscripción a favor de otra Mutua o de las Entidades Públicas del Sistema, se han de ingresar en la Mutua de la que procedan.

En este ámbito, la nueva redacción del artículo 74 LGSS parece situar la función de la TGSS a un mero papel “*burocrático*” al situar su papel, en relación con la adquisición de bienes inmuebles por la Mutua, a la mera formalización de la adquisición en los términos autorizados por el órgano de dirección y tutela, desconociendo (¿y derogando de facto?) las previsiones contenidas en la normativa reglamentaria sobre el patrimonio de la Seguridad Social⁵² que sitúan las funciones del citado Servicio común de la Seguridad Social, en cuanto titular del patrimonio único de la Seguridad Social (en el que se han de integrar los bienes inmuebles adquiridos por las Mutuas) más allá de aspectos formales, teniendo facultades, entre otras, para valorar si es posible o deseable la adscripción de un bien inmueble a una Mutua. Además, dado el carácter único del patrimonio de la Seguridad Social, llama la atención que se prevea, de forma expresa en la LGSS y como recursos propios de las Mutuas, los procedentes de la enajenación y desadscripción por cualquier título de los bienes muebles e inmuebles de la Seguridad Social adscritos a aquéllas. Parecería más lógico con esa “*unicidad*” del patrimonio de la Seguridad Social calificar tales recursos como “*propios de la Seguridad Social*”, sin perjuicio de su adscripción a la Mutua correspondiente para hacer frente a las obligaciones derivadas de su gestión en relación con las prestaciones y funciones del sistema con el que colaboran.

c) Se regula el denominado “*patrimonio histórico*”⁵³ y su afectación al fin social de la entidad, sin que de su dedicación al mismo puedan derivarse rendimientos o incrementos patrimoniales que, a su vez, constituyan gravamen para el patrimonio único de la Seguridad Social, pero permitiendo a las Mutuas que cuenten con bienes inmuebles integrantes de su patrimonio histórico, destinados a ubicar centros y servicios sanitarios o administrativos adscritos al desarrollo de las actividades propias de la colaboración con la Seguridad Social que tienen encomendada, cargar en sus respectivas cuentas de gestión un canon o coste de compensación por la utilización de tales inmuebles (cuestión que ya se reconocía en la legislación anterior⁵⁴) pero introduciendo otras novedades que pueden implicar un crecimiento de ese patrimonio privativo, incluso con recursos procedentes de cotizaciones sociales⁵⁵.

⁵² Real Decreto 1221/1992, de 9 de octubre, sobre el patrimonio de la Seguridad Social.

⁵³ Constituido por los bienes incorporados al patrimonio de las Mutuas con anterioridad a 1 de enero de 1967 o durante el período comprendido entre esa fecha y el 31 de diciembre de 1975, siempre que en este último caso se tratasen de bienes que proviniesen del 20 por 100 del exceso de excedentes, así como los que procediesen de recursos distintos de los que tengan su origen en las cuotas de Seguridad Social.

⁵⁴ La disposición adicional tercera del Reglamento de colaboración de las Mutuas (aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre) prevé que el importe del canon por la utilización de bienes inmuebles integrantes del patrimonio histórico, se fija en la cuantía equivalente al 6 por 100 del valor catastral que tenga asignado el inmueble a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

⁵⁵ Como novedad, y de forma expresa en la LGSS (artículo 74.2 LGSS) se prevé que forma parte del patrimonio “*privativo*” de las Mutuas las cantidades que perciban las mismas en concepto de alquileres de inmuebles vacíos, que no puedan ser utilizados para la ubicación de centros y servicios sanitarios o administrativos propios de la colaboración con la Seguridad Social. Asimismo, en los supuestos de empresas que contribuyan de forma eficaz a la reducción de las contingencias profesionales, y previo acuerdo entre la Mutua y la empresa (y con los límites que se establezcan reglamentariamente), la primera pueda percibir de la segunda parte de los incentivos que correspondan a la primera, pasando a formar parte estos ingresos del patrimonio histórico o privativo de la Mutua.

d) La actividad contractual de las Mutuas se ha de ajustar a las normas de aplicación a los poderes adjudicadores que no revisten carácter de Administración Pública, contenidas en el texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público⁵⁶.

e) Las Mutuas gozan de exención tributaria, en los términos que se establecen para las entidades gestoras de la Seguridad Social.

7.3. La gestión llevada a cabo por las Mutuas queda sometida a un resultado económico-patrimonial, determinado anualmente por la diferencia entre los ingresos y los gastos imputables a las actividades comprendidas en cada uno de sus tres ámbitos de actuación, como son, de una parte, la gestión de las contingencias profesionales; a su vez, la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes; y, por último, la gestión de la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia.

En el caso de que los ingresos superen a los gastos y se origine un resultado económico positivo, el mismo ha de destinarse en primer lugar a la dotación de las correspondientes reservas (respecto de las cuales no existen grandes diferencias en relación con la regulación anterior), en la forma siguiente⁵⁷:

a) En el ámbito de la gestión de las contingencias profesionales se ha de constituir una provisión para contingencias en tramitación, que ha de comprender la parte no reasegurada del importe estimado de las prestaciones de carácter periódico previstas por incapacidad permanente y por muerte y supervivencia derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuyo reconocimiento se encuentre pendiente al cierre del ejercicio⁵⁸.

b) Se modifican las reservas obligatorias, así como los límites que existen en cada uno de ellos, a constituir por las Mutuas en cada uno de los ámbitos de actuación y dotadas con el resultado económico positivo obtenido anualmente, con la finalidad de corregir las posibles

Hay que tener en cuenta que los recursos del nuevo Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social puede dedicarse, entre otras muchas finalidades, a incentivar en las empresas la adopción de medidas y procesos que contribuyan eficazmente a la reducción de las contingencias profesionales de la Seguridad Social, en la forma que reglamentariamente se establezca (actualmente, ese sistema se regula en el RD Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo).

⁵⁶ Aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y sus normas de desarrollo.

⁵⁷ La disposición transitoria segunda de la Ley 35/2014 prevé que el régimen de dotación de las reservas de estabilización de contingencias profesionales, de contingencias comunes y por cese de actividad, será de aplicación a la liquidación de las cuentas anuales correspondiente al ejercicio 2014, a cuyo efecto las Mutuas han de aplicar los excesos que, en su caso, resulten sobre los límites establecidos a los Fondos y a la Reserva y han de ingresar en la TGSS, con anterioridad al 31 de julio de 2015, las cantidades destinadas a aquellos.

⁵⁸ De acuerdo con el apartado 2 del artículo 201 LGSS, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social puede establecer la obligación de las Mutuas de reasegurar en la TGSS el porcentaje de los riesgos asumidos que se determine, sin que, en ningún caso, sea inferior al 10 por 100 ni superior al 30 por 100, incluyendo en la protección por reaseguro obligatorio exclusivamente las prestaciones de carácter periódico derivadas de los riesgos de incapacidad permanente, muerte y supervivencia que asuman respecto de sus trabajadores protegidos, correspondiendo, como compensación, a dicho Servicio Común el porcentaje de las cuotas satisfechas por las empresas asociadas por tales contingencias y que se determine por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. En la actualidad (disposición adicional décima del Reglamento de colaboración de las Mutuas –aprobado por RD 1993/1995, de 7 de diciembre–) el porcentaje de cuotas en concepto de reaseguro obligatorio se sitúa en el 28 por 100.

desigualdades de los resultados económicos generados entre los diferentes ejercicios en cada uno de los ámbitos de actuación, en el modo que se sintetiza en el cuadro siguiente:

<i>Clase de reserva</i>	<i>Legislación anterior</i>	<i>Ley 35/2014</i>
<i>De estabilización de contingencias profesionales</i>	Cuantía mínima del 30 por 100 de la media anual de las cuotas ingresadas en los últimos tres años, pudiendo elevarse hasta el 45 por 100.	Cuantía mínima del 30 por 100 de la media anual de las cuotas ingresadas en los últimos tres años, pudiendo elevarse hasta el 45 por 100.
<i>De estabilización de contingencias comunes</i>	Cuantía mínima del 5 por 100 de las cuotas ingresadas en el ejercicio económico, que puede elevarse hasta el 25 por 100.	Cuantía mínima 5 por 100 de las cuotas ingresadas en el ejercicio económico, que puede elevarse hasta el 25 por 100.
<i>De estabilización por cese de actividad</i>	Hasta el 80 por 100 del resultado económico positivo obtenido en cada ejercicio presupuestario.	Cuantía mínima 5 por 100 de las cuotas ingresadas en el ejercicio económico, que puede elevarse hasta el 25 por 100
<i>Reserva por cese de actividad en la Tesorería General de la Seguridad Social</i>	El porcentaje de cuotas que anualmente estableciese la Administración, sin que pudiese superar el 20 por 100 del resultado económico positivo.	La diferencia entre el importe destinado a la Reserva de estabilización por cese de actividad y la totalidad del resultado neto positivo

c) Se establece de forma expresa la manera de cancelar los resultados negativos de la gestión, diferenciando entre cada uno de los ámbitos de actuación de la entidad colaboradora, en la forma que se refleja en el cuadro siguiente.

Forma de cancelar los resultados negativos de la gestión, en los correspondientes ejercicios económicos, por parte de las Mutuas

<i>Clase de déficit de gestión (Resultado negativo)</i>	<i>Forma de cancelación del mismo: aplicación</i>
<i>Contingencias profesionales</i>	1º Reserva de estabilización de contingencias profesionales, sin que pueda bajar del mínimo legal establecido. 2º Dotación voluntaria de la reserva de estabilización de contingencias comunes. 3º De ser insuficiente, exigencia de responsabilidad mancomunada.
<i>IT derivada de contingencias comunes</i>	1º Reserva de estabilización de contingencias comunes, sin que pueda bajar del mínimo legal establecido. 2º De ser necesario, la reserva de estabilización de contingencias profesionales, sin que pueda bajar del mínimo legal establecido. 3º De ser necesario, exigencia de responsabilidad mancomunada.
<i>Prestación por cese de actividad en el trabajo por cuenta propia</i>	1º Reserva de estabilización por cese de actividad, sin que pueda bajar del mínimo legal establecido. 2º De ser necesario, reserva complementaria de estabilización constituida en la TGSS.

7.4. Pudiera suceder que, una vez dotada las reservas obligatorias, resulten excedentes, cuya aplicación se ve modificada por la Ley 35/2014, volviendo en parte a la situación existente anteriormente a la reforma de 2011⁵⁹.

a) En el ámbito de los excedentes correspondientes a contingencias profesionales, en los cuadros siguientes se establecen las modificaciones operadas por la Ley 35/2014 respecto de la legislación actual

<i>Aplicación de los excedentes del resultado neto positivo de las Mutuas</i>		
<i>Materia</i>	<i>Legislación anterior</i>	<i>Ley 35/2014</i>
<i>Fondo de contingencias profesionales</i>		
<i>% excedente</i>	100	80
<i>Destino del excedente</i>	Cuenta del <i>Fondo de Prevención y Rehabilitación</i> , abierta en el Banco de España a nombre de la TGSS y a disposición del Ministerio de Empleo y S Social.	Cuenta del <i>Fondo de Contingencias Profesionales</i> de la Seguridad Social, abierta en el Banco de España a nombre de la TGSS y a disposición del Ministerio de Empleo y S Social.
<i>Plazo ingreso</i>	Antes del 31.07 de cada ejercicio.	Antes del 31.07 de cada ejercicio.
<i>Materialización</i>	La TGSS puede materializar los fondos hasta su uso definitivo, en activos financieros emitidos por personas jurídicas públicas, en las cantidades, plazos y demás condiciones que determine el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.	El Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social está integrado por el metálico depositado en cuentas financieras, por valores mobiliarios y demás bienes muebles e inmuebles en que aquellos fondos se inviertan y por los recursos, rendimientos e incrementos que tengan su origen en el excedente generado por las Mutuas
<i>Imputación rendimientos y gastos</i>	A la cuenta de la Mutua, si el Ministerio de Empleo y S Social no dispone otra cosa.	A la cuenta de la Mutua, salvo que el Ministerio de Empleo y S Social disponga otra cosa.
<i>Utilización del Fondo</i>	La TGSS puede disponer de los fondos con carácter transitorio, para atender a los fines propios de la Seguridad Social, así como a las necesidades o desfases de tesorería	La TGSS puede disponer de los fondos con carácter transitorio, para atender a los fines propios de la Seguridad Social, así como a las necesidades o desfases de tesorería ⁶⁰ .

⁵⁹ La disposición final tercera. Cinco de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del estado para 2011, modificó la regulación de la aplicación de los excedentes de las Mutuas, una vez dotadas las correspondientes reservas. A su vez, la disposición final vigésima séptima de la Ley 2/2012 de 29 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, volvió a modificarla, en orden a que por la TGSS se pudiera disponer de los fondos depositados en el "*Fondo de Prevención y Rehabilitación*" hasta su uso definitivo, para atender las posibles necesidades de tesorería, en las condiciones que determinase el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, condiciones que fueron establecidas en la Orden ESS/1445/2010, de 2 de julio. En base a tales previsiones, en el mes de julio de 2013, la TGSS dispuso de 3.500 millones de euros del Fondo señalado para garantizar el pago de las prestaciones contributivas. Sobre esa disposición, vid http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/AfiliacionParo/REV_032332?ssNotPrincipal=REV_032469&ssSeccionPrincipal=AfiliacionParo

⁶⁰ La disposición transitoria cuarta de la Ley 35/2014 prevé que, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la misma, por la TGSS se ha de integrar en el Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social la totalidad del metálico, saldo, valores y demás bienes muebles o inmuebles existentes en el Fondo de Prevención y Rehabilitación o resultantes de las inversiones procedentes de sus fondos, el cual quedará extinguido.

<i>Reserva complementaria</i>		
<i>Materia</i>	<i>Legislación anterior</i>	<i>Ley 35/2014</i>
<i>% del excedente</i>	Inexistente	10
<i>Destino del excedente</i>	Reserva complementaria	
<i>Utilización de la reserva</i>	Pago de exceso de gastos de administración de gastos procesales derivados de pretensiones que no tengan por objeto prestaciones de Seguridad Social y de sanciones administrativas ⁶¹ .	

<i>Reserva asistencia social</i>		
<i>Materia</i>	<i>Legislación anterior</i>	<i>Ley 35/2014</i>
<i>% del excedente</i>	Inexistente. Los gastos correspondientes se imputaban a los presupuestos	10
<i>Destino del excedente</i>	Reserva asistencia social	
<i>Utilización de la reserva</i>	Pago de prestaciones de asistencia social, acciones de rehabilitación y de recuperación y reorientación profesional y medidas de apoyo, así como, en su caso, ayudas a sus derechohabientes	

b) A su vez, por lo que se refiere al excedente que resulte, después de dotar la reserva de estabilización de contingencias comunes, se ha de ingresar en el Fondo de Reserva de la Seguridad Social⁶².

c) Por último, el excedente que resulte, después de dotar la reserva de estabilización por cese de actividad, se ha de ingresar en la TGSS con destino a la dotación de la reserva complementaria de estabilización por cese de actividad, cuya finalidad será la cancelación de los déficits que puedan generar las Mutuas en este ámbito de esta gestión.

⁶¹ Llama la atención que se vuelva a permitir dar cobertura financiera, con cargo a recursos de Seguridad Social (y tal calificación jurídica tienen los excedentes de las Mutuas) las obligaciones derivadas de excesos de gastos de administración o los importes de sanciones impuestas a las Mutuas por infracciones del orden social, posibilidad que había quedado vedada tras la entrada en vigor del Real Decreto 1622/2011, de 14 de noviembre, cuyo artículo 9 modificó el artículo 66 (“*resultados económicos positivos*”) del Reglamento de colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre.

⁶² Regulado por la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, desarrollada por el Real Decreto 337/2004, de 27 de febrero.

8. OTRAS CUESTIONES CONTENIDAS EN LA REFORMA DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS MUTUAS.

La Ley 35/2014, aunque no incorpora modificaciones importantes en otros ámbitos de gestión de las Mutuas (salvo respecto de la gestión de la incapacidad temporal –IT– derivada de contingencias comunes, que se analiza en el apartado siguiente), sin embargo contiene algunas adaptaciones respecto de la normativa actual

Por ejemplo, en lo que se refiere a las medidas cautelares que puede imponer a la Mutua, la Administración en determinados supuestos, se mantiene la regulación anterior sin que la nueva redacción vaya más allá de meras adaptaciones al nuevo texto legal, salvo hacer figurar en la LGSS de formas expresa, y dentro de las medidas cautelares, el cese en la colaboración por infracción calificada como muy grave, conforme a la legislación de infracciones y sanciones del orden social⁶³.

Asimismo, se recoge de manera más amplia la regulación en la determinación de los supuestos que dan lugar a la responsabilidad mancomunada de los empresarios asociados a la Mutua⁶⁴ y la extensión de esa responsabilidad (durante el periodo de tiempo en el que haya permanecido asociado el empresario), con la particularidad del establecimiento del plazo de prescripción de la responsabilidad situado en cinco años del cierre del ejercicio en que finalizó aquélla.

A su vez, se trae a la LGSS, las causas de disolución y liquidación de la mutua que, en la legislación actual, se contiene en las normas reglamentarias⁶⁵, sin que se establezcan innovaciones de interés respecto de la regulación actual

9. LA GESTIÓN POR LAS MUTUAS DE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE CONTINGENCIAS COMUNES.

9.1. Desde 1994, se abrió al ámbito de actuación de las Mutuas la gestión de la prestación de IT derivadas de contingencias comunes⁶⁶, en los casos en que el empresario asociado efectuase la opción en tal sentido, en relación con los trabajadores a su servicio, así como en relación con los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el Régimen de Autónomos, que hubiesen optado⁶⁷ por una Mutua, o para los que fuese obligatorio que la

⁶³ Texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones del orden social, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LISOS). Al incluir esta previsión en la LGSS, la disposición derogatoria de la Ley 35/2014 procede a la derogación del artículo 44 de la LISOS.

⁶⁴ Apartado 4 del artículo 75 ter LGSS, en la redacción que incorpora el artículo único de la Ley 35/2014.

⁶⁵ Capítulo V del Reglamento de colaboración de las Mutuas.

⁶⁶ Sobre la gestión de las Mutuas de la prestación de IT derivada de contingencias comunes, vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. “La colaboración de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en la gestión del régimen público de la Seguridad Social. Consideraciones ante una anunciada reforma” Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. Nº 372. Marzo 2014.

⁶⁷ La opción no cabe en relación con los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, respecto de los cuales la gestión de la prestación de IT por contingencias comunes es llevada a cabo por la entidad gestora competente (el Instituto Social de la Marina).

cobertura de la IT sea realizada por una entidad colaboradora⁶⁸, a través de la inclusión de la disposición adicional undécima LGSS cuyo contenido ha sido objeto de continuas modificaciones, la última de las cuales la realiza el apartado dos del artículo único de la Ley 35/2014, si bien parte de las modificaciones que se incorporan ya habían sido adelantadas a través del RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y el control de los procesos por incapacidad temporal, durante los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración⁶⁹.

9.2. A través de la reforma proyectada, se establece de forma expresa la competencia de las Mutuas en la declaración del derecho a la prestación económica por IT, derivada de contingencias comunes, así como las de denegación, suspensión, anulación y declaración de la extinción del mismo, si bien se mantiene el control sanitario de las altas y bajas médicas por parte de los servicios públicos de salud y de los servicios médicos de la Entidad gestora, obligando a estas entidades a motivar adecuadamente sus actos en relación con la prestación de IT y su formalización por escrito, estando supeditada su eficacia a la notificación al beneficiario, notificación que, en los casos de trabajadores por cuenta ajena, se ha de efectuar también al empresario.

Como novedad y sin que se prevea una regulación semejante respecto de la gestión realizada por las Entidades gestoras, se prevé que, una vez constatada la situación de baja médica, a través de la expedición del parte médico de baja, reconocido el subsidio por la Mutua y determinada su cuantía, durante los dos meses siguientes los pagos que se realicen tienen carácter provisional, pudiendo las Mutuas regularizar los pagos provisionales, que pasan a adquirir el carácter de definitivos cuando transcurra el mencionado plazo de dos meses.

9.3. Respecto de las propuestas de alta médica que pueden realizar los servicios médicos de las Mutuas ante la Inspección médica⁷⁰, cuando consideren que el trabajador en baja pueda no estar impedido para el trabajo, las modificaciones contenidas en la Ley 35/2014 se sintetizan en las siguientes⁷¹:

⁶⁸ Todos los trabajadores por cuenta propia que se diesen de alta en el RETA con posterioridad al 31 de diciembre de 1997.

⁶⁹ Un análisis del Real Decreto 625/2014, en FERNANDEZ ORRICO, F.J. “*Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio*”. Revista Española de Derecho de Trabajo. Nº 168. 2014 y PANIZO ROBLES, JA “*Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal: El Real Decreto 625/2014*”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF N ° 377/78. Agosto/Septiembre 2014.

⁷⁰ En los términos establecidos en la disposición adicional 11ª LGSS y en el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio.

⁷¹ La imposibilidad de los servicios médicos de las Mutuas para dar altas en los procesos de IT, derivados de contingencias comunes, en términos semejantes a las competencias atribuidas en estos ámbitos a los servicios médicos de la entidad gestora (disposición adicional 52ª LGSS) lleva a la doctrina a indicar que las Mutuas no tienen instrumentos suficientes de control de la gestión de las prestaciones que se le han atribuido, lo que dificulta la consecución del objetivo de la gestión eficaz que, en su momento, justificó la extensión a las Mutuas de la colaboración en prestaciones distintas de los accidentes de trabajo y Enfermedades profesionales. Vid. BLÁZQUEZ AGUDO, E. M. “*Presente y futuro de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*”. Aranzadi Social. Nº 2. Mayo 2012

a) Al tiempo de formular la propuesta de alta, se ha de comunicar la misma al trabajador afectado y al INSS.

b) La Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud viene obligada a comunicar a la Mutua y al INSS su decisión en el plazo máximo de 5 días hábiles desde el siguiente a la recepción de la propuesta de alta, reduciendo al tercio el plazo anterior que se situaba en 15 días, con su efecto en la posibilidad de contestar en plazo las propuestas formalizadas o hacerlo con la calidad necesaria. Si se estima la propuesta de alta, la Mutua ha de notificarla extinción del derecho al trabajador y a la empresa, señalando la fecha de efectos de la misma.

A su vez, si la Inspección Médica considere necesario citar al trabajador para reconocimiento médico, ésta se ha de realizar dentro del plazo de cinco días, sin que por esta causa se amplíe el plazo para la contestación de la propuesta de alta. En caso de incomparecencia del trabajador al reconocimiento médico, y una vez comunicada a la Mutua tal incidencia, la entidad dispone de un plazo de 4 días para comprobar si la incomparecencia fue justificada, suspendiendo el pago del subsidio con efectos desde el día siguiente al de la incomparecencia. Si se justifica la incomparecencia, la Mutua ha de levantar la suspensión, reponiendo el derecho al subsidio, mientras que si se considera no justificada se ha de proceder a adoptar el acuerdo de extinción del derecho a la prestación.

c) Si la Inspección Médica del Servicio Público de Salud desestima la propuesta de alta o bien no conteste a la misma en la forma y plazo establecidos, la Mutua puede solicitar la emisión del parte de alta a la entidad gestora competente, la que ha de contestar en el plazo de los 4 días siguientes al de su recepción, en los términos contenidos en el Real Decreto 625/2014.

Propuestas de alta médica formuladas por las Mutuas en procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes

<i>Materia</i>	<i>Legislación anterior</i>	<i>Disposición adicional 11ª LGSS y RD 625 /2014</i>
<p><i>Entidad que efectúa las propuestas</i></p> <p><i>Órgano ante quien se formulan</i></p> <p><i>Plazo para pronunciarse el facultativo sobre la propuesta de alta</i></p>	<p>Mutua, a través de los servicios médicos adscritos.</p> <p>Inspección médica de los Servicios de Salud, quien las ha de remitir a los facultativos o servicios médicos a los que corresponda la emisión de los partes de alta.</p> <p>10 días.</p>	<p>Mutua, a través de los servicios médicos adscritos.</p> <p>Inspección médica de los Servicios de Salud, quien las ha de remitir a los facultativos o servicios médicos a los que corresponda la emisión de los partes de alta.</p> <p>5 días (11 días hasta el 1º de marzo de 2015)⁷². contados desde la fecha en que la propuesta haya tenido entrada en la Unidad de Inspección</p>
<p><i>Resolución de la propuesta</i></p> <p><i>Consecuencias de no contestar en plazo por parte del facultativo médico</i></p> <p><i>Plazo para comunicar la confirmación de la baja</i></p> <p><i>Consecuencia de la no contestación en plazo</i></p> <p><i>Plazo de la Entidad Gestora para contestar la solicitud de la Mutua de la expedición del alta</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Confirmación motivada de la baja. • Admisión de la propuesta, expidiendo el parte de alta médica. <p>La Inspección Médica puede acordar el alta, expidiendo el parte médico, o mantener la baja.</p> <p>15 días desde la recepción de la propuesta en la Unidad de Inspección Médica.</p> <p>La Mutua puede:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Reiterar la propuesta ante el Servicio de Salud • Plantear una iniciativa de alta ante los servicios médicos del INSS <p>No existe plazo expreso de contestación. Por lo que habrá que estar a los plazos generales (3 meses).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Confirmación motivada de la baja. • Admisión de la propuesta, expidiendo el parte de alta médica. <p>La Inspección Médica puede acordar el alta, expidiendo el parte médico, o mantener la baja.</p> <p>5 días (11 días hasta el 1º de marzo de 2015)⁷³ desde la recepción de la propuesta en la Unidad de Inspección Médica.</p> <p>La Mutua, transcurrido el plazo de contestación, puede instar ante la Inspección Médica de la Entidad Gestora la expedición del parte de alta.</p> <p>4 días (8 días hasta el 1º de marzo de 2015)⁷⁴ contados desde la recepción de la solicitud del alta médica.</p>

⁷² De acuerdo a lo previsto en la disposición transitoria segunda del RD 625/2014.

⁷³ Conforme a la disposición transitoria segunda del RD 625/2014.

⁷⁴ En base a la disposición transitoria segunda del RD 625/2014.

9.4. Se prohíbe que las Mutuas desarrollen las funciones de gestión de la prestación a través de medios concertados, sin perjuicio de recabar, en su caso, los servicios de Centros sanitarios autorizados para realizar pruebas diagnósticas o tratamientos terapéuticos y rehabilitadores que las mismas soliciten. De igual modo y conforme a la regulación establecida en 1997⁷⁵, se sigue situando en la esfera de competencia de la Mutua los actos de control de la situación de incapacidad temporal, que podrán realizarse desde el día de la baja (en la legislación actual, tales actos únicamente podían llevarse a cabo e partir de la fecha en que la Mutua asume el pago de la prestación, es decir, a partir del día decimosexto de la baja), incluyendo la realización de pruebas diagnósticas y tratamientos terapéuticos y rehabilitadores, siempre que tengan por objeto evitar la prolongación innecesaria de los procesos previstos en esta disposición, previa autorización del médico del Servicio Público de Salud y consentimiento informado del paciente⁷⁶.

⁷⁵ Artículo 81 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁷⁶ Los resultados de las pruebas y tratamientos se han de poner a disposición del facultativo del Servicio Público de Salud que asista al trabajador a través de los servicios de interoperabilidad del Sistema Nacional de Salud, para su incorporación en la historia clínica electrónica del paciente

La determinación de la base de cotización tras las reformas llevadas a cabo por el RD-Ley 16/2013 y el RD 637/2014

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

*PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA*

Resumen

La finalidad declarada por el RD 637/2014 es armonizar y adaptar el desarrollo reglamentario de las reglas de determinación de la base de cotización al Régimen General, a la regulación legal vigente sobre la materia, contenida en el artículo 109 de la LGSS, tras la redacción dada por el RD-Ley 16/2013. La nueva redacción del art. 23 del Reglamento de Cotización y Liquidación de otros Recursos de la Seguridad Social sigue la misma estructura que la hasta ahora vigente, define los conceptos retributivos que conforman la base de cotización al Régimen General de Seguridad Social, así como su valoración y los conceptos excluidos de la base de cotización de acuerdo con la nueva redacción del art. 109.2 de la LGSS. La reforma legal reduce la exclusión de la base de cotización de un buen número de retribuciones en especie, más allá de sus relaciones con la condición de salario, con una falta de coincidencia de los regímenes de cotización a la Seguridad Social y de tributación, reduciendo los conceptos no computables en base de cotización. El presente estudio pretende ofrecer una visión general de la conformación actual de la base de cotización al Régimen General de la Seguridad Social.

Abstract

The declared by the RD 637/2014 aims to harmonize and adapt the regulatory development of the rules for determining the contribution base Regime General, the current legal regulation on the matter, contained in Article 109 of the Social Security Law after amended by the RD-Law 16/2013. The new wording of art. 23 of the Listing Rules and Payment of other Social Security resources follows the same structure as the hitherto existing defines the remuneration that form the basis of contributions to the General Social Security as well as their assessment and concepts excluded the contribution base according to the new wording of art. 109.2 of the Social Security Law. The legal reform reduces the exclusion of the contribution base for a number of benefits in kind, beyond its relations with the condition of salary, with a mismatch contribution schemes social security and taxation, reducing concepts not computable contribution base. The present study aims to provide an overview of the current composition of the contribution basis to the General System of Social Security.

Palabras clave

Base de cotización; Conceptos incluidos; Percepciones en metálico; Percepciones en especie; Conceptos excluidos.

Keywords

Contribution base; Concepts included; Perceptions in cash; Benefits in kind; Concepts excluded.

1. INTRODUCCIÓN

El RD-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores¹, introdujo en su Disp. Final 3ª importantes cambios en el ámbito de la cotización al Régimen General de la Seguridad². A

¹ BOE de 21-12-2013. El RD-Ley 16/2013, 20 diciembre, sería luego convalidado por acuerdo del Congreso de los Diputados el día 22-1-2014 (BOE 28-1-2014).

² Este artículo 109 de la LGSS ya había sido objeto recientemente de otra reforma por el RD-Ley 20/2012 con similar objetivo de actualizar las reglas de cómputo de la base de cotización para integrar conceptos retributivos cuya exclusión no se consideraba justificada.

tenor de su exposición de motivos, estos cambios obedecían a “*la necesidad de adoptar medidas urgentes con el objetivo de conseguir la sostenibilidad en el sistema de la Seguridad Social*”.

Partiendo de esta finalidad claramente recaudatoria, se viene a configurar un nuevo marco para la determinación de la base de cotización que dejará muy poco margen a la concreción y delimitación reglamentaria. En realidad el nuevo marco normativo se orienta a lograr un incremento en la recaudación, vinculado a la remuneración que perciba el trabajador en un sentido amplio; y de otra parte a que los incentivos económicos conectados a determinadas iniciativas empresariales se sitúen en el plano o terreno fiscal³.

La reforma afecta directamente al art. 109 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) en el siguiente sentido:

a) Su apartado 1 se mantiene prácticamente su anterior redacción, salvo la indicación expresa de que dentro de la base de cotización (BC) queda integrada también por las remuneraciones en especie; y

b) Su apartado 2 se verá afectado profundamente, básicamente al reducir al mínimo las percepciones económicas derivadas de la relación laboral exentas de la obligación de cotizar. Se pasa de un sistema en que la mayoría de las percepciones de carácter extrasalarial quedaban exentas de cotización a otro en que prácticamente todas quedan sujetas a la obligación de cotizar⁴.

c) Su apartado 3 establece que los empresarios deberán comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social en cada período de liquidación el importe de todos los conceptos retributivos abonados a sus trabajadores, con independencia de su inclusión o no en la base de cotización a la Seguridad Social y aunque resulten de aplicación bases únicas. En definitiva con una clara finalidad de reforzamiento de los instrumentos de control de la Administración de la Seguridad Social y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En definitiva, se trata de una reforma legal que busca la sostenibilidad en el sistema de la Seguridad Social, pretendiendo reducir su déficit mediante la extensión de los conceptos retributivos incluibles en la base de cotización, cuya exclusión, según se dice, no

El RD-Ley 16/2013 también introdujo otras modificaciones en el ámbito de la cotización como una reducción del tipo de cotización por desempleo en contratos de trabajos a tiempo parcial de duración determinada; y modifica la cuantía de la base mínima de cotización para determinados trabajadores autónomos (DA 1ª y DA 2ª).

³ Ver MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: RDL 16/2013, Nuevo régimen legal para la cuantificación de las bases de cotización, FJ. Grupo Francis Lefevre, 2013, pág. 3 y ss., en WWW.: librosdelderecho.com/ebook-rdl-16-2013-nuevo-regimen-legal.

⁴ Y así se han visto afectadas las siguientes percepciones: por transporte, las donaciones promocionales, las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, las aportaciones a planes y contribuciones a sistemas de previsión complementaria, las entregas de acciones, los gastos por iniciativas formativas, los servicios de comedor y fórmulas indirectas de su prestación como los tickets o vales de comida, los economatos, el uso de dependencias empresariales para actos sociales y culturales, los servicios de guardería o fórmulas indirectas ligadas a la conciliación laboral y familiar, las primas a seguros privados destinados a la cobertura de contingencias profesionales, las primas de seguros de responsabilidad civil, las primas de seguros privados de asistencia sanitaria para contingencias comunes y la financiación de estudios de los hijos de los empleados.

resultaba ya justificada, así como mejorar la información a facilitar por las empresas sobre tales conceptos, con el objeto de garantizar la sostenibilidad de dicho sistema de Seguridad Social y la consiguiente mejora de la acción protectora de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social. Un dato significativo de la reforma es que se hizo al margen del diálogo social, lo que ha llevado a que los interlocutores sociales la hayan criticado por entender que la medida afecta también a disposiciones contenidas en convenios colectivos pactadas en un marco laboral que excluía de la cotización determinadas mejoras ahora si cotizables.

Por su parte, el RD 637/2014, de 25 de julio⁵, por el que se modifica el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el RD 2064/1995, de 22 de diciembre (RCL), tendrá como objeto el armonizar y adaptar el desarrollo reglamentario de las reglas de determinación de la base de cotización al Régimen General, establecidas en su artículo 23 a la regulación legal vigente sobre la materia, tras la reforma del art. 109 LGSS.

La nueva redacción del art. 23 RCL sigue la misma estructura que su anterior versión, concretando su reforma en:

-Definir, en su apartado 1, los conceptos retributivos que conforman la base de cotización al Régimen General de la Seguridad Social, estableciendo las reglas de valoración de las distintas percepciones en especie que forman parte de la remuneración y que estarán constituidas por su importe total, de venir establecido su valor nominal y, con carácter general, por el coste medio que suponga para el empresario la entrega del bien, derecho o servicio objeto de percepción, excepto en tres casos que concreta a continuación.

-Ajustando el apartado 2 relativo a los conceptos excluidos de la base de cotización, a los ahora previstos en el art. 109.2 LGSS concretando el alcance de su exclusión.

-Modificando la referencia al departamento ministerial afectado⁶.

-Y una ampliación del plazo para la liquidación e ingreso de la cotización correspondiente a las primeras mensualidades de los nuevos conceptos e importes computables en la base de cotización⁷.

Quizás, para una adecuada comprensión del tema objeto de estudio, puede resultar oportuno, antes proceder al análisis concreto de las reformas introducidas en el art. 109 de la LGSS y en art. 23 del RCL, hacer dos consideraciones previas. La primera va dirigida a concretar o clarificar la relación de la obligación de cotizar con la regulación laboral (art. 26 del RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprobó el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –ET-); y la fiscal (art. 6 y 7 Ley 35/2006, de 28 de noviembre,

⁵ BOE de 26 de julio.

⁶ Apartado 3.

⁷ En principio la efectividad de la reforma del art. 109 de la LGSS era a partir del 22 de diciembre de 2013, por tanto afectaba a las cuotas correspondientes a diciembre a ingresar en el mes de enero de 2014. No obstante la previsión inicial era que podrían ingresarse sin recargos e intereses hasta el 31-3-2014. La Disposición Final Primera del RD amplió el plazo hasta el 30 de septiembre de 2014.

del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas –IRPF-) de las rentas de trabajo. La segunda tiene como objeto recordar, brevemente, las reformas que ambos preceptos han tenido desde su inicial redacción hasta la actual. Ello nos ayudará a comprender el actual diseño del régimen de determinación de la base de cotización al Régimen General.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS

2.1. La obligación de cotizar y su relación con las normas laborales y fiscales sobre las rentas de trabajo

Cuando el art. 109.1 LGSS señala que “La base de cotización... estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie,...”, lo primero que nos lleva a pensar es que la regulación de Seguridad Social es autónoma e independiente a la hora de fijar o determinar la cuota a ingresar en el sistema. O también, que no cabe identificar o equiparar “remuneración salarial” y “remuneración total”. Es decir que la calificación de una retribución como salarial o extra-salarial, tendrá su incidencia en la relación laboral pero no será determinante de la constitución o integración de la base de cotización. Si se compara el art. 109 de la LGSS y el art. 26 del ET se podrá apreciar que no hay no hay entre ellos una identidad plena o absoluta entre los conceptos que integran la BC y aquellos que se consideran como salario. Téngase en cuenta además que la obligación de cotizar no sólo surge con la existencia de una prestación de servicios remunerados, sino también en situaciones en las que no hay retribución salarial, como por ejemplo: durante la percepción de subsidios (incapacidad temporal, maternidad, paternidad, etc.). Por ello aunque determinadas percepciones puedan ser consideradas como extra-salariales eso no conlleva a que estén luego excluidas de la cotización. La base fundamental para la exclusión de determinadas percepciones de la BC está su carácter indemnizatorio y tratar de no gravar las percepciones recibidas por el trabajador, al tratarse de gastos o suplidos necesarios para el desempeño de su trabajo.

Por lo que respecta a su vinculación con las normas tributarias es fácil encontrar puntos de contacto, por ejemplo: véase el art. 23 del que toma como referente las normas del Impuesto sobre el Patrimonio y del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (IRPF); y lo mismo hace el RD 1415/2004, de 11 de junio, que aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RGR) cuya Disp. Final Primera declara de aplicación supletoria el Reglamento General de Recaudación del Estado (RGRE). Pero esto tampoco significa la identificación de las normas tributarias con las de cotización⁸. Recuérdese que el IRPF tiene un carácter general y progresivo mientras que la cotización tiene unos fines determinados y su proporcionalidad es limitada (pues depende del régimen de encuadramiento; de la existencia de unos topes mínimos y máximos; en algunos casos la base de cotización es elegida por el sujeto y en otros se fija una cantidad independiente de los hipotéticos ingresos, etc.). Por otro lado dado que nuestro sistema tiene esencialmente una naturaleza contributiva, la cotización se convierte en un elemento fundamental para determinar la correspondiente prestación y por tanto de un derecho potencial. Tampoco debe olvidarse que el presupuesto de hecho del IRPF es la obtención de rentas de cualquier clase y en cambio en la cotización es la realización de una actividad por cuenta ajena o propia. Y

⁸ V. LÓPEZ FUENTES, R.: La obligación económica de cotizar al sistema de Seguridad Social, op. cit. pág. 190 y ss.

finalmente téngase en cuenta que dentro de las clases de tributos que recoge el art. 2 de la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria (LGT), no están comprendidas las cotizaciones a la Seguridad Social. Las normas tributarias no pasan de ser, en definitiva, normas de referencia complementaria en la determinación de la cotización a la Seguridad Social.

Hechas estas observaciones tampoco debe olvidarse que la perspectiva laboral y fiscal las percepciones económicas que perciba un trabajador son un referente a tomar en cuenta por la Seguridad Social⁹.

2.2. La evolución del régimen jurídico en la determinación de la base de cotización (1994-2014)

El art. 109 de la LGSS tuvo originalmente la siguiente redacción:

1. La base de cotización 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, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena.

Las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los doce meses del año.

2. No se computarán en la base de cotización los siguientes conceptos:

a) Las dietas de viaje, gastos de locomoción, plus de distancia y plus de transportes urbanos.

b) Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones y despidos.

c) Las cantidades que se abonen en concepto de quebranto de moneda y las indemnizaciones por desgaste de útiles o herramientas y adquisición de prendas de trabajo.

d) Los productos en especie concedidos voluntariamente por las empresas.

e) Las percepciones por matrimonio.

f) Las prestaciones de la Seguridad Social y sus mejoras.

g) Las horas extraordinarias, salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

⁹ V. en este sentido LÓPEZ FUENTES, R.: La obligación económica de cotizar al sistema de Seguridad Social, Universidad de Sevilla, 2003, págs. 207 y ss. Puede consultarse en <http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/940/la-obligacion-economica-de-cotizar-al-sistema-de-seguridad-social/>; MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: Manual de cotización a la Seguridad Social (Régimen General), Actualidad Editorial, Madrid 1995, págs.171 y ss.

3. *No obstante lo dispuesto en el apartado g) anterior, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá establecer el cómputo de las horas extraordinarias, ya sea con carácter general, ya sea por sectores laborales en los que la prolongación de la jornada sea característica de su actividad.”*

El desarrollo reglamentario de este precepto se llevó a cabo por el RD 2064/1995, de 22 diciembre, aprobará el Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (RCL), cuyo art. 23 reproducirá casi literalmente dicho precepto¹⁰:

“1. En el Régimen General de la Seguridad Social la base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del mismo, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, 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.

A estos efectos se considerará remuneración la totalidad de las percepciones económicas recibidas por los trabajadores, en dinero o en especie y ya retribuyan el trabajo efectivo o los períodos de descanso computables como de trabajo.

No se computarán en la base de cotización los siguientes conceptos:

a) Las dietas de viaje, gastos de locomoción, plus de distancia y plus de transportes urbanos.

b) Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones y despidos.

c) Las cantidades que se abonen en concepto de quebranto de moneda y las indemnizaciones por desgaste de útiles o herramientas y adquisición de prendas de trabajo.

d) Los productos en especie concedidos voluntariamente por las empresas.

e) Las percepciones por matrimonio.

f) Las prestaciones de la Seguridad Social y sus mejoras, incluidas, en su caso, las prestaciones por desempleo.

g) Las horas extraordinarias, salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

¹⁰ Salvo lo subrayado.

V. MERCADER UGUINA, J.R. y PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: El reglamento sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social y otras disposiciones en materia laboral y de Seguridad Social, RL 1/1996, págs. 73 y ss.; MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: Análisis del nuevo Reglamento General sobre cotización de la Seguridad Social: Normas comunes del sistema, Revista La Ley, año XVII, nº 4058, de fecha 14-6-1996, pág. 1 y ss.

2. Lo establecido en el número anterior se entiende sin perjuicio de las especialidades previstas en la sección 10ª de este mismo capítulo, así como de las facultades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para establecer el cómputo de las horas extraordinarias en la determinación de la base de cotización por contingencias comunes, ya sea con carácter general o ya por sectores laborales en los que la prolongación de la jornada sea característica de su actividad.”

El art. 82 de la Ley 13/1996, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, dará una nueva redacción al apartado 2 de este artículo 109 de la LGSS, introduciendo básicamente las siguientes modificaciones¹¹:

a) Concretará cuando las dietas y gastos de locomoción quedan excluidos de la base de cotización¹²;

b) Hará lo mismo respecto a las cantidades percibidas por el trabajador por desgaste de útiles o herramienta o prendas de trabajo¹³;

c) Y hará una similar precisión respecto a los productos en especie y las asignaciones asistenciales dejando a su concreción reglamentaria; y

d) Finalmente contendrá un mandato al Gobierno para que en el desarrollo reglamentario de la reforma procure la mayor homogeneidad posible con lo establecido al efecto en materia de rendimientos de trabajo personal por el ordenamiento tributario¹⁴.

¹¹ Ver PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J. : Novedades en cuenta a la cotización y recaudación dentro del sistema de Seguridad Social a partir de 1997, RL 8/1997, pág. 109 y ss.; OTXOA CRESPO, I. y DE LA FUENTE LAVIN, M.: Jurisprudencia en torno al artículo 109 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Las líneas de su reforma por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, REF n.º 27/1997, págs.. 9 y ss.

¹² Requerirá que las mismas correspondan a desplazamientos del trabajador fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, así como los pluses de transporte urbano y de distancia por desplazamiento del trabajador desde su domicilio al centro de trabajo habitual, con la cuantía y alcance que reglamentariamente se establezcan.

¹³ Exigiendo que tales gastos sean efectivamente realizados por el trabajador y sean los normales de tales útiles o prendas en los términos que reglamentariamente se establezcan.

¹⁴ Concretamente la nueva redacción del apartado 2 del art. 109 LGSS tendrá el siguiente contenido:

“....

2. No se computarán en la base de cotización los siguientes conceptos:

a) Las dietas y asignaciones para gastos de viaje, gastos de locomoción, cuando correspondan a desplazamientos del trabajador fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, así como los pluses de transporte urbano y de distancia por desplazamiento del trabajador desde su domicilio al centro de trabajo habitual, con la cuantía y alcance que reglamentariamente se establezcan.

b) Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones y despidos.

c) Las cantidades que se abonen en concepto de quebranto de moneda y las indemnizaciones por desgaste de útiles o herramientas y adquisición de prendas de trabajo, cuando tales gastos sean efectivamente realizados por el trabajador y sean los normales de tales útiles o prendas en los términos que reglamentariamente se establezcan.

d) Los productos en especie concedidos voluntariamente por las empresas en los términos que reglamentariamente se establezcan.

e) Las percepciones por matrimonio.

f) Las prestaciones de la Seguridad Social, así como sus mejoras y las asignaciones asistenciales concedidas por las empresas, estas dos últimas en los términos que reglamentariamente se establezcan.

El Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre, dará cumplimiento a ese mandato modificando el art. 23 del RCL, regulando aquellos conceptos excluidos conforme a lo establecido en la normativa tributaria entonces vigente, es decir, la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y el Reglamento aprobado por el Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre. Tal adaptación al ordenamiento tributario se hizo extensiva también respecto de las remuneraciones en especie y su valoración.¹⁵

La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en su art. 40 vendrá a incluir dos párrafos nuevos al apartado 1 del art. 109 LGSS, relativos a la obligación de llevar a cabo una liquidación complementaria por las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral¹⁶.

El Real Decreto 335/2004, de 27 de febrero, modificará nuevamente el RCL invocando como motivos la necesidad de completar el desarrollo del artículo 109 del texto refundido de la LGSS, siguiendo en lo fundamental la directriz de obtener la mayor homogeneidad posible con lo establecido al efecto en materia de rendimientos de trabajo personal por el ordenamiento tributario. Y así:

g) Las horas extraordinarias, salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

En el desarrollo reglamentario de los apartados a), c), d) y f) anteriores se procurará la mayor homogeneidad posible con lo establecido al efecto en materia de rendimientos de trabajo personal por el ordenamiento tributario.”

3...”

¹⁵ Por otro lado también resultaba necesario modificar otros preceptos del RCL que se habían vistos afectados por determinadas disposiciones legales dictadas con posterioridad a su aprobación y, en concreto por la Ley 49/1998, de 30 de diciembre. Ello ocurría con el artículo 24 del RCL relativo a la cotización adicional por horas extraordinarias y con los apartados 1 y 2 de su artículo 52, sobre las bases de cotización al Régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, a fin de recoger en ellos la aplicación legal de las mismas reglas de determinación de las bases de cotización en ese Régimen en relación con los trabajadores incluidos en los grupos de cotización segundo y tercero del mismo.

Ver. BENEYTO CALABUIG, D.: La base de cotización a la Seguridad Social: conceptos cotizables y conceptos excluidos de cotización, REF núm. 50/1997, págs. 89 y ss.; SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M.: El nuevo desarrollo reglamentario de las bases de cotización al régimen general de la seguridad social, Revista de Información Laboral, núm. 28/1998, págs. 5 y ss.; OTXOA CRESPO, I. y DE LA FUENTE LAVIN, M.: Las reformas en la base de cotización a la Seguridad Social por el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre, REF núm. 13/1998, págs. 131 y ss.; SENDÍN BLÁZQUEZ, A.: Base de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social según el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre.

¹⁶ La nueva redacción del art. 109 LGSS incluirá dos párrafos en el apartado 1 con el siguiente contenido:

“ 1. ...

...

Las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral serán objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de la extinción del contrato. La liquidación y cotización complementaria comprenderán los días de duración de las vacaciones, aun cuando alcancen también el siguiente mes natural o se inicie una nueva relación laboral durante los mismos, sin prorrateo alguno y con aplicación, en su caso, del tope máximo de cotización correspondiente al mes o meses que resulten afectados.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, serán aplicables las normas generales de cotización en los términos que reglamentariamente se determinen cuando, mediante ley o en ejecución de la misma, se establezca que la remuneración del trabajador debe incluir, conjuntamente con el salario, la parte proporcional correspondiente a las vacaciones devengadas.

2. ...”

-Se adiciona un nuevo párrafo al apartado 1.B) del artículo 23 de dicho reglamento, a fin de excluir de la base de cotización al Régimen General de la Seguridad Social las cantidades en dinero o productos en especie entregados por el empresario a sus trabajadores con la finalidad exclusiva de que un tercero realice operaciones con aquél, ya que no constituyen propiamente una remuneración de dichos trabajadores, aunque tal exclusión se efectúe sólo hasta ciertos límites para evitar posibles aplicaciones indebidas de aquélla.

-Se adiciona también un nuevo párrafo en el apartado 2.A).a) del propio artículo 23, a fin de lograr mayor homogeneidad con el ordenamiento tributario respecto de las cotizaciones y exclusiones por gastos de manutención.

-También se da nueva redacción al párrafo a) del apartado 2.F) del referido artículo 23, en orden a concretar el alcance exacto del concepto correspondiente a «mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social», en cuanto excluidas por este precepto de la base de cotización al Régimen General, detallando los supuestos que deben ser considerados propiamente como tales mejoras de prestaciones, a efectos de su inclusión o exclusión de la base de cotización.

Con posterioridad e invocando como justificación la necesidad de completar el desarrollo del artículo 109 de la LGSS, siguiendo en lo fundamental la directriz de obtener la mayor homogeneidad posible con lo establecido al efecto en materia de rendimientos de trabajo personal por el ordenamiento tributario el RD 1041/2005, de 5 septiembre, vendrá a modificar el art. 23 del RCL viéndose afectados:

-Los párrafos b), c) y d) del apartado 1.B) relativos a las percepciones económicas en especie;

-Los párrafos segundos de los párrafos a), b) y c) del apartado 2.A) relativos a gastos de manutención, estancia y locomoción;

-El párrafo segundo del apartado 2.C) relativas a quebranto de moneda, útiles y ropa de trabajo;

-El párrafo b) del apartado 2.D) sobre productos en especie concedidos voluntariamente por las empresas; y 5º) el párrafo b) del apartado 2.F), sobre asignaciones asistenciales.

Dada la necesidad de actualizar las referencias al IRPF (a la Ley 35/2006, de 28 de noviembre y RD 439/2007, de 30 de marzo), en materia de percepciones económicas en especie y de los gastos de locomoción y manutención el RD 328/2009, de 13 de marzo, modificará nuevamente el artículo 23 del RCL.

3. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 20/2012

Una nueva modificación del régimen jurídico de la cotización y de la recaudación en la seguridad social será la que introduzca el real decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que consistirá en:

a) *Modificar el régimen de recargos por ingreso fuera de plazo de las cuotas debidas a la Seguridad Social cuando se hubieran presentado los documentos de cotización en plazo reglamentario* (art. 27.1.1 LGSS), procediendo un recargo del 20 por 100 de la deuda. Se unifica de este modo el régimen progresivo de recargos que venía establecido para estos supuestos en un 3%, 5%, 10% y 20% si de abonaban las cuotas dentro del primer mes, segundo, tercero o a partir del tercer mes siguiente al vencimiento del plazo reglamentario, en aras de, como se argumenta en el Preámbulo de la norma, favorecer la aplicación del procedimiento para el aplazamiento del pago de cuotas y simplificar el sistema y, por tanto, la gestión administrativa.

b) *Adecuar la regulación de los conceptos no computables en la base de cotización a la Seguridad Social a lo previsto en el ámbito tributario* (art. 109.2, 3 y 4 –añadido– LGSS), procediéndose a homogeneizar la normativa de Seguridad Social con las previsiones contenidas en la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), de tal manera –se argumenta en el Preámbulo del RDL– que aquellos conceptos que son considerados como renta en la normativa tributaria, y como tal tributan a efectos del IRPF, sean incluidos también en la base de cotización, unificando y simplificando las cargas administrativas a las empresas¹⁷. De este modo:

¹⁷ Los apartados 2, 3 y 4 del art. 109 de la LGSS tendrá la siguiente redacción:

“2. No se computarán en la base de cotización los siguientes conceptos:

a) Las dietas y asignaciones para gastos de viaje, gastos de locomoción, cuando correspondan a desplazamientos del trabajador fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, así como los pluses de transporte urbano y de distancia por desplazamiento del trabajador desde su domicilio al centro de trabajo habitual, con la cuantía y alcance que reglamentariamente se establezcan.

b) 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.

Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador estarán exentas, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, 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 lo dispuesto en los párrafos anteriores, en los supuestos de despido o cese como consecuencia de despidos colectivos, tramitados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, o producidos por las causas previstas en la letra c) del artículo 52 de la citada Ley, 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 mencionado Estatuto para el despido improcedente.

c) Las prestaciones de la Seguridad Social, así como sus mejoras y las asignaciones asistenciales concedidas por las empresas, estas dos últimas en los términos que reglamentariamente se establezcan.

d) Las horas extraordinarias, salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

En el desarrollo reglamentario de los apartados a) y c) se procurará la mayor homogeneidad posible con lo establecido al efecto en materia de rendimientos de trabajo personal por el ordenamiento tributario.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado 2, la cuantía máxima exenta de cotización por todos los conceptos indicados en el mismo no podrá exceder, en su conjunto, del límite que se determine reglamentariamente.

-Se modificará la redacción por lo que respecta a las indemnizaciones [art. 109.2 b) LGSS]:

a) *Por fallecimiento* y las correspondientes a *traslados, suspensiones y despidos*: estarán exentas de cotización hasta la cuantía máxima prevista en norma sectorial o convenio colectivo aplicable.

b) *Por despido o cese del trabajador*: estarán exentas en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores (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.

c) *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.

d) En los supuestos de despido o cese como consecuencia de *despidos colectivos* (art. 51 ET), o *por causas objetivas* [art. 52 c) ET], 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 ET para el despido improcedente.

-Se establece un *tope máximo de los conceptos que pueden ser objeto de exclusión de la base de cotización*, respecto del conjunto de percepciones salariales que individualmente consideradas se encuentran excluidas total o parcialmente. Dicho tope máximo *se deberá determinar reglamentariamente* por parte del Gobierno (art. 109.3 LGSS).

Y finalmente llegamos al RD-ley 16/2013, de 20 noviembre de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores cuyas disposiciones adicional segunda y final tercera de este RD-ley, vendrán a modificar la cuantía de la base mínima de cotización para determinados trabajadores autónomos y a dar una nueva redacción al artículo 109 LGSS con el objeto declarado de conseguir la sostenibilidad en el sistema de la Seguridad Social. Aunque el impacto de la reforma está todavía por valorar, es obvio que¹⁸: a) implica un encarecimiento de los costes laborales y

4. No obstante lo dispuesto en el apartado 2.d), el Ministerio de Empleo y Seguridad Social podrá establecer el cómputo de las horas extraordinarias, ya sea con carácter general, ya sea por sectores laborales en los que la prolongación de la jornada sea característica de su actividad.”

Lo subrayado será la novedad con respecto a la anterior redacción.

¹⁸ Y así se reconoce en el propio dictamen del Consejo de Estado (ref. 675/2014), de fecha 3 de Julio de 2014 “La propia memoria justificativa reconoce que la modificación de las cotizaciones en materia de Seguridad Social establecidas por el Real Decreto-ley 16/2013 sobre los conceptos computables de las bases de cotización ha tenido una finalidad fundamentalmente de incremento de la recaudación de la Seguridad Social, incluyendo en el cálculo de la base conceptos, retributivos o no, que hasta ahora estaban excluidos, terminando con la exclusión de las bases de cotización de la práctica totalidad de las retribuciones en especie, que pasan a tener la condición de integrantes de la base de cotización. El impacto económico de esta medida es considerable tanto en el posible incremento de los costes laborales, que puede tener reflejo en mejora de prestaciones, como en la reacción frente a ese incremento mediante la eliminación de muchas prestaciones en especie o servicios, como comedores,

por tanto podrá afectar a un futuro diseño y ajustes en las prácticas o políticas retributivas, así como a movimientos de ajuste de los mismos¹⁹; y b) incrementa al alza las bases de cotización y consecuentemente mejorarán las prestaciones económicas futuras de los trabajadores.

Congruente con lo anterior nuevamente el art. 23 del RCL será objeto de una nueva redacción por el RD 637/2014, de 25 junio. Su finalidad declarada²⁰ es armonizar y adaptar el desarrollo reglamentario de las reglas de determinación de la base de cotización al Régimen General, al a la nueva situación normada en el art. 109 LGSS.

La nueva redacción dada al artículo 23 del RCL sigue la misma estructura que la hasta ahora vigente, se comienza definiendo, en su apartado 1, los conceptos retributivos que conforman la base de cotización al Régimen General de la Seguridad Social; y se fijan unas las reglas de valoración de las distintas percepciones en especie que forman parte de la remuneración y que estarán constituidas por su importe total, de venir establecido su valor nominal y, con carácter general, por el coste medio que suponga para el empresario la entrega del bien, derecho o servicio objeto de percepción, excepto en tres casos:

-Por una parte, en el supuesto de utilización de una vivienda propiedad o no del empresario o la utilización o entrega de vehículos automóviles, la valoración se efectuará en los términos del artículo 43 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio; por otra parte, respecto a la prestación del servicio de educación por centros educativos autorizados a los hijos de sus empleados, con carácter gratuito o por precio inferior al normal de mercado, así como la prestación del servicio de guardería por los propios medios de las empresas, cuya valoración vendrá determinada por el coste marginal que suponga a esos centros la prestación de tal servicio, y en el supuesto de los préstamos concedidos a los trabajadores con tipos de interés

guarderías, etc., que hasta ahora estaban excluidos de las bases, lo que supone una reducción directa o indirecta de la renta de los trabajadores. No se ha valorado ese impacto económico ni tampoco el impacto presupuestario que puede tener sobre las cuentas de la Seguridad Social, sin que pueda eludirse esa valoración simplemente afirmando que se trata de desarrollar lo ya previsto en una norma legal. Tampoco se justifica por qué la reforma carece de impacto alguno por razón de género, cuando la misma es muy posible que afecte a servicios sociales prestados por la empresa para favorecer la conciliación entre el trabajo y las obligaciones familiares, por ejemplo, bajo la forma de guarderías, que ahora se "penalizan" a través de la nueva redacción en el proyectado art. 23 del Reglamento general sobre cotización y liquidación."

¹⁹ Quizás el incremento de los costes laborales se pueda ver mejor con un ejemplo. Supongamos que un trabajador percibe: un plus de transporte de 300 €/mes; un vale restaurante de 9€/día (durante los 21 laborales al mes) y un seguro médico de 900€/año. Hasta la fecha de entrada en vigor del RD Ley 16/2013: el plus de transporte estaba exento hasta el 20% del IPREM; los tickets o vales comida estaban exentos hasta 9€/día y los seguros médicos hasta 500€/año. El coste para el empresario por contingencias comunes es el siguiente:

CONCEPTO	NOVIEMBRE 2013	ENERO 2014
Plus transporte	57,27 €	89,70 €
Vale restaurante	0 €	60,29 €
Seguro médico	9,96 €	22,42 €
Totales	67,66 €	172,41 €

²⁰ Ver su Exposición de motivos.

inferiores al legal del dinero se valorarán por la diferencia entre el interés pagado y el referido interés legal vigente en el respectivo ejercicio económico.

El apartado 2 de este artículo 23 del RCL sigue dedicado a los conceptos excluidos de la base de cotización, si bien ajustándose a los ahora previstos en el art. 109.2 LGSS concretando algunos aspectos del alcance la exclusión.

La previsión recogida en el apartado 3 del artículo modificado coincide esencialmente con su actual redacción²¹.

CUADRO RESUMEN DE LOS PRINCIPALES CONCEPTOS INCLUIDOS Y EXCLUIDOS DE LA BASE DE COTIZACIÓN AFECTADOS POR LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA DEL RDL 16/2013		
CONCEPTOS	INCLUSIÓN EN LA BC ANTES	INCLUSIÓN EN LA BC AHORA
Mejoras de prestaciones de la Seguridad Social	NO	Sólo se excluye la IT
Uso de bienes para los servicios sociales y culturales del personal	NO	Importe íntegro
Primas de seguros de accidentes de trabajo o responsabilidad civil	NO	Importe íntegro
Servicios de educación preescolar infantil, primaria, secundaria, obligatoria, bachillerato y FP por centros educativos autorizados a los hijos de sus empleados, con carácter gratuito o precio inferior al normal del mercado	NO	Importe íntegro
Cantidades abonadas en concepto de pluses de transporte y distancia	El exceso del 20% del IPREM mensual	Importe íntegro
Entrega gratuitas o a precio inferior al del mercado de acciones o participaciones de la empresa o del grupo	Exceso de 12.000 euros anuales	Importe íntegro
Entregas de productos a precios rebajados en cantinas o comedores de empresa o economatos en forma directa o indirecta (vales, tickets-restaurant)	El exceso de 9 euros/día	Importe íntegro
Primas de seguro por enfermedad común de los trabajadores, sus cónyuges y descendientes	El exceso de 500€ persona año	Importe íntegro
Cantidades de dinero o productos en especie entregados a los trabajadores como donaciones promocionales	El exceso del doble del IPREM	Importe íntegro

²¹ La disposición final primera del RD 637/2014 recoge una ampliación del plazo para la liquidación e ingreso de la cotización correspondiente al período diciembre 2013 a julio de 2014, que podrá ser objeto de liquidación complementaria hasta el 30 de septiembre de 2014.

4. LA BASE DE COTIZACIÓN AL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

4.1. Generalidades

Antes de entrar en el concreto análisis de las reformas de 2013-2014, parece conveniente recordar una serie de aspectos generales en los que se desenvuelve la obligación de cotizar:

a) En el Régimen General de la Seguridad Social, la base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del mismo, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, está integrada 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 la que efectivamente perciba de ser ésta superior (art. 109.1 LGSS y art. 23 RCL)²².

b) Por otro lado el concepto o la consideración de remuneración total que establece la LGSS, no depende de la denominación que las partes puedan atribuir a las percepciones por ellos recibidas. Hay que estar a su propia naturaleza que será la que determine su inclusión o no en la base de cotización, con independencia de lo que así se haya hecho constar expresamente en el contrato de trabajo y o en convenio colectivo al ser materia indisponible.

c) El art. 105 LGSS, párrafo 2, que declara que será nulo todo pacto que busque que pretenda alterar las bases de cotización que se fijen conforme a lo dispuesto en el art. 109 de la LGSS.

d) La base de cotización se integra por la remuneración total que el trabajador tenga derecho a percibir, en dinero o en especie o la que realmente perciba si es ésta superior (art. 109 LGSS y art. 23 RCL).

e) El art. 109 de la LGSS y el art. 23 RCL establecen una serie de reglas sobre: la forma de cómputo de determinados conceptos retributivos; y aquellas que determinan la exclusión de algunas percepciones.

f) También debe de tenerse en cuenta otras reglas relativas a la forma de cómputo de percepciones como:

-Las de vencimiento superior al mes (pagas extraordinarias, liquidación de beneficios, etc.) estimando su importe y prorrateándolos mensualmente²³.

²² No obstante téngase en cuenta que esta regla general no opera para determinados trabajadores que han sido incorporados al Régimen General vía asimilación a trabajador por cuenta ajena, por ejemplo: clérigos de la Iglesia Católica y Ministros de culto de otras confesiones.

²³ Por ejemplo: la prima anual de contratación y la prima de fichaje devengadas en el ámbito deportivo deben ser prorrateadas mensualmente y no al momento de su abono (STS de 17-11-2004, RJ 2005, 17). Ver RODRÍGUEZ INIESTA, G.: La prima de contratación o fichaje de futbolistas profesionales y su correcta cotización. Comentario a la STS de 17 de noviembre de 2014, Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento, número 15, año 2005-3, Thomson-Aranzadi, págs. 319-328.

-Las remuneraciones que se perciban con carácter retroactivo (por ejemplo: mejoras salariales pactadas en convenio colectivo, disposición legal, acta de conciliación, sentencia judicial o cualquier otro título legítimo quedan sujetas también a cotización, lo que supone practicar una liquidación complementaria conforme las bases y tipo de cotización vigentes en la fecha del devengo de las retribuciones y previo prorrateo entre los meses a que correspondan.

-Las cantidades por vacaciones devengadas y no disfrutadas serán objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de la extinción del contrato, salvo que legal o reglamentariamente se establezca que dicha retribución deberá abonarse conjuntamente con el salario del trabajador.

g) Las exclusiones de percepciones recibidas por el trabajador de la base de cotización se ha ido reduciendo especialmente desde la reforma de 2012, incluyendo como concepto cotizables determinadas percepciones anteriormente excluidas, como las cantidades abonadas por el empresario en concepto de quebranto de moneda y las indemnizaciones por desgaste de útiles o herramientas y adquisición y mantenimiento de prendas de trabajo, matrimonio, etc.

4.2. Delimitación positiva de la Base de Cotización

4.2.1. Las percepciones en metálico

A) Salario base y complementos salariales integrantes de la base de cotización a la Seguridad Social²⁴

La retribución que pueda percibir un trabajador por sus servicios presenta generalmente una estructura compleja, pues se conforma por la suma de diversos componentes, que responden en su conjunto a la finalidad de contraprestación del trabajo pero que al mismo tiempo puede obedecer a diferentes causas específicas: las condiciones o habilidades especiales del trabajador, las características del puesto de trabajo, la conveniencia de incentivar la productividad, la realización de trabajos extraordinarios, etc..

Aun admitiendo como regla general la libertad de configuración de la retribución que empresario y trabajador tienen, hay determinadas exigencias legales que tienen que ser respetadas. Estas se encuentran recogidas en el art. 26.3 ET. Dicho precepto parte de distinguir entre salario base y complementos salariales. El primero de ellos supone la contraprestación básica al trabajo y los segundos obedecen a causas o motivaciones concretas: condiciones personales del trabajador; trabajo realizado o situación y resultados de la empresa. Ahora bien no debe olvidarse que esto no significa que estas percepciones sean las únicas que pueda percibir un trabajador si bien no formarán parte de la estructura salarial.

El salario base se define como la retribución fijada por unidad de tiempo o de obra (art. 26.3 ET). Dicho precepto prevé un doble procedimiento de fijación de este componente salarial. En el primer caso, salario por unidad de tiempo (por hora, diario, semanal, etc.) normalmente con referencia a la jornada máxima que corresponda. En el segundo caso,

²⁴ En general véase Thomson Reuters. Aranzadi experto, Salarios en westlaw Encuentra, www.aranzadi.es.

salario por unidad de obra o a destajo, la cuantía se determina conforme al resultado obtenido por el trabajador en la realización de su prestación (por piezas, comisión, etc.)²⁵.

Los complementos salariales son cantidades que se suman al salario base y que traen su justificación en alguna causa presente en la relación laboral. El art. 26.3 ET clasifica estos complementos en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa» (art. 26.3 ET), quedando su concreción a la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual.

Las modalidades de complementos salariales son:

1) Complementos personales. Son complementos establecidos en atención a las condiciones personales del trabajador, como su cualificación personal o profesional, por ejemplo: antigüedad, vinculación, de titulación, plus de idiomas u otros de naturaleza análoga, etc.²⁶.

2) Complementos en atención al trabajo realizado. Se trata de valorar el aspecto material de la ejecución del trabajo. Ejemplos de complementos de este tipos son: por el puesto de trabajo (penosidad, toxicidad, peligrosidad, turnicidad, nocturnidad, residencia, etc.); por cantidad y calidad (primas e incentivos, pluses de actividad, asistencia o asiduidad, disponibilidad, horas extraordinarias o cualquier otro motivado en una mejor calidad o una mayor cantidad del trabajo)

3) Complementos vinculados a los resultados conseguidos por la empresa. Se trata de complementos fijados en función de los beneficios obtenidos por la empresa. Su objetivo es hacer partícipe, al trabajador de la buena marcha de la actividad empresarial en el que se haya integrado (participación en beneficios, atribución a los empleados de la empresa de un número de acciones, de forma gratuita o a un menor coste, o la denominada opción sobre acciones).

Todos estos conceptos salariales entran dentro de la genérica expresión *“remuneración total a la que tiene derecho el trabajador o la que efectivamente perciba...”* y quedan comprendidos dentro de la base de cotización.

B) Las pagas extraordinarias

Junto al salario base y los distintos complementos salariales ya reseñados, también integran la base de cotización las denominadas gratificaciones extraordinarias conocidas también como pagas extraordinarias. El art. 31 del ET obliga al empresario a abonar al trabajador dos gratificaciones extraordinarias al año, concibiéndose como un derecho

²⁵ Algunos complementos salariales están vinculados al salario base como por ejemplo el de antigüedad.

²⁶ No obstante lo anterior, la configuración de estos complementos como personales o funcionales dependerá de la concreta regulación que efectúen los convenios colectivos. Así, considera que el plus de idiomas regulado en el Convenio Colectivo de Telefónica de España no retribuye el conocimiento de idiomas como cualidad personal del trabajador sino la utilización de ese conocimiento en un puesto de trabajo, lo que lo configura como un complemento funcional cuyo devengo se vincula al desarrollo del trabajo en ese puesto en cuestión, en este sentido véase la STS de 18-11-2013 (PROV 2014, 27263).

indisponible a favor de todo asalariado, pudiéndose sólo variar su modo de abono²⁷. En cuanto al momento de pago, el ET señala que *“una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores”* (art. 31 ET). Su importe se integra dentro de la genérica expresión “remuneración total” que comprende la base de cotización, con la única especialidad de que su cuantía se prorrateará a lo largo de los doce meses del año (art. 109.1 LGSS).

C) Las horas extraordinarias

El art. 109.2 letra e) de la LGSS y el art. 23.2 letra E) del RCL establecen su exclusión de la base de cotización, salvo para la cotización por contingencias profesionales. Si bien el apartado 4 del art. 109 de la LGSS y el art. 23.3 del RCL dejan abierta la posibilidad a que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social puedan disponer su cómputo con carácter general o localizado para aquellos sectores en que la prolongación de jornada sea característica de su actividad²⁸.

En principio la integración en la base será por su importe aunque en algunos casos puede plantearse la duda acerca de la valoración sobre todo en aquellas percepciones que consisten en la entrega de importes en metálico, vales o cheques (de comida, viajes, etc.) de cualquier tipo que se entreguen por el empresario para que el trabajador adquiera cualquier bien, derecho o servicio, que se valoran por el importe total satisfecho por el empresario, incluidos los tributos si los hubiera²⁹. La duda suele surgir en razón a si deben ser considerados como percepción dineraria o en especie. El art. 23.1 a) del RCL mantiene la consideración de percepción dineraria de la entrega de importes en metálico al trabajador para la obtención de bienes, derechos o servicios, precisando ahora que se valorarán por la totalidad de su importe. Además, considera expresamente como percepciones dinerarias el importe de las acciones o participaciones, que se valorará en el momento de su concesión³⁰, las primas o cuotas de seguros a favor de los trabajadores (aunque aquí, como se ha sugerido, deberían excluirse expresamente los seguros de responsabilidad civil por la actividad profesional), las contribuciones a planes de pensiones y las mejoras a las prestaciones de la

²⁷ Cfr. con el art. 2.2, 3.6 y 6 del RD-ley 20/2012.

²⁸ Ver el art. 111 LGSS sobre la cotización adicional por horas extraordinarias.

²⁹ Con anterioridad a la reforma los cheques comidas se consideraban asignaciones asistenciales definidos en el art. 45 del RIRPF y quedaban excluidos de cotización hasta un importe de 9 euros e los términos previstos en dicho precepto.

La Asociación Española de Emisores de Vales de Comida y otros servicios ha sido muy crítica con la consideración de que tales vales o ticket sean considerados como retribución en especie dado que no retribuyen trabajo prestado, ni tiempos de espera o disponibilidad, sino que su objeto no es otro que facilitar el acceso al trabajo y su ejecución. Denuncian que desde la aprobación del RD-ley 16/2013 un total de 1385 empresas que agrupan a 41.183 trabajadores han suprimido este beneficio social (ver Dictamen del Consejo de Estado, ref. 675/2014, aprobado en fecha 3 de julio de 2014).

El art. 42.3 de la Ley IRPF considera como rendimientos de trabajo en especie exentos: las entregas a empleados de productos a precios rebajados que se realicen en cantinas o comedores de empresa o economatos de carácter social, teniendo la consideración de entrega de productos a precios rebajados que se realicen en comedores de empresas las fórmulas indirectas de prestación del servicio cuya cuantía no supere la cantidad que reglamentariamente se determine.

³⁰ Como lo es en el Impuesto sobre el Patrimonio, véase arts. 15 y 16 Ley 19/1991, de 6 de junio.

Seguridad Social concedidas por las empresas (salvo las prestaciones por incapacidad temporal, de acuerdo al apartado 2 C del artículo).

4.2.2. Las percepciones en especie

A) Su integración en la base de cotización

Para determinar la base de cotización, ha de tenerse en cuenta –como ya se ha señalado– toda percepción, “tanto en metálico como en especie”, ya retribuya el trabajo efectivo o los períodos de descanso computables como de trabajo (art. 109 LGSS y art. 23.1 B) RCL). Téngase en cuenta que “*Se considera salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por...*” (art. 26.1 ET)³¹. El salario en especie no es otra cosa que una modalidad retributiva en un bien distinto del dinero. El mayor problema que presenta esta modalidad es si su abono es salario o bien tiene naturaleza extra salarial por tener como objeto el compensar un gasto derivado de la propia relación laboral o bien un beneficio concedido a la generalidad de los trabajadores. Las notas que debe reunir una determinada percepción en especie para ser considerada como salarial son:

-La causa de su abono es la contraprestación por el trabajo realizado.

-Debe ser valorable o cuantificable en dinero.

-No debe ser proporcionado por la empresa para que el trabajador cumpla con la prestación laboral.

-Debe ser atribuible de forma individualizada.

Por otro lado no debe olvidarse que presenta una limitación la de no poder superar el 30% de las percepciones salariales del trabajador ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional³²

Se consideran percepciones en especie “*la utilización, consumo u obtención para fines particulares de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien los conceda*” (art. 23.1 apartado B letra a) del RCL). Ahora bien si el empresario entrega al trabajador importes en metálico para que éste adquiera los bienes, derechos o servicios, tal percepción económica recibida por el trabajador tendrá la consideración de dineraria (art. 23.1 apartado B. letra a) párrafo 2º del RCL)³³.

A diferencia de la anterior versión del art. 23 del RCL en la actual no hay una previsión que excluya determinadas percepciones en especie de su integración en la base de

³¹ FERNANDEZ PROL, F.: Régimen de cotización de las retribuciones en especie, AL nº 42/2002, págs. 907 y ss.

³² Ver Convenio OIT núm. 95. Véase también el art. 8.2 RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral especial del servicio doméstico.

³³ Coincide su redacción con el art. 42.1 de la Ley 35/2006, de 28 noviembre, Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Ley del IRPF).

cotización³⁴. Únicamente se explicitan criterios de valoración y cuantificación de tales percepciones.

B) Su valoración y cuantificación

a) En general

En lo que se refiere a la valoración y cuantificación de las retribuciones en especie para su inclusión en la base de cotización, la LGSS no contiene regla o criterio alguno. Hay que acudir al art. 23.1. Letra B del RCL para encontrar criterios sobre el particular:

Hay un criterio general de valoración³⁵ el *coste medio* que suponga para el empresario la entrega del bien, derecho o servicio objeto de la percepción, entendiendo por coste medio

³⁴ El anterior art. 23. 1 letra b del RCL señalaba que no tienen la consideración de percepciones económicas en especie los bienes, derechos o servicios especificados en el apartado 2 del art. 46 de la Ley IRPF y los recogidos en los arts. 41, 42, 43 y 44 del Reglamento de la Ley del IRPF aprobado por RD 1775/2004, de 30 julio. El art. 46 de la Ley del IRPF tras la modificación introducida en su redacción por el artículo primero veinticinco de Ley 26/2014, de 27 noviembre distingue entre percepciones que no considera rendimientos de trabajo en especie:

“2. No tendrán la consideración de rendimientos de trabajo en especie

a) Las cantidades destinadas a la actualización, capacitación o reciclaje del personal empleado, cuando vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo.

b) Las primas o cuotas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro de accidente laboral o de responsabilidad civil del trabajador.”

De aquellas percepciones que si bien son rendimientos en especie, sin embargo los declara exentos:

“3. Estarán exentos los siguientes rendimientos del trabajo en especie:

a) Las entregas a empleados de productos a precios rebajados que se realicen en cantinas o comedores de empresa o economatos de carácter social. Tendrán la consideración de entrega de productos a precios rebajados que se realicen en comedores de empresa las fórmulas indirectas de prestación del servicio cuya cuantía no supere la cantidad que reglamentariamente se determine.

b) La utilización de los bienes destinados a los servicios sociales y culturales del personal empleado. Tendrán esta consideración, entre otros, los espacios y locales, debidamente homologados por la Administración pública competente, destinados por las empresas o empleadores a prestar el servicio de primer ciclo de educación infantil a los hijos de sus trabajadores, así como la contratación, directa o indirectamente, de este servicio con terceros debidamente autorizados, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

c) Las primas o cuotas satisfechas a entidades aseguradoras para la cobertura de enfermedad, cuando se cumplan los siguientes requisitos y límites:

1.º Que la cobertura de enfermedad alcance al propio trabajador, pudiendo también alcanzar a su cónyuge y descendientes.

2.º Que las primas o cuotas satisfechas no excedan de 500 euros anuales por cada una de las personas señaladas en el párrafo anterior. El exceso sobre dicha cuantía constituirá retribución en especie.

d) La prestación del servicio de educación preescolar, infantil, primaria, secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional por centros educativos autorizados, a los hijos de sus empleados, con carácter gratuito o por precio inferior al normal de mercado.

e) Las cantidades satisfechas a las entidades encargadas de prestar el servicio público de transporte colectivo de viajeros con la finalidad de favorecer el desplazamiento de los empleados entre su lugar de residencia y el centro de trabajo, con el límite de 1.500 euros anuales para cada trabajador. También tendrán la consideración de cantidades satisfechas a las entidades encargadas de prestar el citado servicio público, las fórmulas indirectas de pago que cumplan las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

f) En los términos que reglamentariamente se establezcan, la entrega a los trabajadores en activo, de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades, en la parte que no exceda, para el conjunto de las entregadas a cada trabajador, de 12.000 euros anuales, siempre que la oferta se realice en las mismas condiciones para todos los trabajadores de la empresa, grupo o subgrupos de empresa.”

el resultado de dividir los costes totales que suponga para la empresa la entrega de un bien, derecho o servicio directamente imputables a dicha retribución entre el número de perceptores potenciales de dicho bien, derecho o servicio. Lo que no se concreta es si se trata de coste bruto o neto, o si incluye IVA o no.

Esta regla general presenta diversas salvedades en las que se atiende la totalidad de su importe, un coste marginal (servicios educativos o de guardería); o al fijado en el art. 43 de la Ley del IRPF (utilización de vivienda propiedad o no del empresario o de vehículo) o a otro tipo de coste (prestamos).

b) Especialidades

El art. 23.1 letra B del RCL contiene una serie de reglas específicas para la valoración de las siguientes percepciones en especie:

1º) *Las primas o cuotas a entidades aseguradoras para la cobertura de sus trabajadores*³⁶. Se valora por el importe del coste satisfecho por el empresario incluidos los tributos que graven la operación, independientemente del riesgo cubierto.

2º) *Las contribuciones satisfechas a la promoción de planes de pensiones*, así como las cantidades satisfechas por empresarios para hacer frente a los compromisos por pensiones, por el coste total para el promotor.

3º) *Las mejoras de las prestaciones de Seguridad Social* concedidas por las empresas, a excepción de la mejora de las prestaciones por incapacidad temporal, excluidas de la base de cotización³⁷, por el coste total de la mejora.

4º) *Prestación del servicio de educación* en las etapas de infantil, primaria, secundaria obligatoria, bachillerato, y formación profesional por centros educativos autorizados, a los

³⁵ Art. 23.1 B letra b) del RCL.

³⁶ El art. 42.2 b) de la Ley del IRPF señala que no tiene consideración de rendimientos de trabajo en especie las primas o cuotas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro de accidente laboral o de responsabilidad civil del trabajador. En el caso de primas o cuotas satisfechas a entidades aseguradoras para la cobertura de enfermedad, estas aun considerándose rentas de trabajo en especie, el art. 42.3. letra c) de la Ley del IRPF, las declara exentas si reúnen las siguientes condiciones: a) Que la cobertura de enfermedad alcance al propio trabajador, pudiendo alcanzar también a su cónyuge y descendientes; y b) Que las primas o cuotas satisfechas no excedan de 500 euros anuales por cada una de ellas, el exceso tributará como rentas en especie.

Aunque no es propiamente una percepción en especie incluida en este apartado es curioso el criterio sustentado por la TGSS en fecha 4-4-2014 en atención a una noticia aparecida en el diario Expansión el lunes 31 de marzo de 2014, con el título “Empleo Obliga a las empresas a cotizar también por las primas de antigüedad”. Se trataba de las gratificaciones que las empresas de transporte por el mar dan a sus trabajadores al momento de su jubilación para las que las empresas conciertan un seguro para cubrir dicha obligación abonando por ello una prima única. La TGSS en el punto dos de la nota informativa reseñada indica que “En caso de que el empresario asegure dichos importes, la prima que abona a la entidad aseguradora no forma parte de la base de cotización a la Seguridad Social, dado que en este supuesto se asegura un riesgo empresarial y no del trabajador, en consecuencia la referida información [la información periodística indicaba que era cotizables y debía ser objeto de prorrateo anual] es errónea”

³⁷ Art. 23.2 C RCL.

hijos de sus empleados con carácter gratuito o por precio inferior al normal del mercado³⁸. Se valora, con referencia al inicio del curso escolar, por el coste marginal que suponga para la empresa la prestación de este servicio entendiendo éste como el incremento del coste total directamente imputable a la prestación que se suponga para el centro educativo un servicio de educación para el alumnado adicional de la etapa de enseñanza que corresponda. El resto de servicios educativos prestados por centros autorizados en la atención, cuidado y acompañamiento de alumnos, la valoración vendrá determinada por el coste marginal que suponga para la empresa tal servicio. La misma regla se aplica en relación al servicio de guardería prestada por medios propios del empresario³⁹.

5º) *Utilización de vivienda, propiedad o no del empresario*. Se valora de acuerdo con lo previsto en el art. 43 de la LIRPF⁴⁰. Para que la utilización de una vivienda proporcionada por el empresario al trabajador tenga la consideración de salario en especie deberá de reunir una serie de características, como por ejemplo:

-Que la cesión de uso de la vivienda a título gratuito o sin pago de alquiler con un objetivo predeterminado especificado en el contrato de trabajo y con una obligación de uso por parte del trabajador⁴¹. El caso más común suele ser el de los porteros o conserjes de fincas urbanas para quienes el uso se configura como un derecho-deber.

-Que tenga carácter instrumental en la realización de la actividad laboral. El caso más típico suele darse en el trabajo en el campo ya que en cierta forma supone una retribución de la especial función de vigilancia y custodia llevada a cabo por el trabajador.

³⁸ Las organizaciones empresariales del sector educativo (EDUCACIÓN Y GESTIÓN, CECE Y ACADE) denunciaron que no se entiende que un servicio que se considera como asistencia y que no retribuye o compensa trabajo efectivo o periodos de descanso sea considerado como un pago en especie. Ver Dictamen del Consejo de Estado, ref. 675/2014 de fecha 3 de julio de 2014).

³⁹ El art. 42.3 letras d y e de la LIRPF considera exentas las siguientes rentas de trabajo en especie:

“d) La prestación del servicio de educación preescolar, infantil, primaria, secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional por centros educativos autorizados, a los hijos de sus empleados, con carácter gratuito o por precio inferior al normal de mercado.

e) Las cantidades satisfechas a las entidades encargadas de prestar el servicio público de transporte colectivo de viajeros con la finalidad de favorecer el desplazamiento de los empleados entre su lugar de residencia y el centro de trabajo, con el límite de 1.500 euros anuales para cada trabajador. También tendrán la consideración de cantidades satisfechas a las entidades encargadas de prestar el citado servicio público, las fórmulas indirectas de pago que cumplan las condiciones que se establezcan reglamentariamente.”

⁴⁰ El art. 43.1.1º letra A) de la LIRPF señala como reglas de valoración las siguientes:

“a) En el caso de utilización de una vivienda que sea propiedad del pagador, el 10 por ciento del valor catastral.

En el caso de inmuebles localizados en municipios en los que los valores catastrales hayan sido revisados o modificados, o determinados mediante un procedimiento de valoración colectiva de carácter general, de conformidad con la normativa catastral, y hayan entrado en vigor en el período impositivo o en el plazo de los diez períodos impositivos anteriores, el 5 por ciento del valor catastral.

Si a la fecha de devengo del impuesto los inmuebles carecieran de valor catastral o éste no hubiera sido notificado al titular, el porcentaje será del 5 por ciento y se aplicará sobre el 50 por ciento del mayor de los siguientes valores: el comprobado por la Administración a efectos de otros tributos o el precio, contraprestación o valor de la adquisición.

La valoración resultante no podrá exceder del 10 por ciento de las restantes contraprestaciones del trabajo.»

⁴¹ Ver STS 11-2-1997 (RJ 2240)

Ahora bien si la empresa asume los gastos de alquiler de la vivienda a la que se ve obligado a ocupar el trabajador cuando se desplaza coyunturalmente a una determinada ciudad, sin que su prestación laboral le haya exigido un cambio de residencia habitual, se considera que nos encontramos ante una prestación extra salarial⁴².

En definitiva, la cesión de uso de la vivienda a título gratuito o por precio inferior al real será considerado salario en especie o, por el contrario, percepción extra salarial, cuando en el primer caso, y al margen de las funciones de vigilancia, la empresa le proporcione la vivienda que debe habitar, no sólo por razón de su trabajo, sino para satisfacer sus necesidades ordinarias o particulares de él y su familia; por el contrario, se tratará de una partida extra salarial, cuando la empresa simplemente con la cesión de la vivienda o sus gastos le compense la necesidad causada por razón de su actividad laboral

Otro aspecto a tener en cuenta es que ocurre con los denominados gastos que lleva aparejado el uso de una vivienda, como agua, gas, electricidad, etc. Si el trabajador resulta exento de su pago, se ha de entender que se integra dentro de la noción salarial en su modalidad de pago en especie⁴³.

6º) *Utilización o entrega de vehículos o automóviles.* Se valora asimismo de conformidad con lo establecido en el art. 43 LIRPF⁴⁴. Cuando la empresa pone a disposición del trabajador un vehículo constituirá salario en especie o ventaja económica de carácter extra salarial en atención de la atribución de uso que se le otorgue. Si su utilización se confiere para uso particular y privado del trabajador se entenderá que nos encontramos ante salario en especie⁴⁵. Si su atribución queda limitada a o para el desempeño de su actividad laboral se considerará, como un medio o instrumento para la consecución del trabajo excluido de la noción de salario⁴⁶. La controversia en realidad se va a producir cuando, algo

⁴² Ver STSJ País Vasco 19-9-1999 (AS 4764.)

⁴³ Ver STSJ Castilla y León 14-4-1998 (AS 1987).

⁴⁴ El art. 43 b de la LIRPF tras la reforma de la ley 26/2014, de 27 de agosto, señala:

«b) En el caso de la utilización o entrega de vehículos automóviles:

En el supuesto de entrega, el coste de adquisición para el pagador, incluidos los tributos que graven la operación.

En el supuesto de uso, el 20 por ciento anual del coste a que se refiere el párrafo anterior. En caso de que el vehículo no sea propiedad del pagador, dicho porcentaje se aplicará sobre el valor de mercado que correspondería al vehículo si fuese nuevo.

La valoración resultante de lo previsto en el párrafo anterior se podrá reducir hasta en un 30 por ciento cuando se trate de vehículos considerados eficientes energéticamente, en los términos y condiciones que se determinen reglamentariamente.

En el supuesto de uso y posterior entrega, la valoración de esta última se efectuará teniendo en cuenta la valoración resultante del uso anterior.»

⁴⁵ Ver STSJ Madrid 10-4-1992 (AS 2133); También, se ha calificado como salario en especie, el coche alquilado por la compañía que se pone a disposición del empleado, STSJ País Vasco 19-10-1999 (AS 4764) o el abono mensual de la cuota de financiación de un vehículo particular, STSJ Cataluña 3-7-1995 (AS 3052) o, finalmente, la plaza de garaje que el trabajador disfrutaba en las propias instalaciones de la empresa, “no limitada al tiempo en que ella se encontraba en el edificio por razón de sus servicios, en clara muestra de que estamos ante un auténtico beneficio económico que se le daba por razón de su trabajo y que, por tanto, constituye salario en especie”, STSJ País Vasco 16-5-2000 (AS 1739).

⁴⁶ Ver STS 21-12-1990 (RJ 9820). En este sentido, no es salario en especie el uso los fines de semana, en beneficio propio, del vehículo que la empresa había puesto a disposición del trabajador para el cumplimiento de su cometido como jefe de ventas, que aquella disponía en régimen de leasing, cuando no consta que esa utilización ajena al

bastante frecuente, la empresa autorice el doble uso, fines laborales y particulares. La calificación como salario en especie dependerá del uso prevalente del vehículo⁴⁷. Otro criterio a utilizar es deducir la parte que obedezca a fines estrictamente laborales...

7º) *Préstamos con tipos de interés inferiores al legal del dinero*. Aunque podría plantearse si los mismos tendrían la consideración de percepción en metálico se ha optado conforme a la normativa tributaria considerarlo como retribución en especie. Se toma a estos efectos la diferencia entre el interés pagado y el interés legal del dinero vigente en el respectivo ejercicio económico⁴⁸.

4.3. Delimitación negativa. Las exclusiones de la base de cotización.

En el cómputo y cuantificación de la base de cotización quedan excluidos determinados conceptos expresamente recogidos en el art. 109.2 LGSS, bajo una fórmula un poco extraña “Únicamente no se computaran en la base de cotización...”, como queriendo recalcar que el principio general es que toda percepción es cotizable, salvo las que expresamente –y en la forma que se dice– se declaren excluidas, quizás porque no retribuyan realmente el trabajo prestado⁴⁹.

Estas percepciones excluidas son:

-*Asignaciones por gastos de locomoción*. Para su exclusión resulta necesario que el trabajador se desplace fuera de la fábrica, taller, oficina o del centro habitual de trabajo para realizar sus tareas en lugar distinto del mismo o diferente municipio. La exclusión es total cuando utilice medios de transporte público siempre que se justifique el gasto mediante factura o documento equivalente. En el resto de situaciones, cuando se utilicen otros medios de locomoción, la exclusión tendrá la cuantía y el alcance previstos en la normativa reguladora del IRPF⁵⁰. La nueva configuración de esta exclusión afecta a los pluses de transporte urbano y de distancia o equivalentes que solo quedarán excluidos en tales

trabajo se hiciera como contraprestación por su labor, pudiendo responder también a mera tolerancia o a un incumplimiento del trabajador, STS 21-12-2005 (RJ 589).

⁴⁷ En general tanto para calificar si existe un doble de un fin, empresarial y particular, en la utilización del vehículo, como para cuantificar la retribución en especie, deberán tenerse en cuenta la naturaleza de la actividad de que se trate, las características específicas del desarrollo de las tareas de quien utiliza el vehículo, como el destino efectivo para unos u otros fines.

⁴⁸ Art. 43.1.1º c) LIRPF. En el caso de Entidades financieras, el criterio de valoración será el precio de oferta al público. Así, en el caso de los trabajadores de una caja de ahorro que acceden a préstamos con tipo de interés inferior al de mercado por convenio colectivo, resulta procedente la valoración del rendimiento en especie en función del tipo de referencia vigente en el momento de constitución del préstamo y con el existente en las revisiones del tipo de interés (DGT, Consulta vinculante., resolución núm. 898/2011 de 5 abril).

La obtención por los empleados de anticipos del sueldo sin interés comporta para ellos una utilidad derivada de su relación laboral, la propia percepción sin coste alguno de los mismos; equiparándose así a un préstamo sin interés, sin embargo no constituyen rentas en especie siempre que aquél se reintegre (Res. DGT núm. 1551/2004, de 4-8-2004 [PROV 2004, 270732]).

⁴⁹ Buscando una finalidad, además de control, de transparencia el número 3 del art. 109 de la LGSS establece una obligación de comunicación a la TGSS en cada periodo de cotización del importe de todos los conceptos retributivos abonados a sus trabajadores, con independencia de su inclusión o no en la base de cotización, incluso cuando resulten de aplicación bases únicas.

⁵⁰ Ver art. 9 A). 2, 4, 5 y 6 y B) RD 439/2007. Ver también la STS 14-5-1991 (RJ 4099).

condiciones, es decir que haya un desplazamiento desde el lugar habitual de trabajo a lugar distinto⁵¹.

-*Gastos normales de manutención y estancia en restaurantes, hoteles y demás establecimientos de hostelería.* Se excluyen tales gastos cuando sean normales y se generen en municipio distinto del lugar habitual de trabajo y del lugar de residencia del trabajador⁵². Se consideran gastos de esta naturaleza las cantidades destinadas a que el trabajador cubra total o parcialmente el coste económico que supone la realización de las comidas principales fuera del domicilio habitual. Las modalidades de abono de estos gastos son múltiples: cheques-restaurantes, servicios de comedor en la empresa u establecimiento concertado, abono parcial o total de los mismos, etc. El problema que plantea la cobertura de estos gastos es donde está la compensación extra salarial y donde comienza la ventaja o beneficio social, ya que ello dependerá de si estamos o no ante salario en especie. La interpretación judicial es muy variada pero caben adivinar unas líneas interpretativas y así se calificará como salario en especie cuando su devengo no depende de la efectiva realización por el trabajador de un gasto con ocasión o por motivo de su actividad laboral –tal como sucede con los pluses y suplidos– sino que constituyen partidas retributivas fijas y periódicas que, junto con la parte de numerario, vienen a compensar directamente la prestación profesional de servicios laborales por cuenta ajena⁵³; o se trata de ayudas de comida⁵⁴; o bien cuando las comidas se realizan en los locales de la empresa y a cargo del empresario cuando en aquélla existan servicios de restauración⁵⁵.

En el ámbito fiscal, al que se remite el propio art. 23.2 RCL, la exclusión opera así⁵⁶:

a) *Gastos de estancia*, con carácter general los importes que se justifiquen. En particular y para el caso de conductores de vehículos dedicados al transporte de mercancías por carretera, cuando se desplacen por territorio nacional, no precisan de justificación los gastos de estancia inferiores a 15 euros diarios. Si el desplazamiento es a territorio extranjero, quedan exceptuados de justificar los gastos que no superen los 25 euros diarios. El exceso tributaria y por tanto entraría dentro de la base de cotización. E

b) *Gastos de manutención.* Si se pernocta, el importe de 53,34 € y 91,35 € por día, según se trate de territorio nacional o extranjero. Si no hay pernocta, el importe será de 26,67 € y 48,08 €, respectivamente. Para el personal de vuelo de las compañías aéreas, se tendrán en cuenta las cuantías que no excedan de 36,06 ó 66,11 €/día según se trate de desplazamientos dentro del territorio español o al extranjero. Es importante tener en cuenta que el empresario debe poder acreditar el día y lugar del desplazamiento, así como el motivo o razón para ello. Respecto de los trabajadores con destino en el extranjero, tienen la consideración de dietas exentas, el exceso que perciban sobre las retribuciones totales que

⁵¹ Apartado A del art. 23.2 del RCL.

⁵² La exclusión tendrá el alcance previsto en la normativa reguladora del IRPF (art. 9. A, 3, 4, 5 y 6 RD 439/2007).

⁵³ STSJ Murcia 21-1-2000 (AS 20).

⁵⁴ STSJ Madrid 21-3-1996 (AS 545).

⁵⁵ STS 28-1-1994 (RJ 389J).

⁵⁶ Art. 9 a) apartados 3, 4, 5 y 6 RIRPF.

obtendrían por trabajar en España respecto de sueldos, jornales, antigüedad, pagas extraordinarias, incluida la de beneficios, ayuda familiar y cualquier otro concepto⁵⁷.

En el caso de trabajadores sujetos a las relaciones laborales especiales de carácter dependiente quedan excluidos de la base de cotización los gastos de manutención, abonados o compensados por las empresas como consecuencia de desplazamientos realizados fuera del centro habitual de trabajo, para llevarlo a cabo en diferente municipio, independientemente de que se satisfagan directamente por el empresario o si se resarce de ellos el trabajador, con el límite indicado en el referido art. 9. B) b) del RIRPF⁵⁸.

c) *Indemnizaciones por fallecimiento, traslados, suspensiones, despidos y ceses*

El art. 26.2 ET excluye de la consideración de salario las cantidades que reciba el trabajador en concepto de «indemnizaciones por traslados, suspensiones o despidos». El objetivo principal que se persigue con su pago es la compensación o reparación de un daño o situación perjudicial o desfavorable para el trabajador que se puede producir a lo largo de la vida de su relación laboral y que se pretende resarcir a través del abono de la indemnización económica que proceda. Dicha compensación económica o indemnización puede surgir con motivo de un cambio del lugar de trabajo que implica un cambio de residencia (art. 40 ET); con ocasión de una suspensión del contrato de trabajo que conduce a un cese temporal de las prestaciones básicas que encierra el contrato de trabajo (art. 45 ET) o, bien cuando se produce la pérdida definitiva del puesto de trabajo por medio de despido (arts. 49.1.i y 54 ET). Por otro lado y en relación al despido debe tenerse en cuenta que durante la tramitación del proceso que resuelve la impugnación de un despido, se puede devengar, no solamente la indemnización que legalmente corresponde, sino los llamados salarios de tramitación, que corresponden a un período en el que el trabajador no presta sus servicios para la empresa, asimilándose por lo general por la doctrina judicial una compensación indemnizatoria complementaria que quedará excluida de la noción salarial. Estos salarios sólo corresponden en los despidos nulos y en los despidos improcedentes cuando el empresario opta por la readmisión o cuando el derecho de opción corresponde a los representantes de los trabajadores o delegados sindicales y, en este caso, cualquiera que sea el sentido de la opción (art. 56.2 ET).

Estas indemnizaciones quedan exentas en los siguientes términos⁵⁹:

⁵⁷ Art. 9 a) apartado 3º b) 4º del RIRPF.

⁵⁸ Art. 23.2 A).a) RCL.

⁵⁹ Art. 109 2. c) LGSS.

El art. 7 letra e) de la LRIF dispone que: «e) Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, 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.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en los supuestos de despidos colectivos realizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o producidos por las causas previstas en la letra c) del artículo 52 del citado Estatuto, 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 mencionado Estatuto para el despido improcedente.

El importe de la indemnización exenta a que se refiere esta letra tendrá como límite la cantidad de 180.000 euros.»

-Las indemnizaciones por fallecimiento, traslados y suspensiones del contrato hasta la cuantía máxima prevista en norma sectorial o convenio colectivo aplicable. El exceso se incluirá en la base de cotización prorrateándose a lo largo de los doce meses anteriores al mismo.

-Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, hasta la cuantía establecida con carácter obligatorio en el ET, en sus normas de desarrollo o en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias. No está comprendida en esta exclusión la cuantía establecida en convenio, pacto o contrato que supere la cuantía legalmente establecida.

Si se extingue el contrato con anterioridad al acto de conciliación, sólo quedará exenta la indemnización que no exceda de la que hubiera correspondido de haberse declarado el despido improcedente, siempre que no se trate de extinciones de mutuo acuerdo acordadas en el marco de planes por sistemas colectivos de bajas incentivadas.

-Las indemnizaciones por despido colectivo o por fuerza mayor (art. 51 ET) o por extinción objetiva del contrato de trabajo por causas económicas, organizativas, productivas o técnicas (art. 52 c) ET), quedará exenta la parte que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio para el despido improcedente.

Cuando se superen estos límites el exceso a incluir en la base de cotización se prorrateará a lo largo de los doce meses anteriores a aquel en que se produzca la circunstancia que lo motive.

-Prestaciones de seguridad social y mejoras voluntarias por incapacidad temporal

Se excluyen las prestaciones del sistema de seguridad social en todo caso⁶⁰. Téngase en cuenta que las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social no tienen carácter salarial (art. 26.2 ET), entre otras razones porque: a) su abono tiene su causa en que se ha actualizado una determinada contingencia cubierta por la Seguridad Social, no la prestación de un servicio; b) porque no es el empresario el que las abona (aunque en algunas tenga una responsabilidad colaborando obligatoriamente en su gestión); etc. Respecto a las mejoras voluntarias sólo quedan excluidas las relativa a la incapacidad temporal concedidas por las empresas (art. 23.2 C RCL)⁶¹. Las mejoras voluntarias a las que se refiere la exclusión son las denominadas mejoras directas de las prestaciones consistentes en determinadas cantidades dinerarias que completan la prestación básica que dispensa el sistema. La tipología suele ser muy variada y puede venir referida a cantidades a tanto alzado por ejemplo en casos de muerte del trabajador, complementos al subsidio de incapacidad temporal a cargo bien de la entidad gestora o colaboradora (en algunos convenios se les denomina plus de enfermedad,) etc. El cambio con respecto al régimen de su cotización anterior a la reforma de 2013 es sustancial, pues la exclusión afectaba en aquellos momentos a las mejoras en general, comprendiendo las aportaciones efectuadas por los empresarios a

⁶⁰ Ver art. 38 LGSS. Cosa distinta es que durante el percibo de determinadas prestaciones económicas permanezca la obligación de cotizar, caso de los subsidios de incapacidad temporal, maternidad, etc.

⁶¹ Ver art. 39 LGSS y Orden de 28 de diciembre de 1966.

los planes de pensiones y a los sistemas de previsión social complementaria de sus trabajadores a que se refieren los arts. 192 y 193 LGSS⁶².

-Asignaciones concedidas por las empresas destinadas a satisfacer gastos de estudios dirigidos a la actualización, capacitación o reciclaje del personal a su servicio, siempre que tales estudios vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo. El cambio con respecto a la situación anterior también es importante. Con anterioridad a la reforma de 2013 también se excluían parcialmente estas asignaciones que eran consideradas asistenciales⁶³.

⁶² En las condiciones que fijaba el anterior art. 23.2 F, a) del RCL. Quedaban fuera las ayudas y otras cantidades dinerarias por gastos sanitarios entregadas por las empresas a sus trabajadores o asimilados tanto complementarían o no las prestaciones contributivas o no contributivas que percibiesen.

V. también la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 30-4-1998, que disponía que las aportaciones efectuadas por los empresarios a Planes de Pensiones, así como a sistemas de previsión social complementaria a favor de sus trabajadores, estaban excluidas de la base de cotización a la Seguridad Social siempre que el beneficio obtenido por el interesado suponga un complemento de la percepción que le otorga el Sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, es decir, siempre que impliquen únicamente un plus de percepción sobre las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva.

⁶³ El anterior art. 23.2 F, b) del RCL declaraba exentas las cantidades destinadas a satisfacer gastos de estudios del trabajador o asimilado dispuestos u organizados por instituciones, empresarios o empleadores y financiados directamente por ellos para la capacitación o reciclaje de su personal, cuando vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características del puesto de trabajo. En caso contrario se consideraban retribuciones en especie. La exclusión también podía alcanzar a los gastos de manutención, estancia y locomoción que hubieren sido precisos para ello.

Recuérdese que dentro de este precepto también se comprendían como asignaciones asistenciales parcialmente excluidas de la cotización las siguientes percepciones: a) la entrega a los trabajadores en activo, de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades, en la parte que no exceda, para el conjunto de las entregadas al trabajador, de 12.000 € anuales; b) las entregas de productos a precios rebajados que se realicen en cantinas o comedores de empresa o economatos de carácter social, teniendo dicha consideración las fórmulas directas o indirectas de prestación del servicio, admitidas por la legislación laboral, en las que concurren los requisitos exigidos en la normativa tributaria; c) la utilización de los bienes destinados a los servicios sociales y culturales de los empleados, tales como el uso de los espacios y locales destinados por los empresarios a prestar el servicio de primer ciclo de educación infantil de los hijos de sus trabajadores, así como la contratación de dicho servicio con terceros debidamente autorizados; d) las primas o cuotas satisfechas por el empresario en virtud de un contrato de seguro o de accidente laboral, enfermedad profesional o de responsabilidad civil del trabajador, así como, con los límites establecidos en el art. 42.2 f) de la LIRPF, las primas o cuotas que satisfaga el empresario para la cobertura de enfermedad común de los trabajadores; la prestación del servicio de educación preescolar, infantil, primaria, secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional por centros educativos autorizados a favor de los hijos de sus trabajadores, con carácter gratuito o por precio inferior al normal del mercado; y e) aquellas otras asignaciones que expresamente se establezcan por Ley o en ejecución de ella.

CUADRO RESUMEN							
CONCEPTO		LABORAL		SEGURIDAD SOCIAL		FISCALIDAD	
		Salarial	Extra-salarial	Incluido en la BC	Excluido de la BC	Exento	Computable
Gastos de locomoción		—	SI	—	Con factura el gasto total	Con factura el gasto total	—
				El exceso	Sin justificación: 0,19 €/Km	Sin justificación: 0,19 €/Km	El exceso
Dietas	Estancia	—	SI	—	Importe justificado	Importe justificado	El exceso
	Manutención	Pernocta	—	SI	El exceso	España: 53,34€/día Extranjero: 91,34€/ día	
			—	SI	El exceso	España: 26,67€/día Extranjero: 48,08€/día Personal de vuelo: -España: 36,06€/día -Extranjero: 48,08€/día	
	No pernocta	—	SI	El exceso	España: 26,67€/día Extranjero: 48,08€/día Personal de vuelo: -España: 36,06€/día -Extranjero: 48,08€/día		
Prestaciones de Seguridad Social		—	SI	NO	SI. CUANTIA LEGAL	Prestaciones sanitarias	SI
Mejoras en las prestaciones de la Seguridad Social (incluidas aportaciones a planes de pensiones y otros sistemas alternativos)		—	SI	SI	Mejora de IT	—	SI
Indemnizaciones por fallecimiento, traslados y suspensiones		—	SI	El exceso	Hasta la cuantía máxima prevista en la norma sectorial o convenio aplicable	SI	—
Indemnizaciones por despido		—	SI	El exceso	En la cuantía establecida en el ET o la que se determine en sentencia	SI	El exceso de 180.000€
Gastos de estudios del trabajador o asimilado		—	SI	—	Importe íntegro	SI	—

5. LAS PERCEPCIONES EXTRASALARIALES Y SU COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

En el apartado anterior se han analizado distintas percepciones económicas que o no entran a formar parte de la base de cotización o bien solo en la medida de que superen determinada cuantía, por su carácter extra salarial. Conviene no obstante reseñar que además de tales percepciones hay otras también de carácter extra salarial sobre las que podían plantearse dudas acerca de su integración o cómputo en la base de cotización a la Seguridad Social.

El art. 26.2 del ET dispone que no tendrán la consideración de salario:

-Las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral.

-Las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social.

-Las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos».

La razón de la exclusión –como ya se dijo anteriormente– está en que tales percepciones no son obedecen a la contraprestación por el trabajo realizado. Es decir se abonan con ocasión del trabajo pero su causa no es la prestación de los servicios realizados, sino que obedece a otra finalidad como: a) en el caso de las indemnizaciones buscan compensar los gastos que al trabajador le han supuesto desempeñar su prestación de servicios; b) las prestaciones de la seguridad social buscan reparar o compensar las situaciones de necesidad provocadas por la actualización de los riesgos protegidos por el Sistema de Seguridad Social; y c) en lo concerniente a las indemnizaciones por traslados, suspensiones y despidos, su finalidad es resarcir el perjuicio sufrido por el trabajador ante un

cambio geográfico, la pérdida temporal de empleo y consiguiente retribución o bien extinción de la relación laboral y consiguiente pérdida de la retribución que le acompañaba.

Por otro lado tampoco debe olvidarse que resulta indiferente la calificación jurídica que se haya otorgado a las distintas percepciones económicas, ya sea por la negociación colectiva, o por la autonomía individual, si su auténtica naturaleza no responde a la denominación atribuida por las partes. La cuestión de si una concreta percepción económica es o no extra salarial o no depende, no de la denominación formal que se le atribuya, sino de su verdadera y real naturaleza⁶⁴.

El criterio asumido por la doctrina judicial es que todas las percepciones que pueda recibir un trabajador son en principio salariales salvo que se demuestre lo contrario. De tal manera que quien niegue el carácter salarial de una cantidad abonada al trabajador corre con la carga de la prueba, debiendo demostrar que la causa de su pago no corresponde a la contraprestación del trabajo realizado⁶⁵.

La trascendencia práctica de calificar una determinada percepción como salarial o no es obvia, por ejemplo: cálculo de salario en vacaciones (art. 38.1 ET); en tiempos de inactividad (art. 30 ET); o en caso de movilidad funcional (art. 39.3 ET; cálculo de los salarios de tramitación y indemnizaciones en caso de despido o extinción del contrato de trabajo (art. 56 ET); aplicación de las reglas sobre responsabilidad solidaria o subsidiaria en las situaciones de contrata (art. 42.2 ET), cesión a través de empresas de trabajo temporal (art. 16.3 [RCL 1994, 1555] LETT); aplicación de las reglas sobre inembargabilidad o sobre privilegios del crédito laboral, señaladamente; aplicación de los instrumentos de protección o garantía del salario a cargo Fondo de Garantía Salarial, que se contraen a la deuda estrictamente salarial debida (art. 33.1 ET); y lo mismo sucede con la protección de los créditos salariales, salvo –la indemnización legal por despido– (art. 32 ET). Pero también lo tiene en el ámbito de la Seguridad Social que es el que aquí nos ocupa.

Aquí trataré de aquellas percepciones extra salariales no analizadas en el apartado anterior como:

⁶⁴ Ver STS 9-2-1987 (RJ 800), que considera que la distinción entre salario y percepciones no salariales debe manifestarse que se trata de una diferenciación de carácter no nominalista, es decir, que la determinación de si una retribución debe ser considerada salario o no dependerá, no de la denominación que se le dé, sino de su auténtica naturaleza, tal y como reiteradamente ha sido interpretado por la jurisprudencia, existiendo en todo caso una vis atractiva del salario, de tal manera que se continuará presumiendo el carácter salarial de todo lo pagado al trabajador, sin perjuicio de que se pruebe lo contrario, tal y como igualmente han venido entendiendo las resoluciones judiciales. Es decir que la calificación que las partes otorguen a las cláusulas del convenio no vincula a los tribunales para examinar la naturaleza jurídica verdadera de su contenido, pues las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son y los convenios están sometidos al imperio de la ley, STS 19-6-1995 (RJ 5204).

⁶⁵ Ver STSJ Asturias 20-9-2013 (AS 2775), STSJ Cataluña 20-10-1999 (AS 3485) que señalan que debe partirse de la presunción general contenida en el art. 26.1 del ET, según la cual se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas que la empresa abona al trabajador, lo que supone que corresponde al empresario acreditar que las sumas supuestamente pagadas en concepto de dietas e indemnizaciones obedecen realmente a suplidos devengados por gastos realizados como consecuencia del trabajo que no tiene naturaleza salarial, lo que desplaza a la empresa la carga de acreditar que tales sumas de dinero correspondían realmente a gastos de dietas y transporte.

A) Pluses indemnizatorios o suplidos

Dentro de este primer grupo de percepciones extra salariales, se incluye cualquier partida económica que tenga como finalidad principal compensar al trabajador por los gastos que realiza a consecuencia de su actividad laboral; de este modo, con su abono el asalariado no obtiene ninguna ganancia o enriquecimiento en su patrimonio personal, sino que simplemente se resarce de un gasto ocasionado por el trabajo desempeñado⁶⁶. Entre ellas podemos considerar el denominado plus de quebranto de moneda. Este plus trata de compensar el riesgo que pueden tener los empleados que desempeñan funciones de pagos y cobros por los desajustes involuntarios de caja que pudieran sufrir⁶⁷. Pues bien, pese a su naturaleza extra salarial, queda dentro de la base de cotización a la seguridad social.

B) Plus de desgaste de útiles y herramientas

Su finalidad es la compensación de los gastos que soporta el trabajador cuando él mismo tiene que proporcionarse los instrumentos o medios de trabajo necesarios para desempeñar la actividad laboral. Normalmente, se prevé su abono por el desgaste del propio instrumental o por el gasto realizado por el trabajador, previa justificación del desembolso. Si bien tienen carácter extra salarial quedan dentro de la base de cotización a la seguridad social

C) Plus de vestuario

Se trata de la entrega de la ropa de trabajo o de su equivalente en dinero, cuando por lo común sea preceptivo llevar uniforme de trabajo o resulte conveniente la prestación laboral bajo una determinada indumentaria, incluyendo, normalmente, los gastos de mantenimiento y reparación del propio vestuario⁶⁸. Realmente este plus no reporta una ventaja patrimonial para el trabajador, sino que será destinado a cubrir los desembolsos necesarios para mantener en las condiciones adecuadas, la ropa de trabajo⁶⁹. También estos pluses extra salariales quedan incluidos en la base de cotización.

D) Plus de distancia o de transporte

La razón de este plus es la lejanía del centro de trabajo del núcleo de población de residencia de los trabajadores, cuando el recorrido de ida y vuelta al trabajo no se realiza en un medio de transporte facilitado por la empresa. Dicho plus representa una indemnización a favor del trabajador por el mayor tiempo invertido por éste para incorporarse diariamente a su puesto de trabajo, así como por las necesidades de mantenimiento y reparación del vehículo utilizado para acceder al centro de trabajo. Son presupuestos que generalmente concurren en el abono de este plus: que el centro de trabajo se encuentre localizado geográficamente fuera del casco urbano y que la empresa no ponga a disposición del trabajador un medio de transporte⁷⁰. En algunas ocasiones las empresas dadas la dificultad de

⁶⁶ Aunque derogada formalmente en 1994, nos puede seguir siendo de referencia útil la OM de 22-11-1973.

⁶⁷ V. STS 4-11-201994 RJ 8591.

⁶⁸ V. STCT 29-3-1989 (RTCT 154), STSJ Cataluña 23-12-2012 (AS 1317), TSJ Castilla y León 30-11-2011 (AS 2608).

⁶⁹ Ver STS 16-4-2010 (RJ 2855)

⁷⁰ Ver STSJ C. Valenciana 15-2-2010 (AS 1990)

su gestión acuerdan una cantidad fija por día trabajado, lo que supone en algunas ocasiones que sea objeto de controversia si mantiene o no su carácter extra salarial⁷¹. No pueden sentarse reglas generales acerca de cuándo el plus mantiene o pierde su condición de extra salarial sino que hay que hacer un análisis individualizado de cada caso. Con independencia de su carácter salarial o extra salarial son computables dentro de la base de cotización

E) Ayudas para el ocio de sus trabajadores y sus familiares

Las prestaciones que se pueden incluir entre estas ventajas o beneficios sociales son de muy distinta naturaleza; desde la entrega directa de cantidades en metálico, al modo de una gratificación, durante el período vacacional, hasta prestaciones en especie como viajes gratuitos o a precios reducidos, pasando por la posibilidad de utilizar temporalmente residencias de descanso o colonias veraniegas y por el uso gratuito o a un precio reducido de centros deportivos o recreativos para los trabajadores y sus familiares. Pese a su carácter extra salarial se integran también en la base de cotización.

F) Ayudas familiares

Se trata de cantidades dinerarias entregadas por la empresa a los asalariados, normalmente fruto de la negociación colectiva, en función de la situación familiar del trabajador, con la finalidad de sufragar o compensar, de algún modo, los gastos que se generan con el aumento de los miembros de la unidad familiar que no aportan ingresos a la misma.

Unas veces consisten en ayudas por el nacimiento de hijos; otras veces se establecen en atención a los familiares que convivan y estén a cargo del trabajador: en fin algunos convenios también prevén ayudas para los trabajadores con hijos minusválidos o disminuidos psíquicos.

Otra modalidad de ayuda familiar relativamente frecuente es la ayuda por defunción del trabajador que se concede al cónyuge o pareja de hecho, hijos o herederos, como compensación económica por su pérdida.

Todas estas prestaciones económicas se aproximan mucho a las prestaciones familiares otorgadas por la Seguridad Social, lo que justifica su exclusión del concepto de salario del art. 26.2 ET, si bien no de su cómputo en la base de cotización.

G) Otras liberalidades empresariales

Son múltiples las que podrían reseñarse como: las cestas o lotes de navidad⁷², entrega de décimos de navidad⁷³, regalos de reyes⁷⁴, ..., etc. Percepciones que no tiene carácter salarial pero que tras la reforma quedarían sujetas a cotización.

⁷¹ V. STS 17-1-2013 (RJ 2398).

⁷² Ver STS. 18-1-1996 (RJ 3249), TSJ Madrid 23-1-2012 (AS 178).

⁷³ Ver STSJ Cataluña 20-11-2009 (AS 39).

⁷⁴ Ver STSJ Madrid 10-6-1994 (AS 2719).

Prestaciones familiares

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE LEÓN

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE LEÓN

Resumen

El presente estudio analiza las prestaciones familiares comprendidas en el Sistema español de Seguridad Social, no sólo aquellas reguladas por el Capítulo IX del Título II de la Ley General de Seguridad Social, sino también cuantas aparecen dispersas a lo largo del ordenamiento jurídico, todo ello sin perder de vista, por un lado, las transformaciones demográficas registradas en las últimas décadas, acompañadas de un importante descenso de la natalidad y un marcado envejecimiento de la población, y, por otro, el profundo cambio surgido en las formas de convivencia, capaces de plantear nuevas demandas no siempre satisfactoriamente atendidas.

Abstract

This research analyses the family benefits in the Spanish Social Security System, in one hand, these benefits regulated by the Chapter IX, Title II Social Security Law, in the other hand, those benefits which are dispersed in the Spanish legal system; in addition, first, the demographic changes that have happened in recent decades, accompanied by a significant decrease in birth rates and the ageing of the population, and, secondly, the deep change emerged in the forms of family life, able to show new demands not always well satisfied.

Palabras clave

Prestaciones no contributivas; familia; igualdad; hijo a cargo; discapacidad; natalidad

Keywords

Non-contributory benefits; family; equality; dependent child; disability; birthrate

1. POLÍTICAS DE IGUALDAD Y PRESTACIONES FAMILIARES

No es baladí recordar que, según la Declaración Universal de Derechos Humanos, la familia es el “elemento natural, universal y fundamental” de la sociedad, merecedor de la máxima atención por los Estados, en cuanto pilar inviolable de la persona. Es más, el férreo compromiso de dotación de una eficiente red de ayudas y recursos públicos dedicados a la protección de la institución familiar debería constituir la vara de medir la madurez de cualquier Gobierno avanzado.

Ahora bien, las prestaciones familiares en el sistema Seguridad Social español han acabado por dibujar una imagen “dickensiana”. Consideradas como conexión directa con las obligaciones impuestas por el art. 39.1 y 3 CE en su doble faz: a los poderes públicos (“los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”) y a los padres (“los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”) han resultado ser los “parientes pobres de la política social”, (Consejo de Europa *dixit*), viéndose desdibujadas en su finalidad, dispersas en su regulación, obsoletas en sus sucesivas modificaciones, insuficientes en su contenido y más “locales” que universales.

Aun cuando la cláusula 5.5 de la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, destaca la “la importancia de la continuidad de los derechos a las prestaciones de seguridad social para los diferentes riesgos”, lo cierto es que la dedicación al cuidado familiar suele tener un coste en términos de tiempo que puede llegar a anular la disponibilidad para el trabajo, limitarla (a través de reducciones de jornada), circunstancia que recae mayoritariamente sobre las mujeres¹, y en todo caso supone un incremento de gastos en la unidad familiar. En este sentido, han sido numerosas las medidas arbitradas por el ordenamiento jurídico y no sólo a nivel normativo sino también jurisprudencial para, por un lado, fomentar la contratación de mujeres, especialmente a través de bonificaciones a la seguridad social, y por otro lado, para evitar que la atención y cuidado de los hijos y familiares –función que tradicionalmente han asumido las féminas– tenga como efecto la retirada de la mujer del mercado de trabajo y consiguiente interrupción de su carrera de seguro².

Ciertamente, el actual elenco de prestaciones familiares reconocido por el Sistema de Seguridad Social español no agota la obligación constitucional impuesta de proteger y promover la familia, ni tampoco la vocación de universalidad con la que parecieron concebirse. Por ello, cabe apuntar e imitar otras³, como la prestación por crianza de hijos alemana (destinada a los padres, madres o parientes que no trabajen o trabajen a tiempo parcial, hasta 30 horas a la semana y que cuiden personalmente de un hijo durante sus primeros 14 meses de edad en su hogar), francesa, belga, sueca u holandesa o la prestación por adopción de hijos extranjeros en Suecia.

2. PRESTACIONES FAMILIARES CONTRIBUTIVAS

El art. 180 LGSS diseña una prestación contributiva “en especie”⁴, a modo de ficción (útil y “barata” a corto plazo⁵), “prestación económica diferida”⁶ o “paraguas protector”⁷

¹ DESDENTADO BONETE, A.: “Mujer y trabajo. Contrato a tiempo parcial, reducciones de jornada, suspensiones y excedencias. Puntos críticos en materia de Seguridad Social”, VV.AA.: *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), Madrid, La Ley, 2010, pág. 172.

² VICENTE PALACIO, A.: “En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social”, *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012, págs. 220 y 222.

³ Siguiendo en esta enumeración a TRILLO GARCÍA, A. Y GARCÍA PEREA, P.: “Prestaciones familiares en Derecho Comparado y coordinación de prestaciones familiares no contributivas en los Reglamentos 883/2004 y 987/2009”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32, 2012.

⁴ MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: “El nuevo marco jurídico de las prestaciones familiares en el Régimen General de la Seguridad Social”, *TS*, núm. 191, 2006, pág. 38.

⁵ “Pues se trata de un derecho que tiene un plazo de efectividad diferido e incluso, en algunos casos puede que no llegue a tener efectividad como es el caso de carreras contributivas insuficientes para causar derecho a prestaciones incluso con las cotizaciones ficticias o los supuestos de carreras de seguros a las que nada añaden dichas ficciones”, VICENTE PALACIO, A.: “En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social”, cit., pág. 223.

⁶ ROQUETA BUJ, R. Y BLASCO PELLICER, A.: “Las modificaciones de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres en materia de Seguridad Social”, VV.AA.: *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, SALA FRANCO, T. (Dir.) Madrid, La Ley, 2008, pág. 526.

⁷ GARCÍA MURCIA, J. Y CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares por hijo a cargo”, VV.AA.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y MORENO VIDA, M.N. (Dir.), Granada, Comares, 1999, pág. 1639.

(frente a regulaciones pretéritas que incorporaban también una prestación contributiva de carácter económico), que considera como espacio cotizado a tiempo completo ciertos períodos de disfrute de excedencia y reducciones de jornada, y acaba por generar dudas en torno a su consideración efectiva como tal, habida cuenta el carácter y finalidad clásicos de las mismas como rentas sustitutivas del salario frente a una situación de necesidad⁸.

Esta prestación, si bien diseñada para todos aquellos incluidos en el Régimen General, de conformidad con la disposición adicional 8ª LGSS, se extiende, como el resto de “las normas sobre las prestaciones familiares contenidas en el Capítulo IX del Título II”, a todos los regímenes especiales. Esta incorporación genérica no supone discordancia alguna para aquellas asistenciales, pero distorsiona su aplicación para cuantos trabajadores presten servicios por cuenta propia o bien no presten servicios.

En el primer caso, por su propia configuración, difícilmente los trabajadores autónomos, incluidos en el RETA o en el RETM, podrán activar el hecho causante, esto es, solicitar la excedencia por cuidado de hijos o familiares y la reducción de jornada en los casos protegidos. De hecho, el art. 26 Ley 20/2007, al enumerar la acción protectora de los autónomos, sólo menciona las prestaciones familiares por hijo a cargo, si bien nada impide el pacto entre el cliente y el autónomo económicamente dependiente a estos efectos, según el art. 16 del mismo texto legal. En todo caso, tienen derecho a hacer valer esa ficción cuando soliciten una prestación dentro de estos Regímenes Especiales, aunque disfrutada (y lucrada) como trabajador por cuenta ajena⁹. En cuanto hace a las reducciones de jornada, en la medida en que el trabajo autónomo no está jurídicamente sujeto a objetivas limitaciones de jornada, ni tampoco resulta a día de hoy posible la cotización a tiempo parcial con carácter general (a salvo aquél que también preste servicios por cuenta ajena por la vía de reducciones a la cuota), sumado a la voluntariedad en la elección de la base en este Régimen, deja falto de contenido esta segunda modalidad prestacional.

En el segundo, para acceder a esta prestación, es necesario que el trabajador esté prestando servicios, excluidos, por su propia definición, los pensionistas, quienes no podrán disfrutar del derecho sustantivo del que trae origen (la excedencia o la reducción de jornada). Pero cumplida la primera condición, no cabe negar estos derechos de conciliación (excedencia y reducción de jornada) a ninguna relación laboral especial ni tampoco en el supuesto de contratación por tiempo determinado (ni concederla con distinto tramo temporal en función de la temporalidad¹⁰); si bien, en este último supuesto no varía su naturaleza temporal, de suerte que finalizaría por las mismas causas tanto si el trabajador se halla en plena prestación de servicios, como si está en excedencia¹¹. A la hora de la verdad, difícilmente van a poder ser ejercitados por unos empleados temerosos de perder su puesto

⁸ MORGADO PANADERO, P.: “Las prestaciones familiares como reflejo del art. 41 CE: un sistema multiforme de protección”, AS, núm. 10, 2010 (BIB 2010\1905).

⁹ BARRIOS BAUDOR, G. y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Prestaciones familiares*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, pág. 170.

¹⁰ SSTSJ Comunidad Valenciana 25 noviembre 1997 (AS 4030), Castilla-La Mancha 23 noviembre 1999 (AS 4023) y Comunidad Valenciana 14 septiembre 2005 (Jur. 3718/2006), esta última referida a la excedencia por cuidado de hijos y a la reducción de jornada.

¹¹ STSJ Cataluña 11 noviembre 1999 (AS 4797).

de trabajo a término, y que, por el propio plazo signado, carecerán en la mayor parte de las ocasiones del derecho a volver a su puesto.

Sentado el supuesto de hecho y como consecuencia lógica, es necesario que el trabajador que ejercita estos derechos de conciliación a los que va a anudada la prestación, se encuentre prestando servicios y por tanto afiliado y en alta¹², salvo supuestos de incumplimiento empresarial en los que regiría el principio de automaticidad¹³, con las dificultades en este caso, para acreditar el ejercicio de estas concretas facultades.

De no producirse una laguna en la carrera de seguro del trabajador (por prestar servicios durante la excedencia por cuenta ajena o propia), no procede el reconocimiento de la prestación¹⁴ (a salvo las consecuencias que tal comportamiento puede conllevar en el plano de Derecho Individual). No obstante la afirmación anterior, el trabajador en excedencia y con cotización efectiva se vería perjudicado y en peor condición que quien no disfrutara de la excedencia por prestar servicios en otra empresa si la retribución que recibe en este caso fuera inferior (supuesto ciertamente de laboratorio habida cuenta la posibilidad de elección del empleado a efectos de solicitar dicho período).

2.1. Prestaciones familiares vinculadas a la excedencia por cuidado de hijos y familiares

Las dos primeras modalidades de la prestación contributiva están anudadas a la excedencia:

– Los tres años de periodo de excedencia que los trabajadores disfruten, *ex art.* 46.2 ET, en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

La duración máxima de esta prestación no económica viene dada por el disfrute de la interrupción contractual a la que va anudada: tres años a contar desde el nacimiento o la resolución judicial o administrativa, sin que este período pueda ampliarse por cambio del beneficiario¹⁵.

Largamente solicitada, la ampliación del plazo cotizado a estos efectos desde un año¹⁶ a la totalidad del disfrute máximo (tres), merced al art. 9 Ley 27/2011, debería haber sido

¹² GÁRATE CASTRO, J.: “Comentarios al régimen vigente de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo”, *DL*, núm. 34, 1991, pág. 131.

¹³ TORTUERO PLAZA, J.L.: “Excedencia por cuidado de hijos: técnica *versus* institución jurídica”, en VV.AA.: *La suspensión del contrato*, Madrid, CDJ, 1994, pág. 277.

¹⁴ BARRIOS BAUDOR, G. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Prestaciones familiares*, cit., pág. 175.

¹⁵ BARRIOS BAUDOR, G. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Prestaciones familiares*, cit., pág. 177.

¹⁶ PANIZO ROBLES, J.A.: “La Seguridad Social en el inicio del año 2004 (Comentario a las novedades en materia de Seguridad Social contenidas en las Leyes de Presupuesto y Acompañamiento para 2004, así como en la Ley de Disposiciones Específicas en Materia de Seguridad Social)”, *RTSS (CEF)*, núm. 251, 2004, pág. 96; RODRÍGUEZ

aprovechada por el legislador para haber adecuado el reglamento de desarrollo a la actual regulación (demanda que se reproducirá a lo largo de las páginas siguientes respecto al resto de prestaciones). Así, todavía permanece la mención al año de excedencia por cuidado de hijos y la ampliación de su duración a 15 o a 18 meses cuando la unidad familiar de la que forme parte el solicitante tenga la consideración de familia numerosa de categoría general o categoría especial, respectivamente, derogados tácitamente por el superior plazo legal.

– El primer año del período de excedencia que los trabajadores disfruten en razón del cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (incluido el cónyuge y, con más dudas, la pareja de hecho¹⁷), que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida, tendrá también la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

No hubiera estado de más, sin embargo, haber extendido la consideración como período de ocupación cotizada en este caso al disfrute íntegro de la excedencia¹⁸. “Lógicamente el trabajador tendrá más dudas a la hora de utilizar el período de excedencia que supere el año si no se va a ver recompensado con el reconocimiento de cotización por el lapso temporal disfrutado, sobre todo teniendo en cuenta que es la única ‘recompensa’ económica que de esta situación puede derivarse, al haber perdido el derecho al salario con la excedencia”¹⁹.

La norma sustantiva establece la posibilidad, en manos del empresario, de limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa cuando dos o más trabajadores generasen este derecho por el mismo sujeto causante. En tal circunstancia, la prestación analizada quedaría limitada al período efectivo de disfrute del derecho al que va anudada, pero nada parece impedir el derecho de dos beneficiarios (siempre y cuando presten servicios en unidades productivas distintas o nada objete su empleador) a la excedencia por el mismo causante y lucrar ambos sendas prestaciones contributivas por dicha causa²⁰.

La finalidad de esta prestación es evitar las lagunas de cotización provocadas por el ejercicio de los derechos vinculados a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal y supone trasladar la “garantía de indemnidad” prevista en la norma sustantiva al plano protector.

ESCANCIANO, S.: “La excedencia por razones familiares: una realidad jurídica necesitada de mayor protección social”, *AFDUDC*, núm. 11, 2007, pág. 876 y ROALES PANIAGUA, E.: “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32, 2012, pág. 8.

¹⁷ ROALES PANIAGUA, E.: “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, cit., pág. 6.

¹⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La excedencia por razones familiares: una realidad jurídica necesitada de mayor protección social”, cit., pág. 876 y ROALES PANIAGUA, E.: “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, cit., pág. 8.

¹⁹ MORGADO PANADERO, P.: “Las prestaciones familiares como reflejo del art. 41 CE: un sistema multiforme de protección”, cit.

²⁰ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *Las prestaciones familiares de Seguridad Social en el ordenamiento jurídico español y comunitario*, Murcia, Laborum, 2005, pág. 46. En contra, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo, 2007, pág. 25.

En orden al reconocimiento del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, el período considerado como de cotización efectiva surtirá efectos tanto para la cobertura del período mínimo de cotización como para la determinación de la base reguladora y del porcentaje aplicable —en ejemplo señero, en aras a determinar la prestación por jubilación— para el cálculo de la cuantía de aquéllas, y se considerará a los beneficiarios en situación de alta, durante dicho período (art. 6 RD 1335/2005).

A los solos efectos de computar este tiempo ficticio, se toma como referencia, de conformidad con el art. 7 RD 1335/2005, el promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del período de excedencia. Si careciera de dicho tramo temporal, se computará el promedio de las bases de cotización correspondientes al período inmediatamente anterior al inicio de la excedencia que resulten acreditadas.

Las prestaciones que lucrará el período en excedencia no son todas las contempladas en la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, sino sólo la jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (de nuevo olvidada en su enumeración por el art. 6 RD 1335/2005), es decir, aquellas que requieren períodos de cotización relativamente amplios y las dos últimas, vinculadas al nacimiento y la adopción, justificadas por los bajísimos índices de natalidad en España²¹. De igual modo, durante el período indicado, los beneficiarios mantendrán el derecho a la prestación de asistencia sanitaria. Cabe criticar la ausencia de otras prestaciones que exigen acreditar un determinado período cotizado, como la incapacidad temporal²² o el desempleo²³, no así aquéllas que no imponen dicho requisito, como el riesgo durante el embarazo o la lactancia, donde no resulta necesario.

La dinámica y gestión de esta prestación deviene sencilla. No resulta precisó una solicitud previa a la entidad gestora para su reconocimiento, bastará su alegación cuando proceda lucrar alguna de las prestaciones enumeradas²⁴. Para ello, y con carácter previo, el empresario deberá comunicar a la Tesorería, en el plazo de 15 días, a partir de que se produzca, el inicio y la finalización por sus trabajadores de los períodos de excedencia comprendidos en el ámbito protector de esta prestación (art. 8 RD 1335/2005).

El reconocimiento de esta prestación, en la práctica, es imprescriptible²⁵, y el trabajador o sus causahabientes (en el caso de muerte y supervivencia) podrán invocarla y llevar a revisar la cuantía de las prestaciones si se calcularon sin tener en cuenta dicho lapso

²¹ ROQUETA BUJ, R. Y BLASCO PELLICER, A.: “Las modificaciones de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres en materia de Seguridad Social”, cit., pág. 529.

²² CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, VV.AA.: *Ley General de Seguridad Social. Comentada y con jurisprudencia*, MARTÍN VALVERDE, A. Y GARCÍA MURCIA, J. (Dirs.), Madrid, La Ley, 2009, pág. 1310.

²³ Con la misma opinión, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 28.

²⁴ BARRIOS BAUDOR, G. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Prestaciones familiares*, cit., pág. 185.

²⁵ Aplicando el plazo general de cinco años, pero con efectos idénticos a la imprescriptibilidad, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 29.

temporal²⁶, o ante la ausencia de la referida comunicación por el empresario y la baja del sistema, acreditar su disfrute.

También incorpora la consideración del trabajador en alta a efectos de lucrar las prestaciones enumeradas durante el transcurso de los tres años en el primer supuesto y sólo del año en el segundo. La disposición adicional 4ª RD 295/2009 completa esta previsión considerando en situación asimilada a la de alta a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, salvo en lo que respecta a incapacidad temporal, maternidad y paternidad (esto es, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, jubilación, riesgo durante el embarazo y la lactancia y cuidado de menor enfermo de cáncer ante la ausencia de un elenco completo y pese a la incorporación de éstas de forma posterior al referido reglamento), el periodo de tiempo que el trabajador permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares, que exceda del periodo considerado como de cotización efectiva, bien el año siguiente concedido por el ET con carácter general, bien, frente a la falta de distinción sobre el origen de la ampliación, mejora convencional de ambas excedencias. De esta forma, la atención como situación asimilada al alta permitirá el acceso a la protección pública desde la excedencia²⁷.

2.2. Prestaciones familiares vinculadas a las reducciones de jornada

En fin, el tercer apartado del art. 180 también realiza, asimismo, varias ficciones jurídicas relacionadas con reducciones de jornada derivadas de derechos de conciliación. Estas minoraciones conllevan no sólo la merma salarial proporcional a las horas no trabajadas, sino también una rebaja de la cotización (y la carencia, en ciertos casos) en idéntico sentido, resultando afectada la carrera de seguro de quien las solicita, mayoritariamente todavía (y pese a los esfuerzos en pos de la corresponsabilidad familiar) trabajadoras.

– En primer lugar, considera las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor de doce años (art. 37.5 ET) incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

– En segundo término, entiende las cotizaciones realizadas durante el primer año del período de reducción de jornada por cuidado de persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida (art. 37.5 ET) incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

²⁶ BARRIOS BAUDOR, G. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Prestaciones familiares*, cit., pág. 186.

²⁷ MORGADO PANADERO, P.: “Las prestaciones familiares como reflejo del art. 41 CE: un sistema multiforme de protección”, cit.

En estos dos primeros casos, el legislador ha decidido limitar temporalmente –que no cuantitativamente²⁸– esta prestación a dos y un año respectivamente, frente a una duración mucho más dilatada en el tiempo del derecho del que trae causa, y pese al escaso arco porcentual que supone la ficción (entre un octavo y la mitad de la jornada). El resultado previsible (y cuestionable) pasa por limitar el derecho a reducir jornada al tiempo protegido por el Sistema de Seguridad Social u optar por la suscripción de un convenio especial con el consiguiente coste que conlleva, aun cuando el ET conceda un plazo mayor y éste fuere necesario para el trabajador, so pena de acabar perjudicando su carrera de seguro (o suscribir –permítase la reiteración– un convenio especial con el fin de completar la cotización correspondiente, sin necesidad de acreditar periodo de carencia previo en tal caso y a diferencia de la regla general).

Por ello, y como ha sucedido también con la excedencia por cuidado de hijos, cabe abogar por una ampliación del plazo en justa correlación con las facultades reconocidas en el ET, así como su extensión no sólo al cálculo de las prestaciones referidas, sino también a las de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal como se ha previsto para la reducción de jornada por cuidado de hijos enfermos de cáncer u otra enfermedad grave.

– En tercer lugar –y como ya consta–, las cotizaciones realizadas durante los periodos de la reducción de jornada por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal.

Como mínimo, en esta ocasión la prestación consiste en considerar cotizada también la mitad de la jornada hasta un máximo que la norma sustantiva no determina, su duración corre pareja con la del derecho ejercitado y el elenco de prestaciones para las cuales se utiliza la ficción es más amplio.

– En fin, el art. 180.4 incorpora una última previsión para establecer la necesaria coordinación entre varios de los derechos vinculados a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal: cuando las situaciones de excedencia hubieran estado precedidas por una reducción de jornada regulada en el art. 37.5 ET, a efectos de la consideración como cotizados de los periodos de excedencia que correspondan, las contribuciones a la Seguridad Social realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo. El precepto *supra* referido favorece (aclara, *rectius*) la concatenación de dos modalidades de prestación no económica.

La ficción en orden a las cotizaciones obliga al empresario, como en el supuesto de excedencia, a comunicar dicha circunstancia a la Tesorería en idéntico plazo que el recogido para aquél en el art. 8 RD 1335/2005 (15 días).

²⁸ DESDENTADO BONETE, A.: “Mujer y trabajo. Contrato a tiempo parcial, reducciones de jornada, suspensiones y excedencias. Puntos críticos en materia de Seguridad Social”, cit., pág. 164.

2.3. Otras prestaciones merecedoras de ser calificadas como “familiares”

No son éstas las únicas previsiones en orden a considerar cotizaciones ficticias derivadas del ejercicio de derechos de conciliación y por aplicación, a la par, del principio de no discriminación por razón de sexo. Sin embargo, como se ha apuntado a lo largo de todo el discurso, la continua modificación coyuntural de estas prestaciones sin una auténtica revisión en profundidad de las mismas conduce a una dispersión (y con ello ocultación y por ende escaso conocimiento) de otras medidas que pueden ser interpretadas en esta clave de prestación familiar contributiva.

En primer lugar, el art. 211.5 LGSS, corrigiendo los “efectos injustos”²⁹ de la jurisprudencia previa sobre la materia³⁰, introduce también una ficción para el cómputo de la base reguladora de la prestación por desempleo en los supuestos de reducción de jornada en caso de nacimiento de hijos prematuros (art. 37.4 bis ET), cuidado de hijos menores de 12 años o persona con discapacidad o por cuidado de hijo con cáncer u otra enfermedad grave (art. 37.5 ET) y la solicitada por las víctimas de violencia de género para hacer efectiva su protección (art. 37.7 ET); en tales situaciones, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial. El aparente olvido del desempleo en la enumeración de las prestaciones beneficiarias del cómputo a jornada completa queda soslayado por esta previsión introducida por la disposición adicional 18ª LO 3/2007.

En segundo término, el art. 4 Ley 4/1995 completa la previsión del art. 180 LGSS y considera en situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo, pero limitando el supuesto de hecho causante y con ello los beneficiarios. Aparentemente, sólo cabe tal consideración para quienes estén en situación de excedencia por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, dejando fuera la excedencia por cuidado de familiar, aun cuando cabe apostar por una interpretación integradora de ambos supuestos³¹. El legislador no llega a considerar dicho período como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo, sino sólo a efectos de retrotraer el período de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar, aplicando así la doctrina del paréntesis o tiempo neutro³².

En tercero, el art. 124.6 LGSS considera como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación,

²⁹ LÓPEZ-QUIÑONES GARCÍA, A.: “La modificación de las condiciones de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género: reducción o reordenación del tiempo de trabajo y movilidad geográfica o de centro de trabajo”, VV.AA.: *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, QUESADA SEGURA, R. (Dir.), Granada, Comares, 2009, pág. 208.

³⁰ SSTs 2 noviembre 2004 (RJ 2004, 7782 u 2005, 1053) y 31 enero 2006 (RJ 2006, 2850) y ATCo 30/2009, de 27 de enero. Al respecto, cabe también citar, si bien se trataba de un caso de reducción de jornada por permiso parental, la STJCE C-537/07, de 16 de julio de 2009, asunto *Gómez-Limón*.

³¹ Con idéntica opinión, ROQUETA BUJ, R. Y BLASCO PELLICER, A.: “Las modificaciones de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres en materia de Seguridad Social”, cit., pág. 529.

³² ROALES PANIAGUA, E.: “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, cit., pág. 10 y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 38.

incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad el período por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo.

La disposición adicional 44ª LGSS (introducida por la disposición adicional 18ª.23 LO 3/2007) computa –ficticiamente de nuevo–, a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, y a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, ya hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda. Dicha previsión constituye una *rara avis* dentro de las ejemplificadas, en tanto tiene alma de no contributiva (está destinada claramente a las mujeres que en el momento de tener a su/s hijo/s no se encontraban en activo) pero sólo cabe ejercitarla para lucrar una prestación contributiva (es decir, antes y/o después del nacimiento tiene que haber cotizado).

Por su parte, la disposición adicional 60ª LGSS (introducida por la Ley 27/2011) computa como período cotizado, en cualquier régimen de Seguridad Social y a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del período mínimo de carencia exigido, aquel de interrupción de la cotización, derivado de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones de desempleo producidas entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente y la finalización del sexto año posterior a dicha situación (nacimiento o adopción o acogimiento). La duración de este cómputo como periodo cotizado será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido, incrementándose anualmente (salvo para la el acceso a la jubilación, que alcanza desde su entrada en vigor los 270 días), a partir del año 2013 y hasta el año 2018, hasta alcanzar el máximo de 270 días por hijo en el año 2019, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización o a los cinco años con carácter general por cada beneficiario, límite que se aplicará también cuando esta previsión concorra con el beneficio de atribución de cotizaciones ya examinadas. El titular de esta atención es único, uno de los progenitores, pero en caso de controversia entre ellos vuelve a otorgarse este derecho a la madre.

En fin, la disposición adicional única RD 1335/2005 y el art. 21.2 y 5 LO 1/2004 introducen “una nueva contingencia del sistema de Seguridad Social”, tanto para trabajadoras por cuenta ajena como propia víctimas de violencia de género que difícilmente encaja con su consideración como prestación familiar³³.

En este sentido, el tiempo de suspensión de la trabajadora víctima de violencia de género se considerará como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social, de todas, sin especificar, y de desempleo (aclarar la norma). Expresamente, el art. 21.5 LO 1/2004 configura una situación semiequivalente (con menor duración máxima, eso sí) para cuantas autónomas estén en aquella situación (trabajadoras por cuenta

³³ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar”, *TL*, núm. 84, 2006, pág. 63.

propia víctimas de violencia de género que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral); entonces, se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social, por las cuales estuvieran cotizando³⁴, y su situación será considerada como asimilada al alta.

A estos efectos, la disposición adicional única reglamentaria se ocupa de especificar las consecuencias de dicha ficción y reproduce lo previsto para la prestación familiar durante la excedencia, si bien con una protección superior (para todas las prestaciones, se insiste): considera como cotizados para el cumplimiento del período de carencia mínima para acceder a la prestación de que se trate, así como para la determinación de la base reguladora y, en su caso, del porcentaje aplicable para el cálculo de aquélla, y se considerará a las beneficiarias en situación asimilada a la de alta y durante el referido período, las víctimas de violencia machista mantendrán el derecho a la prestación de asistencia sanitaria.

La base de cotización que se tomará en cuenta vendrá constituida por el promedio de las bases cotizadas durante los seis meses inmediatamente anteriores a la suspensión de la obligación de cotizar, como ya mencionaba la norma orgánica y si la beneficiaria no reuniera el citado período de seis meses de cotización, se tendrá en cuenta el promedio de las bases de cotización acreditadas durante el período inmediatamente anterior al inicio de la suspensión. También las empresas (o la propia autónoma, en su caso) deberán comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social, en el plazo de 15 días, contados a partir de la fecha de su producción, el inicio y la finalización de las suspensiones del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo de sus trabajadoras que hubieran tenido lugar como consecuencia de situaciones de violencia de género (o su cese en la prestación de servicios por cuenta propia por idénticas circunstancias).

3. PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS

La instauración en el Derecho positivo español de las prestaciones no contributivas a través de la Ley 26/1990 responde a la tendencia de ampliar la cobertura al mayor número de personas posibles: “la presente Ley tiene como objetivo principal el establecimiento y regulación de un nivel no contributivo de prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social, como desarrollo del principio rector contenido en el art. 41 de nuestra Constitución, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un ‘régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos’”³⁵.

Ya desde más de una década (cabe incluso extenderlo a sus comienzos), estas prestaciones familiares, en particular las consideradas como asistenciales, han sido criticadas atendiendo a su insuficiencia, casi ocupando una posición más “simbólica” que real dentro de la acción protectora de la Seguridad Social y sin una clara vocación universal³⁶.

³⁴ SERRANO ARGÜELLO, N.: “Las insuficiencias en la protección a las víctimas de violencia contra las mujeres para quienes ejercen un trabajo por cuenta propia”, VV.AA.: *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), Valladolid, Lex Nova, 2009, pág. 836.

³⁵ STS 4 octubre 2006 (RJ 2006\8162).

³⁶ PARDELL VEÀ, A.: “Arts. 180 a 189”, VV.AA.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, ALARCÓN CARACUEL, M.R. (Dir.) Cizur Menor, Aranzadi, 2003, pág. 1163.

La cuantía de las mismas no ha sido actualizada ni adecuada a los nuevos parámetros económicos ni a las necesidades clásicas que suponen uno o varios descendientes. “Si se trata de asegurar a la unidad familiar con hijos un nivel de vida y bienestar equivalente al que disfrutaría sin ellos, combatiendo su empobrecimiento mediante la compensación eficaz de las cargas económicas que supone la atención de los hijos, la realidad no responde cabalmente a ese objetivo”³⁷.

Con la regulación actual, ni siquiera el elenco analizado a continuación forma parte de la definición más clásica de prestaciones asistenciales, en tanto en alguna o a ciertos beneficiarios no se exige la acreditación de la situación de necesidad configurada como carencia de rentas, pero tampoco responden a una vocación universal a la vista de los requisitos económicos impuestos en las restantes.

También sorprende la escasa atención al cumplimiento de algún tipo de obligación de carácter social para el perceptor de estas prestaciones, en especial por cuanto atañe a aquélla de carácter periódico, a semejanza de cuanto ocurre con la renta activa de inserción o las rentas mínimas de ciudadanía autonómicas.

3.1. Asignación económica por hijo o menor acogido a cargo

3.1.1. Requisitos en orden a lucrar la prestación

La prestación no contributiva por hijo o menor acogido a cargo exige, para su percepción, acreditar los condicionantes siguientes por parte de los beneficiarios, es decir, como regla general los progenitores o acogedores del menor:

a) Residir legalmente en territorio español. Esta prestación pueden lucrarla tanto españoles como extranjeros con residencia legal³⁸, aunque no hayan prestado nunca servicios en España, habida cuenta “el art. 14 LO 4/2000 señala que los extranjeros residentes tendrán derecho, en las mismas condiciones que los españoles, a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social y a los servicios y prestaciones sociales, tanto los generales y básicos como los específicos. Y, a su vez, en el RD 1335/2005 no consta exigida el requisito de situación de alta del beneficiario de la prestación por hijo a cargo”³⁹.

Esta residencia legal, además, se predica del solicitante y del hijo a cargo [art. 10.1.b RD 1335/2005], no extendiéndola a todos los miembros de la unidad familiar, en cuyo caso, éste podría convivir, dentro de la familia, con un extranjero en situación irregular y percibir la ayuda analizada.

No se exige ningún período de estancia previo, a diferencia de cuanto ocurre con las prestaciones no contributivas por incapacidad permanente o jubilación, pero sí parece necesaria la permanencia en el territorio. No obstante, en un momento de gran movilidad

³⁷ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar”, cit., pág. 51.

³⁸ La falta de la misma determina la imposibilidad de acceder a la prestación, STSJ Navarra 16 diciembre 2010, sentencia núm. 344/2010 (JUR 2011\107126).

³⁹ STSJ Cataluña 2 octubre 2013 (JUR 2013\357169).

exterior, las ausencias puntuales o los desplazamientos al extranjero, de conformidad con el art. 28.4 RD 1335/2005, no interrumpen la residencia si son inferiores a 90 días a lo largo de cada año natural. A este respecto, cabría cuestionar la aplicación analógica de la reciente previsión contenida en el art. 212.1.g) LGSS en caso de desempleo (según su tenor, no tendrá consideración de estancia ni de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año).

En todo caso, esta exigencia de residencia del causante en España resulta matizado por lo previsto en el reglamento de desarrollo de la prestación, que amplía el ámbito geográfico a los “trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español, que se encuentren en situación asimilada a la de alta y coticen en el correspondiente régimen de Seguridad Social español”. Esta extensión del RD 1335/2005 trata de evitar el perjuicio causado al colectivo en cuestión a raíz de la supresión de la asignación económica contributiva por hijo a cargo⁴⁰, más difícilmente podrán acreditar la condición de carencia de ingresos en tal caso (salvo que de hijo con discapacidad se trate).

Por su parte, la permanencia del beneficiario en el territorio español resulta también aquilatada por lo previsto en el art. 7 Reglamento núm. 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social: “salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora”; reiterando el art. 67: “cualquier persona tendrá derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente, que serán extensivas a los miembros de su familia que residan en otro Estado miembro, como si residieran en el Estado miembro competente. No obstante, los titulares de pensiones tendrán derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente respecto de sus pensiones”⁴¹. O se produzca la situación contraria, a saber, un progenitor puede reclamar las prestaciones familiares en un Estado miembro, en el cual trabaje, aunque el hijo causante resida en territorio español. Ahora bien, nada impide al otro progenitor solicitar prestaciones familiares en España, de modo que, si ante tal solicitud la entidad gestora española considera prioritario el derecho a prestaciones familiares del otro Estado, lo correcto es que traslade la solicitud, sin perjuicio de que, si el derecho a prestaciones familiares por España es superior al que corresponde por aquél, nuestro país abone un complemento diferencial⁴².

b) Tener a su cargo a un hijo, menor de 18 años o, cuando siendo mayor de dicha edad, esté afectado por una minusvalía (*rectius*, discapacidad), en un grado igual o superior al 65 por 100, a cargo de beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, así como por los menores acogidos, en acogimiento familiar, permanente o preadoptivo.

⁴⁰ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1326.

⁴¹ Su interpretación, por extenso, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: análisis crítico del Capítulo 8 del Reglamento 883/2004”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32, 2012, págs. 1 y ss.

⁴² STSJ Galicia 12 mayo 2014 (JUR 2014\208550).

Los datos relevantes a este respecto son la minoría de edad o el grado de discapacidad superior al 65 por 100 y, en ambos casos, estar sostenidos por el beneficiario de la prestación.

En cuanto al máximo de edad general previsto para percibir esta prestación asistencial, la mayoría de edad, se ha quedado desfasado a la vista de las necesidades sociales actuales y, también, si busca también una coordinación –necesaria–, con la pensión de orfandad establecido ahora el límite en los 21 o 25 años⁴³.

Respecto al grado de discapacidad, a efectos del reconocimiento, así como la situación de dependencia y la necesidad del concurso de otra persona para acceder a una cuantía superior, se determina mediante la aplicación del baremo contenido en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (art. 182.ter LGSS). No obstante, el umbral de referencia (el mismo que el previsto para la prestación por invalidez no contributiva) parece, para esta prestación, bastante elevado.

Por último, de conformidad con el art. 9 RD 1335/2005, se considerará que el hijo está a cargo cuando conviva⁴⁴ y/o dependa económicamente del beneficiario (“como indicativo de la relación de una persona con aquella otra a quien tiene obligación de cuidar o atender, implica que los familiares sean sostenidos económicamente por el beneficiario, aun cuando no vivan bajo el mismo techo que éste; situación frecuente en el caso de trabajadores migrantes”⁴⁵), habida cuenta “se entenderá, salvo prueba en contrario, que existe dependencia económica cuando el hijo o el menor acogido cohabite con el beneficiario”⁴⁶. A estos efectos, “no rompe la convivencia la separación transitoria motivada por razón de estudios, trabajo de los padres o acogedores, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares”.

Los Tribunales consideran incluido como menor a cargo también cuando los progenitores cedan la guarda del mismo a una entidad pública (debido a los graves problemas de comportamiento de aquél, acudiendo para ello a la finalidad de la prestación, cual “es proveer a la subsistencia de personas con nulos o escasísimos recursos económicos, nada impide que se interprete, como una causa similar a las contempladas en la norma de ‘separación transitoria’, el hecho de que el hijo menor cuya guarda ha sido cedida a una entidad pública no conviva en el domicilio familiar de forma permanente sino transitoria, los fines de semana y otros periodos similares, periodos en los que la madre se ha hecho cargo de sus gastos y, por tanto, ha dependido económicamente de ella”⁴⁷), o a la abuela materna, mientras la madre no pierda la patria potestad⁴⁸.

⁴³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 36.

⁴⁴ Sobre la prueba de convivencia cuando se nombra un nuevo tutor del menor, STSJ Castilla y León/Valladolid 3 abril 2014 (JUR 2014\119794).

⁴⁵ STSJ Galicia 20 julio 2012 (JUR 2012\274868).

⁴⁶ STSJ Aragón 18 octubre 2013 (JUR 2014\15719).

⁴⁷ STSJ Cantabria 26 septiembre 2014 (JUR 2014\248416).

⁴⁸ STSJ Cataluña 18 junio 2014 (JUR 2014\225511).

Pese a fijar el límite en la mayoría de edad (salvo para hijos con discapacidad elevada), el legislador se preocupa de no desincentivar el trabajo por cuenta ajena de estos colectivos, al establecer cómo no perderá la condición de hijo o de menor acogido a cargo por el mero hecho de realizar un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena siempre que continúe viviendo con el beneficiario de la prestación y que los ingresos anuales del causante, en concepto de rendimientos del trabajo, no superen el 100% del salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual⁴⁹ y tal condición se mantendrá aunque la afiliación del causante como trabajador suponga su encuadramiento en un régimen de Seguridad Social distinto a aquél en el que esté afiliado el beneficiario de la prestación.

De nuevo la referencia es el SMI y los únicos ingresos computables son los derivados de la prestación de servicios por cuenta ajena⁵⁰, pareciendo dejar extramuros y sin computar las posibles ganancias que, además o en exclusiva, “el causante pueda percibir por otros conceptos superando el límite previsto del 100% del SMI y que podían llegar a desvirtuar el concepto de dependencia económica o ‘estar a cargo’ del beneficiario”. Esta redacción supondría, al cabo, un trato de favor hacia las rentas que no provienen del trabajo, fácilmente evitable estableciendo un límite de ingresos sin hacer distinciones en el origen de los mismos⁵¹; o bien, *a sensu* contrario, vedar el acceso a la prestación a cuantos causantes tuvieran percepciones fuera del arco establecido para las rentas de trabajo.

En todo caso, no se considera al hijo o menor acogido a cargo cuando sea receptor de una pensión contributiva, procedente de un régimen público de protección social, distinta de la pensión de orfandad o de la pensión en favor de familiares de nietos y hermanos (art. 9.4 RD 1335/2005)⁵². Ahonda el art. 189.3 LGSS en este extremo para prestaciones no contributivas, al considerar incompatible (y forzar a elegir al causante) entre la asignación por hijo a cargo lucrada por un hijo mayor de edad con discapacidad de al menos el 65 por 100 y la pensión de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva⁵³. Los requisitos de grado son los mismos en el primer caso, pero se diferencian en dos puntos fundamentales, haciendo más accesible la prestación familiar que la pensión asistencial, como es el período de residencia legal en España y la necesidad de acreditar carencia de rentas, excepcionada esta última condición para el causante con discapacidad en el caso de la prestación por hijo a cargo.

En fin, esta ayuda sólo aparece diseñada y, por ende, constreñida, para cuantos progenitores tengan un hijo a su cargo, dejando extramuros cuantas situaciones de necesidad

⁴⁹ Sobre la consideración como rendimiento de trabajo de la beca obtenida por un hijo con discapacidad: “la percepción por el actor discapacitado de unas cantidades económicas en razón de la beca que tiene reconocida, cuya naturaleza y cuantía han quedado esclarecidas, no puede operar como un práctico impedimento para la obtención o mantenimiento de la prestación familiar por hijo a cargo. El hecho de obtener estas percepciones no conduce a la asunción de una independencia económica que, de contemplarse como tal, estaría desencadenando una situación en la que la formación y eventual integración laboral del actor se verían comprometidas, si no impedidas”, STSJ Navarra 21 septiembre 2012 (JUR 2013\14580).

⁵⁰ Sobre este umbral, si bien conforme a la regulación anterior, por todas, SSTS 19 noviembre 2003 (RJ 2004\505) y 26 enero 2005 (RJ 2005\2755).

⁵¹ ROALES PANIAGUA, E.: “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, cit., pág. 20 y JURADO SEGOVIA, A.: “El nuevo reglamento sobre prestaciones familiares de la Seguridad Social”, cit., pág. 18.

⁵² Al respecto, STSJ Comunidad Valenciana 16 marzo 2012 (JUR 2012\217121).

⁵³ Reiterando la incompatibilidad, STS 15 junio 2010 (RJ 2010\6285).

vengan provocadas por otros miembros de la unidad familiar como ascendientes, descendientes de otro grado de parentesco, hijos mayores sin discapacidad⁵⁴ o con una discapacidad en porcentaje inferior al 65%⁵⁵, colectivos todos ellos necesitados y sin duda merecedores de protección cuando carezcan de rentas y vivan a cargo del beneficiario, sobre todo ante el actual panorama social (nuevos modelos de familia) y económico.

c) No percibir ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a 11.519,16 euros en 2014. La cifra de referencia se actualiza anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, respecto de la cuantía establecida en el ejercicio anterior, al menos, por mandato legal, en el mismo porcentaje que en dicha ley se establezca como incremento general de las pensiones contributivas de la Seguridad Social, por ello, se eleva el referente para 2015, de conformidad con el Proyecto de Presupuestos a 11.547,96 euros. El legislador impone la subida del umbral que acredita la carencia de rentas, pero no dispone correlativamente un aumento de la cantidad percibida en idéntico porcentaje, manteniéndose, como luego se reiterará, la cuantía básica desde hace tiempo inmóvil.

Al efecto de acreditar la inferioridad de ingresos respecto a aquel umbral, se tienen en cuenta los rendimientos del trabajo (salariales y extrasalariales⁵⁶), del capital, de las actividades económicas, así como cualesquiera bienes y derechos de naturaleza prestacional –y los que se consideran como tales–, computándose en su valor bruto⁵⁷ (sin considerar que tales no son, en la realidad, los recursos de que dispone la familia, antes bien produce una visión distorsionada e irreal de los verdaderos ingresos⁵⁸). Como excepción, los procedentes de actividades económicas realizadas por cuenta propia, se sumarán en su valor neto, al que se añadirá el importe de las cotizaciones sociales; y cuando se trate de rendimientos de capital mobiliario, sólo los intereses u otra clase de rendimientos obtenidos por el beneficiario, pero no el capital en sí mismo (art. 14 RD 1335/2005).

En los siguientes apartados del art. 14, la norma reglamentaria se remite a la regulación fiscal para determinar las rentas exentas. A la sazón, considera excluidas las prestaciones públicas extraordinarias por actos de terrorismo y las pensiones derivadas de medallas y condecoraciones concedidas por dichos atentados; las ayudas de cualquier clase percibidas por los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana; las pensiones reconocidas en favor de aquellas personas que sufrieron lesiones o mutilaciones con ocasión o como consecuencia de la Guerra Civil; las indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales, en la cuantía legal o judicialmente reconocida, incluidas las derivadas de contratos de seguro de accidentes; las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en las normas laborales; las prestaciones económicas percibidas de instituciones públicas con motivo del

⁵⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 35 y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar”, cit., pág. 65.

⁵⁵ ROALES PANIAGUA, E.: “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, cit., pág. 17.

⁵⁶ STS 27 septiembre 2000 (RJ 2000\9648).

⁵⁷ Sin deducción de ninguna naturaleza, STS 18 febrero 1994 (RJ 1994\2480).

⁵⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 45 y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Las prestaciones familiares en el sistema de Seguridad Social*, Madrid, BOE, 2005, pág. 215.

acogimiento de personas con discapacidad, mayores de 65 años o menores o las equivalentes previstas en los ordenamientos de las Comunidades Autónomas; las becas percibidas para cursar estudios reglados; las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora cuando se disfruten en la modalidad de pago único; gratificaciones extraordinarias satisfechas por el Estado español por la participación en misiones internacionales de paz o humanitarias; las indemnizaciones satisfechas por las Administraciones públicas por daños personales como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; las prestaciones percibidas por entierro o sepelio; las ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público; y las derivadas de la aplicación de los instrumentos de cobertura cuando cubran exclusivamente el riesgo de incremento del tipo de interés variable de los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual (remisión efectuada a diversos apartados del art 7 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio). Este cómputo hace referencia a los ingresos o beneficios obtenidos por los beneficiarios durante el ejercicio anterior a la solicitud, circunstancia que se examinará en el apartado correspondiente a la dinámica y gestión de esta prestación.

Los ingresos que se tienen en cuenta son los de los progenitores, no los de los hijos a cargo, pues éstos sirven para excluir o no la consideración misma del referente. Tampoco cuantos aporten otros miembros de la unidad familiar, a diferencia de las pensiones no contributivas⁵⁹, por lo que la visión que se ofrece resulta sesgada por los ingresos tenidos en consideración pero también por los excluidos.

A continuación, el legislador realiza varias precisiones en orden a aquilatar el límite establecido a las circunstancias capaces de concurrir en cada unidad familiar, tanto para subir el referente como para incluir ingresos computables:

– En primer lugar, como no cabe aplicar el mismo límite a quienes sólo tienen un hijo a cargo que a quienes tienen más⁶⁰, la cuantía anterior se incrementará en un 15 por 100 por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo, éste incluido⁶¹. Este aumento por el segundo hijo ha sido calificado como un premio a la natalidad –escaso, se añade– sin llegar a la técnica de la familia numerosa⁶².

Quienes aun así superen dicha frontera, podrán ser beneficiarios de las asignaciones económicas por hijo o menor acogido a cargo, cuando sus ingresos fueren inferiores a la cuantía que resulte de sumar a dicha cifra el producto de multiplicar el importe anual de la asignación por hijo o menor acogido por el número de hijos o menores acogidos a cargo de

⁵⁹ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1329.

⁶⁰ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1327.

⁶¹ Hijo a cargo menor de edad o con discapacidad, no sin que concurra alguna de estas dos condiciones, STS 7 julio 1999 (RJ 1999/6444).

⁶² MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: “El nuevo marco jurídico de las prestaciones familiares en el Régimen General de la Seguridad Social”, cit., pág. 46.

los beneficiarios. En tales casos, la cuantía anual de la asignación será igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y la cifra resultante de la operación anterior. Dicha cantidad será distribuida entre los hijos o menores acogidos a cargo del beneficiario y las mensualidades a que, dentro de cada ejercicio económico, se tenga derecho a la asignación⁶³. No obstante, no se reconocerá ayuda económica por hijo o menor acogido a cargo, cuando la diferencia así hallada sea inferior al importe mensual de la asignación, por cada hijo o menor acogido a cargo no minusválido.

– En segundo –también dirigido a las familias con más miembros, pero en esta ocasión sin que fuere necesario que tuvieran la consideración de hijo a cargo–, si se trata de personas que forman parte de familias numerosas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Protección a las Familias Numerosas (Ley 40/2003, de 18 de noviembre), también tendrán derecho a la indicada asignación económica por hijo a cargo si sus ingresos anuales no son superiores a 17.337,05 euros (subiendo dicho referente para 2015, de conformidad con el Proyecto de Presupuestos Generales, a 17.380,39 euros), en los supuestos en que concurren tres hijos a cargo, incrementándose en 2.808,12 euros por cada hijo a cargo a partir del cuarto, éste incluido (2.815,14 para 2015 según el Proyecto referido).

– La norma atiende a los ingresos reales percibidos por quienes tienen a su cargo al hijo, en el supuesto de convivencia del “padre y de la madre” –habiéndose de sustituirse tal expresión por “los progenitores”, sin importar su sexo–, pues sin exigir la existencia de vínculo matrimonial o inscripción como pareja de hecho, se toman en consideración la suma de las ganancias de ambos; si tal cantidad superase los límites de ingresos establecidos, no se reconocerá la condición de beneficiario a ninguno de ellos. Igual regla se aplicará en los supuestos en que el acogimiento familiar, permanente o preadoptivo se haya constituido por dos personas que formen una misma unidad familiar. En relación con esta norma correctora del límite de rentas establecido, el art. 14.5 RD 1335/2005 presume “la existencia de convivencia entre cónyuges, salvo prueba en contrario, y no se reputará en ningún caso como supuesto de falta de convivencia la separación transitoria y circunstancial por razón de trabajo u otras causas análogas”.

– Como excepción a los requisitos clásicos de las prestaciones asistenciales, en los supuestos de hijos o menores acogidos a cargo con discapacidad, no se exigirá límite de recursos económicos (como resultado, la prestación será vitalicia⁶⁴, salvo mejora del grado atribuido al hijo). Algún autor ha apuntado la situación paradójica que se produce, pues un progenitor puede obtener una prestación por hijo a cargo mayor de edad con discapacidad cualesquiera que fueren sus ingresos y los del hijo, mientras que el propio causante no pueda acceder a la prestación por invalidez no contributiva por razón de sus rentas o los de la unidad familiar; más aún, en algunos casos la cuantía de aquélla es mayor que la de ésta⁶⁵.

– En fin, en el caso de menores abandonados o huérfanos de ambos progenitores, siempre que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar, permanente o preadoptivo, se computarán exclusivamente los ingresos que aquéllos perciban (dado que no

⁶³ Sobre la cuestión, STSJ Cataluña 22 julio 2013 (JUR 2013\342859).

⁶⁴ PARDELL VEÀ, A.: “Arts. 180 a 189”, cit., pág. 1192.

⁶⁵ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1332.

existe otro beneficiario a tomar en consideración); y en los casos de convivencia con un solo progenitor o adoptante, debido al fallecimiento de uno de ellos o a una nulidad matrimonial, separación judicial o divorcio, no se tendrán en cuenta los ingresos de los hijos a cargo que perciba el beneficiario en cuanto representante legal de éstos y que provengan de la pensión de orfandad y de la pensión en favor de familiares.

d) No tener derecho, ni el padre ni la madre, a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social.

La exclusión específica de disfrutar de rentas de la “misma naturaleza” no supone la imposibilidad de la percepción de otras prestaciones no contributivas, como invalidez o jubilación⁶⁶ (por parte de los progenitores⁶⁷ o los acogedores) a salvo la incompatibilidad prevista en el art. 189 LGSS respecto del propio hijo.

Esta incompatibilidad entre prestaciones familiares no comporta, sin más, la denegación de la prestación por hijo a cargo solicitada, pues el mismo precepto establece que en los supuestos en que uno de los progenitores o adoptantes esté incluido, en razón de la actividad desempeñada o por su condición de pensionista, en un régimen público de Seguridad Social, la prestación correspondiente será reconocida por dicho régimen, siempre que aquel reúna los requisitos necesarios para ser beneficiario de dicha prestación, y a continuación señala un derecho de opción en caso de derecho en varios regímenes⁶⁸.

Con todo, resulta difícil de defender la incompatibilidad (o la elección obligatoria) entre ayudas fundadas en la misma causa y la compatibilidad con otras diferentes. El único motivo de rechazo habría de venir acreditado por la suficiencia de rentas, con independencia de la razón última de su percepción.

3.1.2. Beneficiarios de la asignación por hijo o menor a cargo

Los titulares de esta prestación familiar no contributiva, como regla general, serán los progenitores o quienes tengan el menor acogido. En los casos de separación judicial o divorcio, el derecho al percibo de la asignación se conservará para quien tenga el menor a su cargo, aun cuando se trate de persona distinta a aquella que la tenía reconocida antes de producirse la separación, la nulidad o el divorcio y siempre que sus ingresos no superen los límites exigidos, en su caso, para poder ser beneficiario de dicha prestación. Esta expresión “a su cargo” se interpreta como sinónimo de custodia, pero no parece exigir convivencia física, a riesgo de resultar injusta⁶⁹. Cuando por resolución judicial se hubiera acordado el ejercicio compartido de la guarda y custodia, la prestación se reconocerá, previa solicitud, a

⁶⁶ BARRIOS BAUDOR, G.: “Prestaciones familiares por hijo a cargo”, VV.AA.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, SEMPÈRE NAVARRO, A.V. (Dir.), Murcia, Laborum, 2003, pág. 964.

⁶⁷ Tal sucede con la pensión causada en el SOVI, habida cuenta “en el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez no existían otras prestaciones que las de vejez (Orden de 2 de febrero de 1940), invalidez (Decreto de 18 de abril de 1947), y viudedad (Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955). Y siendo ello así no puede aplicarse a tal prestación, legalmente inexistente, unas normas sobre compatibilidad o incompatibilidad que, naturalmente, no contemplan tan singular percepción”, STS 13 febrero 2001 (RJ 2001\2517).

⁶⁸ STSJ Navarra 19 diciembre 2012 (JUR 2013\300942).

⁶⁹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 41.

cada uno de ellos, en proporción al tiempo en que le haya sido reconocida la custodia del hijo o menor (art. 11.2 RD 1335/2005).

Asimismo, serán beneficiarios de la asignación –y coincidirán causante y beneficiario– que, en su caso, hubiera correspondido a sus padres, aquellos huérfanos de padre y madre (*rectius*, de ambos progenitores), menores de 18 años o con discapacidad en el grado requerido; igual acaece –equiparándose a la orfandad absoluta– cuando el progenitor superviviente no tiene al hijo a su cargo⁷⁰; en fin, el mismo criterio se seguirá en el supuesto de quienes no sean huérfanos y hayan sido abandonados por sus padres, siempre que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar, permanente o preadoptivo.

En ambos casos, la referencia a los ingresos mínimos habrá de cumplirse por los causantes-beneficiarios, salvo supuestos de discapacidad con los porcentajes apuntados. “Con todo, cuando la asignación se reconoce al hijo a cargo huérfano absoluto, de existir pensión de orfandad percibida por el mismo, el resultado será un acceso menos asequible a la asignación que el que existiría de ser beneficiario alguno de los progenitores; porque si, en este último supuesto, en el límite de ingresos no computa lo percibido por el hijo en concepto de pensión de orfandad, tales ingresos sí se consideran cuando el beneficiario es el propio hijo pensionista, restringiendo por esta vía la protección y eludiendo, de facto, una sustitución automática por el hijo de la posición de beneficiario que hubiera debido reconocerse al progenitor”⁷¹.

También serán beneficiarios de las asignaciones que en razón de ellos corresponderían a sus padres, los hijos minusválidos mayores de dieciocho años que no hayan sido incapacitados judicialmente y conserven su capacidad de obrar. De nuevo sin límite de ingresos, se reitera y por ello, accederán a esta prestación quienes disfruten de una invalidez no contributiva como cuantos no hayan podido acceder por los ingresos requeridos, ampliando así la protección de las personas con discapacidad a través de esta vía indirecta pero más generosa que la tradicional⁷².

En consecuencia, y para el supuesto, no tan excepcional, de su percepción por hijos con discapacidad una vez fallecidos sus padres, la jurisprudencia ha entendido cómo “no puede deducirse..., a través de la interpretación gramatical, que sea preciso que la minusvalía del hijo existiera ya en vida de ambos progenitores, o de uno de ellos, antes al contrario: la expresión ‘les hubiera correspondido’ autoriza a pensar que, con tal de que el hijo alcance el expresado grado de minusvalía, se devenga el derecho a la asignación, tanto si los padres viven en ese momento como si no; en el primer caso, los perceptores serían los padres, o aquél que de ellos viviere; y en el segundo, lo será el propio discapacitado. En otro caso, el legislador habría utilizado, en vez de la expresión que empleó, alguna otra más restrictiva, tal como ‘de la que eran perceptores’, o ‘la que tenían derecho a percibir’, o ‘la que les correspondía’ (u otra similar), y no ‘la que les hubiera correspondido’ (se sobreentiende sin

⁷⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 50.

⁷¹ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar”, cit., pág. 72.

⁷² CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1332.

dificultad que ‘en caso de vivir cuando la minusvalía acaeciera’)... El objetivo perseguido por el legislador ha sido mitigar en la mayor medida posible la carga que para los padres supone la minusvalía del hijo, con lo cual no sólo se protege y ayuda a los padres mientras el hijo está a su cargo (no olvidemos que aquéllos vienen obligados a prestar alimentos a éste en la medida integral que resulta de lo dispuesto en los arts. 142 y 143 del Código Civil), sino también al propio hijo, que, con tan elevado grado de discapacidad, es presumible que carecerá de toda cobertura de sus necesidades si sus padres le faltan, sea cual fuere el momento del fallecimiento de éstos y el de surgimiento de la minusvalía. En resumen, la conclusión a la que debe llegarse con respecto a la prestación de referencia es la de que nunca son causantes de ella los padres, sino que, en todo caso, lo es el hijo, si bien varía, según las circunstancias, la persona preceptora de la asignación, causada siempre –hay que insistir en ello– por el hijo: una vez causada la prestación, su percepción corresponderá, en su caso, a los padres, o aquél que de ellos viva, porque con ella trata el legislador de ayudar a los progenitores a soportar la carga alimenticia que la Ley civil les impone; y, en caso de fallecimiento de ambos progenitores –tanto si es antes como si es después de la aparición de la discapacidad–, coinciden plenamente la persona del causante y la del preceptor, que también será el hijo, pues en este caso se halla ‘a cargo de sí mismo’, teniendo la asignación por finalidad atender a mitigar su propio estado de necesidad”⁷³.

En el caso comentado, el hijo con discapacidad mayor de 18 años no pierde la asignación por posterior matrimonio, dado que no tiene que acreditar carencia de rentas⁷⁴. Sin embargo, y como ya se ha subrayado, le puede ser denegada la prestación asistencial en tanto incompatible con otras prestaciones, como la orfandad y la invalidez⁷⁵.

3.1.3. Cuantía: escasa e insuficiente de la asignación por hijo o menor a cargo

El legislador establece una asignación económica, anual y ordinaria, para los hijos a cargo sin discapacidad con una cuantía, para 2014, de 291 euros, invariable también en el Proyecto de Presupuestos para 2015, al menos por lo que hace a la cuantía por hijo menor sin discapacidad o con discapacidad inferior al 65 por 100. Como ya se anunció al comienzo de este estudio, la asignación por sustento de un hijo para familias con ingresos muy bajos no cubre los gastos producidos por el vástago, ni siquiera una parte significativa, y mientras el umbral de renta para su percepción aumenta mínimamente, el beneficio obtenido se estanca y permanece testimonial.

La cantidad se incrementa, no obstante, en consideración a la discapacidad del hijo:

a) 1.000 euros cuando el hijo o menor acogido a cargo tenga un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

b) 4.390,80 euros cuando el hijo a cargo sea mayor de 18 años y esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento (aumentada para 2015 a 4.402,80 euros).

⁷³ SSTs 4 octubre 2006 (RJ 2006\8162), 4 julio y 27 noviembre 2007 (RJ 2008\104 y 1971) y STSJ Galicia 4 febrero 2013 (JUR 2013\96056).

⁷⁴ STSJ Andalucía/Granada 27 marzo 2014 (JUR 2014\172753).

⁷⁵ STSJ Andalucía/Sevilla 19 diciembre 2013 (JUR 2014\74421).

c) 6.586,80 euros cuando el hijo a cargo sea mayor de 18 años, esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 75 por ciento y, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (agrandada su cuantía a 6.604,60 euros para 2015).

El acrecentamiento sólo resulta significativo a partir del porcentaje de discapacidad de 65%; ítem más, la cuantía general (y paupérrima) podría verse reducida aún más de aplicar las reglas de reducción de la prestación contenidas en el art. 182.1.c) LGSS⁷⁶.

3.1.4. Dinámica de la prestación no contributiva por hijo o menor a cargo

De conformidad con el art. 17 RD 1335/2005, el reconocimiento del derecho a la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo surtirá efectos a partir del día primero del trimestre natural inmediatamente siguiente al de la presentación de la solicitud, “en modo alguno se permite que la retroacción de sus efectos a la fecha en que pasó a estar a cargo del padre en la cartilla de la Seguridad Social”⁷⁷.

Sí cabe, en cambio, presentar la misma con anterioridad a la resolución de la discapacidad (de acuerdo con el art. 28.1 RD 1335/2005, “podrá iniciarse el procedimiento con la aportación por parte del interesado de la solicitud de reconocimiento de grado de minusvalía efectuada ante el órgano competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de este real decreto. En este caso se suspenderá el procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42.5.d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, durante el tiempo necesario para la incorporación al expediente de la resolución recaída en el procedimiento para la declaración y calificación del grado de minusvalía”⁷⁸), y anticipar los efectos económicos prestacionales de una resolución futura⁷⁹.

El abono de la asignación económica se llevará a cabo directamente por la Tesorería General de la Seguridad Social. Con carácter general, el pago será semestral y deberá efectuarse por semestre vencido, salvo en las asignaciones económicas por hijo con discapacidad a cargo mayor de 18 años, respecto de las cuales el pago será de periodicidad mensual, y se efectuará por mensualidad vencida (art. 18 RD 1335/2005).

Con el fin de aquilatar la asistencialidad de la prestación, el art. 183 LGSS impone, además, a todo beneficiario la obligación de declarar cuantas variaciones se produzcan en su familia, siempre que éstas deban ser tenidas en cuenta a efectos del nacimiento, modificación o extinción del derecho (con la excepción de aquellos hechos o circunstancias, tales como el importe de las pensiones y subsidios, que la Administración de la Seguridad Social deba conocer por sí directamente). Asimismo, y como deber genérico (salvo cuantas prestaciones tengan origen en una discapacidad del causante), estará obligado a presentar, dentro del

⁷⁶ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1335.

⁷⁷ STSJ Galicia 25 junio 2014 (JUR 2014\211052).

⁷⁸ STSJ Comunidad Valenciana 17 diciembre 2013 (JUR 2014\114425). Sobre la posibilidad de solicitud de la prestación y la revisión del grado de discapacidad, STSJ Galicia 24 marzo 2014 (JUR 2014\208341).

⁷⁹ STSJ Comunidad Valenciana 15 abril 2014 (JUR 2014\188367).

primer trimestre de cada año, una declaración expresiva de los ingresos habidos durante el año anterior⁸⁰.

Cuando se produzcan variaciones extraordinarias debidamente comunicadas o producto de la declaración anual, surtirán efecto, en caso de nacimiento del derecho, a partir del día primero del trimestre natural inmediatamente siguiente a la fecha en que se haya solicitado el reconocimiento del mismo y, en caso de extinción del derecho, tales variaciones no producirán efecto hasta el último día del trimestre natural dentro del cual se haya producido la variación de que se trate⁸¹.

La extinción de la prestación vendrá motivada, bien por el cumplimiento de la mayoría de edad para los hijos o acogidos sin discapacidad, por el incremento de rentas en la familia a los efectos considerada o, como supuestos más excepcionales, por ejercicio del derecho de opción o revisión del grado de discapacidad⁸². El art. 17, en sus apartados 3 y 4, especifica los tiempos para dos situaciones particulares de supresión o variación: por un lado, cuando la extinción o modificación venga motivada por la novación de los ingresos anuales computables, ésta surtirá efectos el día 1 de enero del año siguiente a aquel al que correspondan dichos ingresos; por otro, y si la extinción de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo se produjera por incompatibilidad con la pensión de invalidez o de jubilación, en su modalidad no contributiva, sus efectos económicos cesarán el último día del mes en que hubiera sido presentada la solicitud de pensión.

3.2. Prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en varios supuestos especiales de familias

Esta ayuda y la siguiente tiene como finalidad compensar (si bien en una parte ínfima) los mayores gastos acaecidos en caso de nacimiento o adopción de hijos en determinados casos, donde se considera que la repercusión de los gastos provocados por el nuevo descendiente será mayor, pero deja extramuros de su ámbito de protección a las situaciones de acogimiento o guarda, quizá por venir configurado como un pago único (y por ello no vinculado a la permanencia del menor como en el supuesto anterior).

Los beneficiarios de esta prestación no contributiva se dividen en tres grandes subgrupos en atención a la circunstancia del nacimiento o adopción de un hijo (la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción, amplió la prestación de pago único por nacimiento o adopción de tercer o sucesivo hijo en sus orígenes referidas exclusivamente a las familias numerosas, pero dicha variación no ha sido trasladada todavía al reglamento que la desarrolla, el cual sigue hablando de prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de un tercer o sucesivos hijos):

⁸⁰ Sancionando su ausencia, STSJ Cataluña 29 marzo 2011 (JUR 2011\200992).

⁸¹ Un ejemplo en STSJ Galicia 20 marzo 2014 (JUR 2014\205793).

⁸² Sobre esta última posibilidad y sus tiempos, STSJ Islas Canarias/Las Palmas 27 febrero 2012 (JUR 2012\192403).

– Familia numerosa, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas⁸³.

– Familia monoparental, entendiéndose por tal la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia, aun cuando el otro progenitor no haya muerto⁸⁴. Esta prestación la percibirá por el primer y, en su caso, sucesivos hijos mientras siga acreditando dicha condición.

– Madres con discapacidad igual o superior al 65%. El femenino utilizado por el precepto cierra los ojos (e impide el acceso) a nuevas realidades familiares donde el padre adoptante pudiera tener dicho porcentaje de discapacidad. De hecho, el literal plantea dudas sobre su constitucionalidad y choca frontalmente con la corresponsabilidad demandada por la sociedad y por las últimas normas en materia de igualdad. Si la finalidad última de la distinción radica en un intento de compensar a la mujer por los costes asumidos de manera general y mayoritaria (personales y laborales) por el cuidado de los hijos, esta reducción de la prestación concedida contribuye a mantener, a la par, esa misma situación⁸⁵.

El art. 21 RD 1335/2005 se ocupa de detallar, de concurrir varios beneficiarios, a quien corresponde: en el supuesto de convivencia de los progenitores o adoptantes, será beneficiario cualquiera de ellos determinado de común acuerdo. Se presumirá que existe acuerdo cuando la prestación se solicite por uno de aquéllos, y a falta de acuerdo será beneficiaria la madre, en su caso (estableciendo una preferencia atentatoria contra el derecho del otro progenitor, máxime si hay dos madres); cuando los progenitores o adoptantes no convivan, será beneficiario el que tenga a su cargo la guarda y custodia del hijo; y, finalmente, cuando el causante hubiera quedado huérfano de ambos progenitores o adoptantes o esté abandonado, será beneficiaria de la prestación económica la persona física que legalmente se haga cargo de aquél. Con la referencia específica a “persona física” excluye –por omisión– como beneficiarios a las entidades públicas o privadas que pudieran asumir su custodia⁸⁶ y tampoco parece contemplar la posibilidad de que el propio huérfano asuma este beneficio⁸⁷.

Los requisitos para lucrar la prestación no contributiva, en virtud de la remisión efectuada al art. 182 LGSS por el art. 185.2 LGSS, son los siguientes:

– Residir legalmente en territorio español.

⁸³ Sobre el cómputo de los hijos en la redacción anterior, “los dos o más hijos a que se refiere el precepto legal, son los que ya se tengan a cargo con anterioridad al nacimiento o adopción de un nuevo hijo, luego, a los efectos de la prestación regulada en este precepto, únicamente podrá computar por dos el hijo afectado por una minusvalía superior al 33 por ciento que sea distinto de aquel cuyo nacimiento o adopción la genera”, STSJ Comunidad Valenciana 10 mayo 2011 (JUR 2011\281208).

⁸⁴ STSJ Comunidad Valenciana 3 julio 2013 (JUR 2013\324732).

⁸⁵ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1350.

⁸⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 67.

⁸⁷ En contra, GARCÍA ROMERO, B.: “La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social”, AS, núm. 14, 2000, pág. 18.

– No percibir ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a 11.519,16 euros (de nuevo, se eleva el referente para 2015, de conformidad con el Proyecto de Presupuestos a 11.547,96 euros), incrementándose en un 15 por 100 por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo, éste incluido. Para la suma de las rentas a considerar a estos efectos, cabe tener por reproducidas las cuestiones analizadas en la prestación anterior. No obstante, si se trata de personas que forman parte de familias numerosas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Protección a las Familias Numerosas, también tendrán derecho a la indicada asignación económica por hijo a cargo si sus ingresos anuales no son superiores a 17.337,05 euros (subiendo dicho referente para 2015, de conformidad con el Proyecto de Presupuestos Generales, a 17.380,39 euros), en los supuestos en que concurren tres hijos a cargo, incrementándose en 2.808,12 euros por cada hijo a cargo a partir del cuarto, éste incluido (2.815,14 para 2015 según el Proyecto referido). En el supuesto de convivencia del padre y de la madre, si la suma de los ingresos percibidos por ambos superase los límites establecidos, no se reconocerá la condición de beneficiario a ninguno de ellos.

A continuación, y a semejanza de la prestación anterior, se aquilata el límite de ingresos requerido cuando se ha superado por un margen escaso: si los ingresos anuales percibidos, por cualquier naturaleza, superan el límite explicitado pero son inferiores al importe conjunto que resulte de sumar a dicho límite el importe de la prestación (1.000 euros), la cuantía de esta última será igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y el indicado importe conjunto. De nuevo, y para evitar prestaciones ínfimas, no se reconocerá la prestación en los supuestos en que la citada diferencia sea inferior al importe mensual de la asignación, por cada hijo o acogido no minusválido (no al importe a tanto alzado de la discutida, claro está), esto es, 24,25 euros (art. 186 LGSS). Como resultado de las reglas anteriores, se supedita la percepción de una prestación a tanto alzado a unos ingresos rayando en lo ínfimo, lo cual contraviene la finalidad última de potenciar la natalidad y luchar contra el envejecimiento⁸⁸.

Más aún, desaparece la excepción prevista en la prestación anterior para los hijos con discapacidad. Dado que la finalidad de la prestación es compensar los gastos que provoca el nacimiento o la adopción de un hijo, independientemente de su discapacidad⁸⁹, sólo se tendría en cuenta la de la madre en el último supuesto, pero no para eliminar este requisito.

– No tener derecho, ni el padre ni la madre, a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social, no en vano el carácter subsidiario de estas prestaciones y su incompatibilidad (y consiguiente derecho de opción) con otras.

La cuantía a percibir, en un pago único, es de 1.000 euros (art. 186 LGSS), invariable en los últimos años e igual para las tres variantes de beneficiarios, esto es, sin establecer distinciones entre las tres modalidades en orden a sus especiales circunstancias.

⁸⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 61.

⁸⁹ ROALES PANIAGUA, E.: “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, cit., pág. 28 y JURADO SEGOVIA, A.: “El nuevo reglamento sobre prestaciones familiares de la Seguridad Social”, cit., pág. 39.

3.3. Prestación por parto o adopción múltiples

Esta ayuda aparece destinada a quienes hayan tenido un parto o adopción de carácter múltiple (dos o más), sin mencionar –y por ello cabe entender excluidos– supuestos de guarda o acogida. En esta misma línea, resulta difícil vincular el objetivo último de la misma con un posible incentivo a la natalidad, en tanto el nacimiento doble (no así la adopción) responde a un dato aleatorio⁹⁰.

Los beneficiarios son el padre o la madre –de nuevo, dejando al margen otros modelos familiares– y, en su defecto, el precepto reenvía su determinación al reglamento de desarrollo. Éste, en su art. 25, establece que, en el supuesto de convivencia de los progenitores o adoptantes, será beneficiario de la prestación cualquiera de ellos, determinado de común acuerdo, presumiéndose que existe cuando la prestación se solicita por uno de aquéllos; a falta de acuerdo, como sucede con las prestaciones anteriormente analizadas, la madre será la beneficiaria (preferencia que trata de compensar los superiores gastos en tiempo y dinero que realizan las mujeres, pero que, de hecho, perpetúa la tradicional asignación de roles).

El resto de asignación de beneficiarios sigue también el camino marcado por la prestación por hijo a cargo: cuando los progenitores o adoptantes no convivan, lucrará la prestación el que tenga a su cargo la guarda y custodia de los hijos y si los causantes quedan huérfanos de ambos progenitores o adoptantes o sean abandonados, corresponderá a la persona física (no jurídica) que legalmente se haga cargo de ellos.

Para acceder a esta prestación es necesario que concurra el hecho causante, definido en este caso por la existencia de parto o adopción múltiples, es decir, cuando el número de nacidos o adoptados sea igual o superior a dos. Para causar el derecho, el nacimiento o la formalización de la adopción ha de producirse en España y los beneficiarios también residir en territorio nacional. A estos efectos, se reputará producido en España el nacimiento o la adopción que tenga lugar en el extranjero cuando se acredite que el hijo se ha integrado de manera inmediata en un núcleo familiar con residencia en territorio español (art. 24.1 RD 1335/2005). De igual modo, cabe dar por reproducidas en este punto las previsiones contenidas en los Reglamentos sobre la coordinación de Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea.

En los casos de parto o adopción múltiple, cuando uno de los hijos nacidos o adoptados esté afectado por una discapacidad igual o superior al 33 por ciento, merced al reenvío que el art. 24.2 realiza al art. 20.3 RD 1335/2005, computa doble. La lógica fuerza a entender que si son dos los hijos con discapacidad, ambos contarán el doble también⁹¹ y si se produce el nacimiento de un hijo con discapacidad, también los progenitores tendrán derecho a esta prestación en tanto parto o adopción, en su caso, ficticiamente múltiple⁹².

⁹⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 71.

⁹¹ JURADO SEGOVIA, A.: “El nuevo reglamento sobre prestaciones familiares de la Seguridad Social”, *REDT*, núm. 130, 2006, pág. 416.

⁹² BARRIOS BAUDOR, G. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Prestaciones familiares*, cit., pág. 157.

Además (como sucede con todas las familiares de carácter asistencial), no han de tener derecho, ni el padre ni la madre, a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social, aun cuando no cabe afirmar de modo taxativo este carácter respecto a otras prestaciones de asistencia social externa al sistema reguladas por las Comunidades Autónomas⁹³. Nada impide que una misma unidad lucre las tres prestaciones asistenciales referidas en supuestos de parto o adopción múltiples, en familias con escasos ingresos (hijo a cargo) y en los que concurra una de las situaciones previstas en el art. 185 LGSS (familia numerosa, monoparental o madre con discapacidad).

En fin, como última condición, en este caso inexistente, no se requiere carencia de rentas, diluyendo –una vez más– la frontera entre lo contributivo y lo asistencial⁹⁴, pero sin inclinar la balanza hacia ninguna de las dos posibilidades, bien su configuración como mecanismo destinado a hacer frente a estados de necesidad reales, probada y acreditada la carencia⁹⁵, bien su construcción como universal.

La cuantía de la prestación económica por parto o adopción múltiples dependerá del número de hijos nacidos o adoptados y del salario mínimo interprofesional en cada momento vigente, de conformidad con el cuadro recogido en el art. 188 LGSS. La revalorización de la prestación dependerá, entonces, de la propia prevista para el SMI y no de la general fijada para otras prestaciones como la jubilación o la incapacidad permanente. Como regla de cierre y para evitar una prestación exponencial, finaliza la progresión aritmética entre el número de hijos y el múltiplo del citado referente en cuatro o más hijos (difícilmente alcanzará un parto un número superior) y un máximo de 12 veces aquél.

3.4. La extinta prestación económica por nacimiento o adopción de hijo

Resta, por último, siquiera mencionar la extinta prestación económica por nacimiento o adopción de hijo, el tan denostado “cheque bebé”. Esta prestación, configurada con una clara vocación universal, fue aprobada por la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, con una doble naturaleza (desdoblada, según las circunstancias, en una deducción fiscal o en una prestación de Seguridad Social) y con el objetivo de rebajar la tendencia del envejecimiento de la población, y para ello creó esta nueva ayuda económica a la familia por nacimiento y adopción, para que los gastos que ocasionan no supongan un obstáculo en la necesaria ampliación en la base de la pirámide de población, la constituida por los más jóvenes⁹⁶.

La prestación, subsidiaria de la deducción, consistía en un pago único de 2.500 euros (claramente superior a las asignaciones examinadas con carácter general) por nacimiento o adopción de hijo, sin exigencia alguna de carencia de rentas, pero sí de residencia legal en España⁹⁷.

⁹³ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1357.

⁹⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 69.

⁹⁵ MALDONADO MOLINA, J.A.: “La protección social por nacimiento de hijo”, *RTSS (CEF)*, núm. 230, 2002, pág. 125.

⁹⁶ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La bidimensional ayuda por nacimiento o adopción y la mejora de las prestaciones familiares”, *AS*, núm. 20, 2007 (BIB 2007\2787).

⁹⁷ STSJ Comunidad Valenciana 15 junio 2011 (JUR 2011\299397).

Su vigencia, con todo, no resultó dilatada en el tiempo. La llegada de la crisis forzó su desaparición y el art. 7.3 del RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, suprimió los arts. 188.bis, ter, quáter, quinquies y sexties LGSS con efectos de 1 de enero de 2011.

4. CONCLUSIONES

Como se apuntó al principio, las prestaciones familiares constituyen las grandes olvidadas, la Cenicienta de la acción protectora de la Seguridad Social por los fallos que las aquejan, su dispersión normativa, su escasa adaptación a las sucesivas modificaciones llevadas a cabo en la LGSS y, en fin, la falta de adecuación a la coyuntura socioeconómica. A ello se une su naturaleza dual y oscilante entre la vocación de universalidad en la protección a la familia y el carácter de asistencialidad protector de los más débiles.

Forzoso resulta, ante tal panorama, reflexionar sobre su futuro más lejano: su transformación y la necesaria reconfiguración. Por un lado, es preciso apostar por una protección social fundada en el hijo (hasta 21 años en el momento actual siguiendo la prestación por orfandad) y no tanto enfocada en los padres. De este modo, primaría su necesidad objetiva a la vista de la situación concurrente en su unidad familiar (como quiera que estuviera constituida). La opción entre la universalidad o la asistencialidad supone no tanto una elección como una imposición derivada de los costes, pero en ningún caso tiene que implicar una prestación tan desdibujada que acaba por semejar caridad.

Por otro, las previsiones dirigidas a velar por los hijos (o por las madres) con discapacidad merecen, también, una regulación uniforme y autónoma, destinada a tutelar de forma integral las diversas etapas y avatares de una persona en tal circunstancia.

En fin, y en el caso de las prestaciones familiares contributivas sólo cabe esperar su reconfiguración y sistematización, tal y como emplaza la disposición adicional 5.^a Ley 27/2011, de 1 de agosto, que encomienda al Gobierno para que, en el plazo de un año, presente en la Comisión no Permanente de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, un estudio sobre las medidas a adoptar para impulsar los mecanismos que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos, de las personas con discapacidad o personas en situación de dependencia, como elementos a considerar en las carreras de cotización de las mujeres. En dicho estudio se evaluarán económicamente las medidas que se propongan, y también la actual regulación existente en el sistema de Seguridad Social, especialmente en el art. 180 LGSS.

Lamentablemente, el crecimiento expansivo de estas demandas sociales de protección a la familia y el aumento de costes para su satisfacción se enfrenta a los cada vez más limitados recursos disponibles, afectados negativamente tanto por la recesión económica como por la falta de liquidez de los poderes públicos sumidos en la necesidad de respetar los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, pero ello no debe impedir apostar por una mejora a largo plazo en el sentido indicado.

Estudios de
Doctrina
Judicial

LABORUM

Integración de lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial (STC 151/2014, de 25 de septiembre, RTC\2014\151)* Integration of gaps of contribution on part-time contracts (STC 151/2014, 25 september, RTC\2014\151)

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE LEÓN

Resumen

Al calor de un reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional que afirma el carácter razonable, objetivo, no aleatorio y no discriminatorio de la norma que regula la integración de lagunas de cotización para los trabajadores a tiempo parcial, el presente estudio no sólo cuestiona las bases del pronunciamiento, sino que va más allá: denuncia la urgente necesidad de un modelo acabado destinado a regular la protección social de este colectivo.

Abstract

Taking advantage of a recent judgment of Constitutional Court that confirm the rule designed to regulate the integration of gaps of contributions for part-time workers is reasonable, objective, non random and non-discriminatory, this research not only discusses the foundations of judicial ruling, but goes far beyond: the paper denounces the urgent need for a complete model to organize the social protection of this group.

Palabras clave

Seguridad Social; lagunas de cotización; trabajadores a tiempo parcial.

Keywords

Social Security; gaps of contribution; part-time workers.

1. CONTEXTO (LA FALTA DE UN MODELO) Y PRETEXTO (UNA DISCUTIBLE SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL) PARA UNA CUESTIÓN ABIERTA

Si bien el trabajo a tiempo parcial ha estado presente siempre en el tejido productivo, ni su recepción legal expresa como fórmula contractual con entidad propia a comienzos de los 80, ni el hecho de pasar de ser una modalidad esporádica o excepcional de prestar servicios a convertirse en una forma de vida laboral para millones de personas, principalmente mujeres, han conseguido dotarlo de la necesaria estabilidad institucional.

Los continuos vaivenes normativos, con decenas de cambios de diferente entidad (desde modificaciones trascendentales a simples retoques) y obedientes a muy diversas orientaciones, acompañados –en numerosas ocasiones– de la pervivencia de situaciones transitorias, dan pie a un régimen jurídico proceloso, complejo y ciertamente lábil, donde

* El presente estudio se inscribe dentro de los Proyectos de Investigación “Juventud y experiencia en el fomento del empleo y del emprendimiento: un reto para Europa y para España. Subproyecto: Marco jurídico del empleo de los trabajadores jóvenes”, del Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2013-48120-C3-1-P) y del Proyecto “Salud mental de los trabajadores en el tejido empresarial de Castilla y León: estrategias preventivas y tutela reparadora” financiado por la Junta de Castilla y León (LE091U14).

más allá de una raíz común, no cabe descubrir un tronco único con fuste, y sí distintas ramas que se diversifican sin una mano que las oriente con el debido tino¹.

Tan complicado asentamiento en el sistema español de relaciones laborales, la fragmentación de estatutos y la heterogeneidad de situaciones en función de las fechas y normativas bajo las cuales se concertó el contrato necesariamente han de encontrar reflejo en las reglas de protección social que van a acompañarlo, pues si en Derecho del Trabajo no ha dejado de ser una variante atípica, aún más singular va a ser su posición en el ordenamiento de la Seguridad Social, construido –también– sobre la realidad socio-laboral de un trabajador varón, cabeza de familia y con contrato indefinido a tiempo completo².

De este modo, y aunque desde el inicio se tuvo claro cuál había de ser el patrón llamado a presidir el traspaso de la nueva forma de trabajo al ordenamiento de Seguridad Social, su articulación concreta ha sido fuente continua de problemas. El principio de proporcionalidad, como proyección en el trabajo a tiempo parcial de otro principio del Sistema, el de contributividad, era el llamado a intervenir tanto a la hora de computar los períodos de carencia como en la determinación de las bases reguladoras para el cálculo de las prestaciones (en tanto había de actuar sobre un referente de aportaciones menguadas y que acusaban el impacto del menor tiempo trabajado y, por consiguiente, de la cotización inferior). “Doble proporcionalidad” –según ha sido definida– que, al crear una evidente diferencia de trato con el trabajador a tiempo completo, siempre ha necesitado elementos de corrección para que el resultante pudiera ser considerado razonable y justificado (evitando, así, cualquier calificación de discriminatorio); equitativo, además, si puesto en conexión con los parámetros que definen financieramente la estructura global.

Conforme cabe comprobar, por tanto, no existe un reajuste o una redefinición en el modelo de partida general para dar cabida a este asunto singular (tampoco un concepto propio y distinto al laboral a efectos de Seguridad Social³), sino que el trabajo a tiempo parcial se incrusta en todos sus ámbitos y a todos los efectos con las peculiaridades que en cada momento se han considerado oportunas en orden a acomodar el norte difuso de la proporcionalidad a la proyección derivada de unas reglas previstas para el trabajo a tiempo completo.

Ello trae consigo un lento proceso de ensamblaje, para aquilatar en su justo término un nivel de prestaciones fuertemente inspirado en el principio de contributividad (y una tutela directamente relacionada con la actividad profesional del sujeto a proteger, su duración y la naturaleza de los recursos o ingresos que determinan las cotizaciones) y el afán por

¹ Dando cuenta del panorama, entre muchos, el breve pero –pese al transcurso de los años– harto ilustrativo ensayo de CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial; ámbito subjetivo y situaciones afectadas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 2, 2003, BIB 2003/430.

² Tesis unánimemente compartida, cuyos efectos, por cuanto interesa al discurso que sigue, pueden apreciarse en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social (Antiguos y nuevos problemas de igualdad por razón de sexo)*, Madrid, La Ley, 1999, págs. 59 a 62.

³ Atendiendo a alguna sugerente propuesta que últimamente sistematizan, desde la propia Administración de la Seguridad Social, LLORENTE ÁLVAREZ, A. y DEL VALLE DE JOZ, J. I.: “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial. Jurisprudencia reciente y alternativas de reforma”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3, 2013, BIB 2013/1251, pág. 8.

lograr la mayor asimilación –cuando y en cuanto sea posible– al trabajo a tiempo completo, intentando evitar que un tratamiento meramente desigual pase a ser considerado discriminatorio, conforme por otra parte establece, bajo la forma de “condiciones equivalentes”, el Convenio núm. 175 OIT.

Periplo cuyo resultante final, construido por aluvión y con sedimentos bajo forma de preceptos que responden a distintas épocas, ha discurrido en permanente dialogo con los Tribunales, cuyo criterio, en no pocas ocasiones, han servido para dotar de complitud o sentido pleno a las normas y, en algunas otras, para llevar a su modificación, ora para hacer respetar el principio de jerarquía normativa⁴, ora –y es cuanto aquí interesa– para declarar que la regulación vigente en cada momento era contraria al principio de igualdad; es decir, que la proporcionalidad no había encontrado en la ley un justo equilibrio a los intereses en presencia.

Al recuerdo vienen de inmediato dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que hacen frente a tal realidad. El primero de ellos declara inconstitucional, y consiguientemente nula, la previsión a tenor de la cual para la determinación de los períodos de cotización se habían de computar exclusivamente las horas trabajadas, pues con ello se afectaba al principio de igualdad ante la ley desde la perspectiva de la proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado obtenido y la finalidad pretendida⁵. El segundo, más próximo en el tiempo, tiene a la vista la autoridad del parecer del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual declara la existencia de una discriminación prohibida por la Directiva 79/7/CEE en la aplicación de la norma española cuando establecía una doble proporcionalidad para el acceso y determinación de la cuantía de la prestación de los trabajadores a tiempo parcial, en tanto implicaba que se les exigiera un período de cotización proporcionalmente mayor al demandado a los trabajadores a tiempo completo, requisito que operaba en su mayor parte en contra de las trabajadoras, constituyendo así una discriminación indirecta⁶. A su luz, el máximo intérprete de la Constitución considera que las reglas del ordenamiento español referidas al cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial para acceder a la pensión de jubilación no permitían superar los parámetros de justificación y proporcionalidad exigidas por el art. 14 CE, y ni siquiera las medidas correctoras que en su momento introdujo el legislador (incremento de los períodos de cotización mediante la aplicación de un coeficiente del 1,5) conseguían evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que la norma podía conducir⁷.

⁴ STS de 26 de mayo de 1993 (RJ\1993\6374), que declaró nula, por vulneración del principio de jerarquía normativa, la Resolución de la Subsecretaría de Seguridad Social de 1 de febrero de 1982, de conformidad con la cual (regla 3ª en particular) la acción protectora de estos trabajadores se fundaba en el principio de proporcionalidad, reconociéndoles los mismos derechos de Seguridad Social que a los trabajadores a tiempo completo, pero en estricta proporción al esfuerzo de cotización realizado. La situación se solventó dictando una nueva disposición con rango suficiente (disposición adicional 9ª RD 2319/1993, de 29 de diciembre) que mantuvo el contenido de la normativa anterior.

⁵ STC 253/2004, de 22 de diciembre (RTC\7004\253). Sus efectos, sin embargo –y como se verá–, apenas si fueron sentidos, pues con anterioridad al pronunciamiento el legislador ya había proporcionado nueva redacción correctora a través del RD Ley 15/1998, de 27 de noviembre.

⁶ STJUE 385/2011, de 22 de noviembre de 2012, asunto *Elbal Moreno* (TJCE\2012\357).

⁷ STC 61/2013, de 14 de marzo (RTC\2013\61).

En este contexto cabe situar el objeto del presente estudio, tomando como pretexto la cuestión de inconstitucionalidad que resuelve el Tribunal Constitucional relacionada con la interpretación de lagunas de cotización en la carrera de seguro de los trabajadores a tiempo parcial. Aspecto muy concreto dentro del panorama general descrito, pero que permitirá un triple objetivo:

En primer lugar, unirse a la práctica unanimidad de voces que claman por una regulación sistemática destinada a abordar de manera íntegra la posición del trabajo a tiempo parcial en el ordenamiento de la Seguridad Social; dejarse de retoques puntuales forzados por las circunstancias, o al calor de reformas con otros objetivos, para afrontar cuanto no deja de ser un goteo continuo de ejemplos sobre la ausencia de un arquetipo acabado.

En segundo lugar término, describir la regulación actual de esta específica materia, dando cuenta de cómo opera con carácter general y de las variantes y –sobre todo– problemas que suscita cuando queda referida a este colectivo ciertamente diverso.

Por último, y sobre el tenor de cuanto aborda el pronunciamiento constitucional, plantear vías de solución a lo que, se entiende, ha quedado solventado únicamente con carácter provisional.

2. SOBRE LAS OPORTUNIDADES PERDIDAS Y DE LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN SISTEMÁTICA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

Después de más de treinta años de rodaje no existe justificación posible, sino la falta de voluntad, a la ausencia de una respuesta desde la ley globalmente satisfactoria respecto a la inclusión en el Sistema y acción protectora de los trabajadores a tiempo parcial.

Hace más de quince, quien suscribe –al calor, entonces, del Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social de 1996– ya apuntaba cómo se trataba de uno de los aspectos esenciales en la configuración del modelo legal que, si bien admitía diversas soluciones, exigía un posicionamiento claro y con un amplio consenso sobre la conexión o interacción entre la tríada dada por la equidad (adecuación) / la contributividad (cotización) / y la proporcionalidad derivada del esfuerzo contributivo (cuantía de las prestaciones)⁸.

Obraba, a aquellas alturas, un importante asenso sobre lo inadecuado del rumbo adoptado, en particular por mor de la proporcionalidad estricta que recogía el art. 12.4.2º ET, en la versión dada por el RD Legislativo 1/1995 (“para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas”); a tal punto que resultaba verdaderamente chocante con las recomendaciones contenidas en el *Pacto de Toledo* del mismo año, entre las cuales cabría leer que “las prestaciones debían guardar una mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización realizado [sin especificar, no obstante,

⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: “De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (A propósito del Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 81, 1997, pág. 14.

si el mismo debía ser sopesado desde una perspectiva temporal, cuantitativa o desde ambas] para evitar situaciones de falta de equidad. Es preciso que las técnicas de cálculo de las pensiones contributivas permitan en el futuro y de forma progresiva que quienes realizan similar esfuerzo de cotización alcancen prestaciones equivalentes”.

La reforma de 1998 y 1999 (RD Ley 15/1998 y RD 144/1999) mantuvo tal norma, aun cuando recolocándola en la disposición adicional 7ª LGSS (y sin incluir la prestación de desempleo, lo cual permitiría mantener en vigor su normativa reglamentaria más favorable –art. 3.4 RD 625/1985⁹–) y moderando en parte sus efectos para facilitar el acceso a determinadas prestaciones (jubilación e incapacidad permanente), mediante el reconocimiento del beneficio consistente en un coeficiente multiplicador (1,5) a la carrera de seguro de trabajador expresada en términos de cotización a tiempo completo, consiguiendo por esta vía ampliar el número de días teóricos de cotización computables. Precisamente esta dulcificación sirvió para que, en un primer momento de enjuiciamiento, el Tribunal Supremo considerara que la nueva situación normativa no era discriminatoria¹⁰.

Con todo, la revisión del *Pacto de Toledo* de 2003 incluye una recomendación adicional sobre “nuevas formas de trabajo y desarrollo profesional” que apuesta por estudiar, sin merma del principio básico de contributividad, la situación de los trabajadores a tiempo parcial. Propuesta no materializada en ninguna medida concreta, pero que da cuenta de la preocupación por la situación detectada, aun cuando –curiosamente– en su revisión de 2011, y sin ningún avance legal destacado, únicamente se limite a reiterar la propuesta de reforzar el principio de contributividad como elemento básico de preservación del principio de equidad y del equilibrio financiero del Sistema, sin que nada concrete sobre el avance del estudio aconsejado hacía ocho años.

Y, sin embargo, mediaba ya una importante advertencia que provenía de la primera declaración de inconstitucionalidad acaecida en 2004, por más que sin trascendencia legal directa al haber sido previamente modificado el entonces art. 12.4.2º ET (no así la disposición adicional 7ª LGSS, de similar contenido) a través del RD Ley 15/1998. En ella se contenía un doble aviso con fuerza expansiva indudable: atención, de un lado, al criterio de proporcionalidad utilizado, pues podría contrariar –y no sólo en el supuesto enjuiciado– el principio de igualdad; de otro, a la evidente feminización de esta modalidad contractual, en tanto era factible que pudiera conducir a apreciar una discriminación indirecta por razón de género.

⁹ El cual considera cada día trabajado –con independencia del número de horas trabajadoras– como día cotizado. El mantenimiento de su vigencia (pues su inclusión en aquel art. 12.4.2º ET dependía de un desarrollo reglamentario nunca producido y en ningún momento se produjo su derogación formal) en la muy fundada –por referencia a la STS 3 noviembre 1994 (RJ\1994\8589)–, STS de 10 de noviembre 2010 (RJ\2010\7880). Un análisis bien documentado y argumentado en CABEZA PEREIRO, J.: “La carencia en el acceso a la protección por desempleo en el contrato a tiempo parcial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 20, 2011, BIB 2010/3245.

¹⁰ En una serie de pronunciamientos que abrieron las SSTs de 16 de octubre de 2007 (RJ\2007\9397) y 11 de febrero de 2008 (RJ\2008\2780). Un comentario crítico de enjuiciamiento en LÓPEZ GANDÍA, J.: “Trabajo a tiempo parcial y valor de las cotizaciones según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 47, 2009, págs. 173 y ss.

De nada sirvieron las numerosas aportaciones doctrinales que, reflexionando sobre tal pronunciamiento, coincidían todas en el diagnóstico¹¹; tampoco –y es más grave– que se hubieran suscitado una cuestión prejudicial ante el TJUE¹² y dos cuestiones de constitucionalidad más¹³. El indudable alivio de la línea jurisprudencial que sirvió de aval a la reforma de 1988-1999 hizo que el legislador mantuviera la regulación en los mismos términos, y tan sólo en la disposición adicional 29ª Ley 27/2011 ordenara al Gobierno que, antes de finalizar el ejercicio de 2013, abordara en su integridad la realidad y la incidencia del trabajo a tiempo parcial en el ámbito laboral y en el de la Seguridad Social.

Quizá en esta última decisión pesara el amplio eco que entre la doctrina científica había tenido un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acaecido en 2010 respecto a la normativa italiana en la materia, por su paralelismo evidente con la situación legal y problemas detectados en el ordenamiento español¹⁴. Y razones tenía para estar preocupado, pues, resolviendo la cuestión prejudicial arriba aludida, el órgano judicial supranacional sienta sin ambages, en 2012, que se opone a la Directiva 79/7 la normativa española “que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en contraposición con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada”. Añade, para ganar en contundencia, por un lado, cómo “ningún elemento permite concluir que la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de la posibilidad de obtener una pensión de jubilación constituya una medida efectivamente necesaria para alcanzar el objetivo de salvaguardar el sistema de Seguridad Social de tipo contributivo (...) y que ninguna otra medida menos gravosa para esos mismos trabajadores permite alcanzar ese objetivo”; por otro, que su conclusión “no queda desvirtuada por la alegación según la cual las dos medidas correctoras del cómputo del tiempo de trabajo [alegadas por el INSS y expuestas ya en el presente discurso] tengan por objeto facilitar el acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, [pues] no consta que esas dos medidas correctoras tengan el menor efecto positivo en la [su] situación”¹⁵.

¹¹ Entre otras, seleccionadas por la contundencia de sus conclusiones, CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: historia de un desagravio”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2005, págs. 305 y ss.; TÁRREGA POVEDA, J.: “La inconstitucional penalización del trabajo a tiempo parcial”, *Revista de Derecho Social*, núm. 28, 2004, págs. 131 y ss. o GRACIA ALEGRÍA, G.: “Cómputo de los períodos de cotización en el trabajo a tiempo parcial”, *Tribuna Social*, núm. 172, 2005, págs. 49 y ss.

¹² Elevada por Auto del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 4 de julio de 2011 (Pto. 115\2010).

¹³ AATSJ Galicia 13 agosto 2003 (Rec. 5169\2000) y Murcia 8 enero 2007 (Rec. 107/2006).

¹⁴ STJUE 395 y 396/2008, de 10 de junio de 2010, asuntos acumulados *Bruno y Pettini* (TJCE/2010/171). Sobre su evidente proyección sobre el ordenamiento español basten, por ejemplo, los atinados comentarios de RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: “Prohibición de discriminación entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial: cómputo del trabajo a tiempo parcial vertical en la pensión de jubilación”, *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2010, págs. 1909 y ss.; LOUSANA AROCHENA, J. F.: “Tiempo parcial y períodos de carencia (A propósito de la STJUE 10 de junio de 2010)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2010, BIB 2010/486 o FOTINOPOULO BASURKO, O.: “La definitiva superación de la discriminación sobre los trabajadores a tiempo parcial en materia de protección social (Comentario a la sentencia del TJUE de 10 de junio de 2010)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (iustel)*, núm. 23, 2011, págs. 1 y ss.

¹⁵ Comentando la STJUE 385/11, de 22 de noviembre de 2012, asunto *Elbal Moreno*, (TUE/2011\385), entre una pléyade de autores que se han acercado a su contenido, GARCÍA NINET, J. I. y DE VICENTE PALACIO, A.: “Trabajo a tiempo parcial y acceso al sistema español de Seguridad Social: el caso Elbal Moreno”, *Revista del Ministerio de*

Los pilares sobre los que se asentaba la endeble estructura destinada a ordenar la protección social de los trabajadores a tiempo parcial sufrieron un duro embate, que tuvo su continuación en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 2013¹⁶, cuando, tras declarar la nulidad de la primera de las reglas cuestionadas, acusándola incluso de ser “potencialmente más perjudiciales que el criterio establecido en la regulación precedente” (atender a los días teóricos de cotización, obtenidos mediante la operación de dividir el número de horas trabajadas entre cinco), y tratar de suavizar su pronunciamiento sobre “la regla propiamente correctora”, el coeficiente multiplicador de 1,5 (en tanto, sin duda, facilita “el acceso a la protección de aquellos trabajadores a tiempo parcial con jornadas de trabajo de duración más elevada, así como de aquellos en cuya vida laboral los períodos de trabajo a tiempo parcial representan una pequeña proporción respecto del conjunto”), no puede sino acabar reconociendo cómo, “cuando el trabajo a tiempo parcial no sea un episodio más o menos excepcional en la vida laboral del trabajador y cuando la jornada habitual del mismo no resulte muy elevada, la aplicación del criterio de proporcionalidad seguirá, a pesar de la regla correctora, constituyendo un obstáculo desproporcionado para su acceso a la pensión de jubilación”. En consecuencia, esta diferenciación con los trabajadores a tiempo completo en cuanto hace a la carencia como requisito para acceder a una prestación contributiva de la Seguridad Social es “arbitraria” y “conduce a un resultado desproporcionado”, vulnerando el derecho a la igualdad y, al incidir predominantemente en el sexo femenino, provocando también una discriminación indirecta por razón de sexo¹⁷.

La anulación de la regla segunda del apartado 1º de la disposición adicional 7ª LGSS creó un preocupante vacío legal, una “situación de incertidumbre” para el colectivo¹⁸ (salvada, desde el punto de vista interno de la Administración –cuya gestión no puede pararse–, a base de instrucciones en las cuales se llegaba a incluir el “bloqueo” del expediente¹⁹), que requería una urgente actuación del legislador para –acudiendo a sus propios términos– “integrar las lagunas” creadas, en este caso, no por vacíos en la cotización, sino por ausencia de norma.

Con presteza, el Secretario de Estado de Seguridad Social presentó a la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo una propuesta de modificación legal sobre la cual se

Empleo y Seguridad Social, núm. 102, 2013, en especial pág. 252, y MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: “Discriminación en el acceso a la pensión de jubilación contributiva de las trabajadoras a tiempo parcial. A propósito de la STJUE de 22 de noviembre de 2012”, *Revista General de Derecho Europeo (iustel)*, núm. 31, 2013, págs. 1 y ss.

¹⁶ Con continuidad en las SSTC\ 1 y 71/2013, de 8 de abril (RTC\2013\71 y 72) y 116 y 117/2013, de 20 de mayo (RTC\2013\116 y 117).

¹⁷ Restringiendo las citas de una sentencia ampliamente comentada, permita el lector la selección del análisis efectuado por GÓMEZ GORDILLO, R.: “Trabajo a tiempo parcial, jubilación y prohibición de discriminación sexual. Revisión de la normativa española a la luz del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 47, 2014, págs. 157 y ss.; también la reiteración de argumentos que ya expusiera con anterioridad, ahora parcialmente admitidos por el Tribunal Constitucional, recogidos en el estudio de LÓPEZ GANDÍA, J.: “Trabajo a tiempo parcial y valor de las cotizaciones según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Social*, núm. 61, 2013, págs. 135 y ss.

¹⁸ En los términos que magníficamente expone de manera sucinta NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “El incierto futuro de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial tras la STC 61/2013, de 14 de marzo”, *Actum Social*, núm. 76, 2013, págs. 264 y ss.

¹⁹ Las instrucciones aparecen recogidas en la comparecencia del Secretario de Estado de la Seguridad Social ante la comisión del Pacto de Toledo, http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/DSCI1-10-CO-381.PDF.

fraguó el Acuerdo entre el Gobierno y los interlocutores sociales de 31 de julio de 2013 (relativo a la “mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial”) que ahora recoge el RD Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

Después de tantas advertencias previas y buenos propósitos incumplidos, tan sólo la falta de salida a que condujo la decisión del Tribunal Constitucional forzó al necesario cambio. Las prisas, y sobre todo los condicionantes económicos (el propio Secretario de Estado cifró los costes del ajuste en 1.900 millones de euros), hicieron que la nueva redacción dada a las reglas segunda (“períodos de cotización”) y tercera (“bases reguladoras”), letra c), del apartado primero de la disposición adicional 7ª LGSS, distase de aspirar a un enfoque general de los problemas de protección social de los trabajadores a tiempo parcial y se quedara en un mero retoque para salvar las circunstancias²⁰.

Oportunidad perdida, en consecuencia, por –al menos– una patente falta de diligencia preventiva del legislador, tanto más lamentable cuando ya era de todos conocida la cuestión de constitucionalidad que, sobre otro aspecto no abordado en la reforma, había planteado –con toda su autoridad– el Tribunal Supremo. Muy confiado había de estar en el resultado de la sentencia, o extrema la urgencia, para no haber reparado en el detalle que, en muy breve plazo, la norma que había creado podría resultar insuficiente ante otra eventual declaración de nulidad, aunque en este caso afectara a la letra b) la regla 3ª, apartado primero, de la misma disposición adicional 7ª LGSS. O tal vez pensara que resulta suficiente fiarlo todo a la

²⁰ De hecho, la reforma podría resumirse en tres pautas: 1) En los períodos de cotización, aplicación de los denominados “coeficiente de periodicidad” y “coeficiente global de parcialidad” (con los cuales la carencia pasa a individualizarse, a adaptarse a la carrera de seguro de cada trabajador a tiempo parcial [RIVERA SÁNCHEZ, J. R.: “La reforma del acceso a la protección social y el trabajo a tiempo parcial. Un análisis del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2013, pág. 115]), debiendo computar a estos efectos las horas complementarias, pues se tiene en cuenta el tiempo de alta en el/los contratos “cualquier que sea la duración de la jornada de cada uno de ellos” [FERNÁNDEZ PROL, F.: “Trabajadores a tiempo parcial y protección social. Novedades en materia de cotización y reformulación de las reglas de cómputo de los períodos carenciales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013, págs. 92 a 96] y, quizás, dadas sus características, tomando en consideración su promedio anual [LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 53 o SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “‘Readaptación’ del trabajo a tiempo parcial a los principios configuradores del Sistema de Seguridad Social”, *Documentación Laboral*, núm. 9, 2013, pág. 107]. 2) En la determinación de la cuantía, aplicación de las reglas generales, con excepción de las prestaciones de jubilación de muerte y supervivencia, en las que el porcentaje aplicable a la base reguladora incluye un coeficiente multiplicador del 1,5 que actúa sobre el período de cotización calculado de conformidad con el coeficiente global de parcialidad; también establecimiento de una regla especial para la jubilación en cuanto a la escala del porcentaje aplicable. 3) Aplicación de los complementos de mínimos sin tener en cuenta coeficiente global de parcialidad alguno; es decir, de conformidad con las reglas generales contenidas en la LGSS.

Entre las cuantiosas exposiciones doctrinales de la norma, LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, cit., págs. 35 y ss.; LLORENTE ÁLVAREZ, A.: “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial. Reformas recientes”, en VV.AA.: *Las reformas laborales y de Seguridad Social*, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.), Pamplona, Lex Nova/Thomson Reuters, 2014, págs. 109 y ss.; o BARCELÓN COBEDO, S.: *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 92 y ss.

Por lo gráfico de los ejemplos prácticos que proponen y resuelven, para así mostrar el resultante final de la reforma, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “‘Readaptación’ del trabajo a tiempo parcial a los principios configurados del sistema de Seguridad Social”, cit., págs. 105 y ss. TRILLO GARCÍA, A.R. y ARAGÓN GÓMEZ, C.: “Cómputo de cotizaciones en los trabajadores a tiempo parcial, tras la Ley 1/2014”, *Información Laboral*, núm. 2, 2014, págs. 109 y ss., o PANIZO ROBRES, J. A.: “Las nuevas reglas de Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial”, *CEF Laboral Social*, 2013, www.laboral-social.com.

intervención futura –si fuere menester y/o lo considerara oportuno– que contiene la disposición adicional 4ª del RD Ley: “El Gobierno elaborará en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley un informe en relación con el impacto que las medidas introducidas en el mismo haya tenido sobre el conjunto de los trabajadores a tiempo parcial, en el que también podrá formular propuesta de adaptación en orden a un posible perfeccionamiento tanto de la cotización como de la acción protectora de dicho colectivo”.

Motivos tenía para la cautela, y mucho mayores aún si analiza con tiento tanto la regulación actual sobre la integración de lagunas de cotización de los trabajadores a tiempo parcial, como el desenlace final que cabe presumir pase a –o precisamente por– cuanto resuelve y deja pendiente el Tribunal Constitucional.

3. LA REGLA ESPECIAL SOBRE INTEGRACIÓN DE LAGUNAS DE COTIZACIÓN PARA LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL

De conformidad con cuanto previenen los recientemente reformados (apartado uno art. 3 Ley 27/2011 y apartado uno disposición adicional 20ª Ley 3/2012) arts. 140 y 162.1.1.2 LGSS, referidos, respectivamente, a la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y a la pensión de jubilación, la pauta general para integrar lagunas, cuando en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparezcan meses durante los cuales no haya existido obligación o cotizar, viene dada por completar las primeras cuarenta y ocho mensualidades con la base mínima de entre todas las existencias en cada momento, y el resto de las mensualidades con el 50 por 100 de esa base mínima²¹.

Teniendo presente que el juego de la norma está previsto sólo para el Régimen General (con notables particularidades en cuanto hace a sus Sistemas Especiales de Empleados de Hogar –disposición adicional 39ª.3 Ley 27/2011– y Trabajadores Agrarios por Cuenta Ajena –art. 6.6 Ley 28/2011–) y los Régimen Especiales de la Minería del Carbón y de Trabajadores del Mar, por lo que se refiere a los trabajadores por cuenta ajena integrados en el mismo, ha sido preciso un largo –y a veces azaroso– proceso legal de ajustes, así como permanentes aclaraciones de los Tribunales, para asentar algunas reglas que servirán también –con matices puntuales– para los contratos a tiempo parcial. Así, dos fundamentales:

1ª Constituye condición *sine qua non* que no exista obligación de cotizar y, por ello, aparezcan vacíos de cotización que afecten (o puedan hacerlo) de manera negativa a la cuantía de las pensiones del interesado. No cabe, en consecuencia, aludir a lagunas cuando la obligación de cotizar existiera pero hubiera sido incumplida, pues en tal supuesto se estará ante la figura distinta del descubierto; tampoco tendrán cabida aquellas otras situaciones en las cuales se mantiene la obligación de cotizar, pero reducida en proporción a la minoración de la jornada (v. gr., permisos por lactancia, cuidado de hijos o familiares e, incluso, maternidad parcial), sin constituir por ello una modalidad de trabajo a tiempo parcial.

²¹ Con superior detalle, y un importante aparato crítico, por todos, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La jubilación ordinaria”, *Temas Laborales*, núm. 112, 2011, págs. 146-150. Sobre su impacto de género, por cuanto al presente discurso interesa, BALLESTER PASTOR, M. A.: “Reformas en materia de protección social e impacto de género”, *Temas Laborales*, núm. 112, 2011, págs. 61 y 62.

2º Su operatividad queda vinculada a las pensiones (nunca a los subsidios), es decir, a prestaciones que requieren una larga carrera de seguro para poder acceder a las mismas, donde es más probable que aparezcan esos vacíos. Y no a todas, además, pues abiertamente quedan fuera las pensiones por muerte y supervivencia y únicamente se alude a su aplicación cuando se trata de la jubilación y de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común.

El interrogante aparece precisamente cuando se trata de pensiones de incapacidad permanente provenientes de causa distinta a la enfermedad común, pues aun cuando la respuesta es sencilla si derivara de contingencias profesionales (no en vano la base reguladora se calcula a partir de los salarios reales del trabajador en el momento del hecho causante), y resulta contundente el criterio negativo tanto de INSS como del Tribunal Supremo cuando se tratare de accidente no laboral (al aplicar la normativa anterior a la LGSS –arts. 15 a) Orden de 14 de abril de 1969 y 7.1 D. 1646/1972–, en tanto no derogada²²), entender que también ampara, ante la falta de referencia legal expresa, a la incapacidad permanente en grado de absoluta y la gran invalidez derivadas de accidente no laboral en el supuesto de que el trabajador no se encontrara en situación de alta o asimilada, si bien cuenta con el beneplácito del Tribunal Supremo²³ –y la duda, por otra parte, debería ser despejada a favor del asegurado²⁴–, no por ello deja de plantear algunas reservas importantes²⁵.

El descenso desde la regla general a su aplicación en los trabajadores a tiempo parcial, así como el análisis de cuanto han sido sus variables y confusas reglas especiales, aboca a un sinnúmero de problemas que, por razón del objeto –y sin poder descender ahora a situaciones muy particular con cuestiones propias²⁶–, podría ser agrupados conforme sigue:

1º.- Pese a que en determinados casos los Tribunales han admitido la integración en el contrato a tiempo parcial de las horas no trabajadas (por referencia o un contrato a tiempo completo) como una verdadera laguna (así, por ejemplo, si se trataba de un contrato subsiguiente a una jornada completa²⁷, intermitente²⁸ o esporádico²⁹), tal perspectiva o

²² SSTS 10 abril 2001 (RJ\2001\4896), 14 octubre 2002 (RJ\2008\2066), 4 octubre 2004 (RJ\2004\732), 21 marzo 2005 (RJ\2005\5028), 27 febrero 2006 (RJ\2006\1904), 4 abril 2007 (RJ\2007\3976) o 1 febrero 2010 (RJ\2010\3383). En la doctrina, comentando este último pronunciamiento, ROMERO CORONADO, J.: “La integración de lagunas de los períodos en que no ha existido obligación de cotizar para la determinación de la cuantía de la incapacidad permanente absoluta en los contratos a tiempo parcial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, 2010, BIB 2010/1102.

²³ Así la línea de pronunciamientos precedentemente enunciados y la firme defensa efectuada a su amparo por RUIZ SALVADOR, J. A.: *Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo. Especialidades de su protección social*, Albacete, Bomarzo, 2003, pág. 120.

²⁴ Conforme acaba sosteniendo, por ejemplo, BARCELÓN COBEDO, S.: *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social*, cit., págs. 149 y 150.

²⁵ Sirvan las planteadas, por ejemplo, por BARBA MORA, A.: *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi/Thomson, 2013, pág. 2008.

²⁶ Así, por ejemplo, el complejo asunto que hace poco más de un año ha abordado la STJ Cataluña 4 marzo 2013 (AS\2013\1665), comentada por VARELA ÁLVAREZ-QUIÑONES, M. I.: “Forma de cómputo de los períodos cotizados a tiempo parcial y durante el período de incapacidad temporal y su prórroga para lucrar una prestación de incapacidad permanente”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2013, BIB 2013/2130.

²⁷ STSJ Cantabria 26 febrero 2003 (AS\2003\187068).

²⁸ STSJ Aragón 22 marzo 2000 (AS\2000\598).

lectura de la Ley asentada en las circunstancias concretas de quien instaba el beneficio no deja de ser excepcional y, –aun reconociendo su carácter “humanitario”–, no puede ser compartida, pues cuando verdaderamente existe cotización, por más que sea menor (ajustada a la entidad del contrato), no media laguna alguna a integrar (en su caso obraría cuanto ha sido denominado, con fortuna, “lagunas del contrato”³⁰, por contraposición a quienes no tienen ninguna y sí dan pie a la aparición de vacíos de cotización). Así, y según habían anticipado algunos Tribunales Superiores de Justicia³¹, se conforma una línea judicial sólida sentando como doctrina –reproducida literalmente en todo o en parte en numerosos pronunciamientos– que “no cabe admitir [en tales supuestos] se dé una propia y verdadera situación de laguna de cotización; antes al contrario, se verifica una auténtica cotización, si bien adecuada a la índole y naturaleza del contrato en el período computable a los fines de obtención de la prestación de Seguridad Social (...) El hecho de que en el período final a tener en cuenta respecto a la obtención del reconocimiento de una pensión [de invalidez permanente en el caso] se hubieren prestado servicios a tiempo parcial no autoriza a entender que por el tiempo no trabajado en dicho período [se] hubiera producido una laguna de cotización, porque lo cierto y verdad es que sí trabajó y cotizó, y pudo haberse hecho, también, a tiempo completo. Prender que, en tal situación, ha de recurrirse a una ficción jurídica contraría al principio de que la base de cotización debe atemperarse a las retribuciones realmente percibidas y previstas, únicamente, para aquellos casos en las que no hay obligación de cotizar excede, claramente, de cualquier visión lógica del ordenamiento jurídico aplicable”³².

Por si duda hubiere, además, el art. 7.2 RD 1131/2002 es concluyente: “a excepción de los períodos entre temporadas o campañas de los trabajadores con contrato de trabajo fijo discontinuo, en ningún caso se considerarán lagunas de cotización las horas o los días en que no se trabaje en razón de las interrupciones en la prestación de servicios”.

Cabe apreciar, de este modo, un elemento de separación primero en el género de trabajo a tiempo parcial (que por razones obvias apartará también al jubilado parcial, cuyo contrato a tiempo parcial es condición esencial para el mantenimiento de aquella condición), entre la especie común y los fijos discontinuos. E incluso entre estos mismos, pues la previsión del art. 7.2 mencionado únicamente tiene sentido respecto de los fijos discontinuos irregulares (de fechas inciertas) o de los fijos discontinuos periódicos (o regulares que responden al modelo clásico de prestación de servicios repetidos cíclicamente, marcados por períodos de actividad e inactividad); en cambio, respecto de aquellos otros que distribuyen su tiempo de trabajo anual acumulándolo en diferentes períodos de cada año, la opción por la concentración del tiempo de trabajo implica, en el ámbito de la Seguridad Social, la obligación formal de alta, y con ella la cotización, motivo por el cual en la base reguladora de sus pensiones de jubilación e incapacidad permanente no será menester aplicar ninguna integración de lagunas, pues no existen vacíos de cotización.

²⁹ SSTSJ Galicia 26 octubre 2001 (AS\2001\4311) o 27 marzo 2007 (AS\2007\2277).

³⁰ DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I.: “Contrato a tiempo parcial y prestaciones de Seguridad Social”, *Tribuna Social*, núm. 85, 1998, págs. 97 y 98.

³¹ Ente muchísimas, por su claridad, SSTSJ Cataluña 13 marzo 2003 –dos– (JUR\2003\129812 y 129846).

³² SSTS 23 marzo 2006 (RJ\2006\2318), 31 octubre 2007 (RJ\2008\700), 30 enero 2008 (RJ\2008\2081), 10 marzo, 29 septiembre y 6 noviembre 2009 (RJ\2009\1721 y 6181 y 2010\1149) o 26 enero 2010 (RJ\2010\3129).

2º.- Durante muchos años fue objeto de vivo debate, y posiciones judiciales encontradas, la alusión legal a “meses” con vacíos de cotización como el referente a completar, pues se entendió –llamando a la reforma legal– “que considerar laguna a integrar sólo las mensualidades completas sin cotizaciones puede llevar –en casos extremos– a un trato o situación perjudicial al que trabaja más que al que lo hace menos; es decir, si la actora trabaja un solo día nada habrá que integrar [pues ya había cotización], por el contrario, si no trabaja integrará esa mensualidad con la base mínima”³³.

Esta interpretación de la norma, que podía llegar a hacer que a un esfuerzo contributivo mayor le correspondiera una menor intensidad protectora (capaz no sólo de vulnerar el principio de igualdad, sino de desincentivar abiertamente el trabajo a tiempo parcial)³⁴, fue corregida por el Tribunal Supremo al enjuiciar un supuesto de hecho que se regía por la normativa anterior a la entrada en vigor del art. 14 bis Ley 52/2003 –precepto que, no obstante, le sirve de referente al juzgador–, entendiéndolo, en síntesis, que del “contexto, espíritu y finalidad [de la norma] debe llegarse a la conclusión contraria [a cuanto parece indicar el tenor literal] de aplicar la base mínima a los días en que no se presten servicios, aunque el período de inactividad laboral no coincida con meses completos”³⁵.

Tal es la solución legal que se ofrece desde la norma mencionada: pues “en los supuestos en que en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista sólo durante una parte del mismo procederá la integración señalada en el párrafo anterior [la aplicación de la regla general expuesta], por la parte del mes en que no existe obligación de cotizar, siempre que la base correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada. En tal supuesto, la integración alcanzará hasta esta última cuantía”³⁶.

3º.- Pero la verdadera regla especial para los trabajadores a tiempo parcial, por contraposición a las meras adaptaciones expuestas, viene dada por la letra b) de la regla tercera de la disposición adicional 7ª, según la cual, y para este colectivo, “la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la

³³ STSJ Murcia 17 diciembre 2001 (JUR\2002\46075). Críticos con esta solución que dimana del tenor literal, DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J. I.: “Contrato de trabajo a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social”, cit., pág. 97 o GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Novedades de la protección social del trabajo a tiempo parcial contenidas en el RD-L 15/1998 y en el RD 144/1999”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 18, 1999, pág. 176 y ss. Clarificador el discurso de ROQUETA BUJ, R.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, Madrid, CES, 2002, pág. 138: “Solución que resulta insatisfactoria, pues a un trabajador a tiempo completo que vea extinguido su contrato le puede resultar más ventajoso permanecer inactivo y sin cotizar que desempeñar una nueva actividad a tiempo parcial, pues la integración de lagunas con la base mínima de cotización le puede deparar un importe superior en la base reguladora que el cómputo de las bases de cotización correspondientes al trabajo a tiempo parcial”.

³⁴ Mostrándolo con formulaciones harto expresivas, LÓPEZ GANDÍA, J.: “Trabajo a tiempo parcial y protección social tras la reforma del mercado de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núms. 15-16, 1998, pág. 143 o TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: “La duración de la jornada de trabajo y las pensiones contributivas de la Seguridad Social: examen particularizado del contrato a tiempo parcial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 65, 1994, pág. 143.

³⁵ Para confirmar la tesis sostenida en la STSJ Andalucía/Sevilla 8 mayo 2003 (AS\2003\177212), STS 20 diciembre 2004 (RJ\2005\2304). Con posterioridad, de interés en el contexto del discurso, STSJ Baleares 21 febrero 2005 (JUR\2005\222012).

³⁶ “Una crítica implícita por la cicatería de la previsión legal” en GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La jubilación ordinaria”, *ci.*, pág. 149.

base mínima de cotizar de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término” (referencia a “en último término” que aparece precisada en el art. 7.2 RD 1131/2002, entendiendo por tal “en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar”).

En su aplicación cabe apreciar dos soluciones diferentes para el conjunto general de trabajadores a tiempo parcial en función de la distinción que establece el art. 7.2 y ha quedado expuesta:

1.- En primer lugar, y por cuanto hace a los fijos discontinuos, la jurisprudencia que toma cuerpo a partir de 2009 entiende que “la referencia legal al ‘número de horas contratadas en último término’, ha de interpretarse como la totalidad de la jornada realizada durante la campaña en que el trabajador presta los servicios”. Así, y en discurso repetido literalmente –incluidos error tipográficos–, se sienta que “en la norma reglamentaria se especifica el momento en que ha de tenerse en cuenta ese número de horas contratadas, pero, como no podía ser de otra manera, se insiste en el concepto de ‘horas contratadas’, lo que conduce a la misma solución apuntada, teniendo en cuenta además que el núm. 2 del art. 7 del citado Real Decreto establece de manera incontestable (...) que en los trabajadores fijos discontinuos –a diferencia de los contratados a tiempo parcial al amparo de art. 12 ET con jornada inferior a la ‘comparable’– ‘el tiempo comprendido entre campañas tendrá la consideración de lagunas de cotización, que habrán de integrarse entonces con las bases mínimas’ correspondientes, como antes se dijo, a la actividad contratada, esto es, en jornada completa y en proporción al número de días de trabajo efectuadas en la campaña correspondiente. El texto de este último apartado del art. 7 del Real Decreto impone el tratamiento diferenciado entre los contratos a tiempo parcial y los trabajos fijos de carácter discontinuo, diferencia que justifica la doctrina establecida en esta Sala respecto al mismo problema en ambos contratos”³⁷.

2.- Frente al remedio anterior, ninguna otra solución –parece darse a entender, de ahí el insistir en la diferencia– más favorable que el literal cabría seguir en el intento de corregir situaciones cuanto menos desfavorables.

En verdad el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de mitigar tales efectos en los supuestos, claramente marginales, en los cuales el trabajo a tiempo parcial deja de ser relevante para el período de conformación de la base reguladora (en el caso, una pensión de jubilación que en los quince años últimos presenta cotizaciones a tiempo completo y períodos sin obligación de cotizar, y sólo fuera de ese margen aparece una última cotización por trabajo a tiempo parcial) cuando afirma que “la regla especial de la disposición adicional séptima y del art. 7 RD 1131/2002, según la cual dichas bases mínimas integradoras de

³⁷ SSTS 25 y 29 junio y 21 septiembre 2009 (RJ\2009\4287, 4685 y 6168) y 21 enero 2010 (RJ\2010\3114). Recordando tales pronunciamientos, con algún detalle adicional, SSTSJ Comunidad Valenciana 14 enero 2010 (JUR\2010\114825) y 28 mayo 2012 (JUR\2012\297528).

Como resultado de esta jurisprudencia, el INSS cambia sus criterios para ordenarse internamente bajo la premisa según la cual, de existir lagunas de cotización entre campañas, las mismas habrán de integrarse con la base mínima de cotización de entre las vigentes en cada momento, tomando dicha base en la misma proporción en que se hubiese prestado servicios en la campaña anterior; para ello se tendrá en cuenta el número de días reales de trabajo (o teóricos si no se trabajase en jornada completa) y el número de días naturales de duración de la campaña (Criterio 8/2010).

lagunas pueden minorarse cuando el período en que se aplican haya sido precedido de un trabajo –y su correspondiente cotización– a tiempo parcial no se puede aplicar cuando [como en el caso expuesto] la laguna a integrar se extiende hasta el final del período computable para calcular la base reguladora e incluso lo sobrepasa, con lo que, hablando con propiedad, la laguna no está precedida de nada, pues más allá de ese límite no hay nada que deba ser tenido en cuenta para el cálculo de la base reguladora, ni para bien ni para mal”³⁸.

Ciertamente, también, algún Tribunal Superior de Justicia –rectificando sobre su criterio original³⁹– atempera los efectos de la norma y, acudiendo a los principios de igualdad de trato y no discriminación respecto de los trabajadores a tiempo completo, sin perjuicio de la aplicación de los principios de proporcionalidad y contributividad, crea un criterio propio y entiende que no es de aplicación la normativa aquí considerada “a los trabajadores que a lo largo de su continuada vida laboral han trabajado a tiempo completo, y sólo de forma esporádica lo han hecho a tiempo parcial”⁴⁰; en consecuencia, y cuando se acredite que el trabajo a tiempo parcial sólo ha ocupado un corto período en una vida laboral normalmente desarrollada a tiempo completo (algo que –reconoce– “ha de llevar a la siempre compleja delimitación de cuándo se da un caso u otro, en los variados supuestos posibles, frente a la seguridad de una norma que contemplara directamente el supuesto”⁴¹), la integración de lagunas habría de tener lugar –bajo su parecer– “aplicando las bases de cotización mínimas de trabajo a tiempo completo durante las fechas con vacío de cotización, sin reducción proporcional alguna”⁴².

Sin embargo, las mentadas no dejaban de ser sino dos excepciones puntuales (la una por lo limitado del supuesto de hecho, y la otra por los límites geográficos a los que extendían sus efectos las resoluciones al Tribunal Superior de Justicia), pues la inmensa

³⁸ STS 18 octubre 2011 (RJ\2012\1221); en aplicación de tal tesis, STSJ Madrid 24 marzo 2014 (JUR 2014\109004).

³⁹ SSTSJ Cataluña 13 octubre 2001 (AS \2001\4676) y 8 mayo 2002 (JUR\2002\1878381).

⁴⁰ Criterio iniciado –en cuanto se conoce– por la STSJ Cataluña 14 abril 2004 (AS\2004\1881).

⁴¹ STSJ Cataluña 25 marzo 2010 (AS\2010\1692), la cual anticipa –por cierto, para rechazar en el caso concreto la petición del interesado, pues 551 días a tiempo parcial frente a 1555 días a tiempo completo no le permitía considerar la prestación a tiempo parcial como irrelevante o episódica– alguno de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo en la cuestión de constitucionalidad. Atendiéndose a su literal cabe leer: “ha de aceptarse que pueden existir supuestos de larga carrera de seguro a tiempo completo, que se finaliza con cortos períodos a tiempo parcial, en que, como se insinúa en el recurso, se haría de peor condición a quien trabaja últimamente a tiempo parcial frente a quien no lo hace en absoluto, ya que en este último caso las lagunas se integrarían con las bases mínimas a tiempo completo, mientras que en el primero se haría con las correspondiente al último contrato a tiempo parcial, con el correspondiente grave perjuicio para el importe de la base reguladora. Ésta parece una conclusión absurda, de grave desincentivación del reingreso o mantenimiento en el mercado de trabajo, y por consiguiente grave perjuicio de quien trabaja frente a quien no lo hace, que en modo alguno puede tenerse por finalidad de la ley. La ley y su norma de desarrollo son aplicables a quienes de una forma relevante han trabajado a tiempo parcial, pero no a quienes lo han hecho de una forma irrelevante u ocasional o si se quiere excepcional. Por ello la Sala acepta que la norma no puede referirse a los supuestos de muy escasa relevancia en el período final de la vida laboral, frente a toda una carrera de seguro realizada a tiempo completo (...) [lo contrario] convertiría al trabajo a tiempo parcial, incluso temporal, en una suerte de trampa para quienes han alcanzado una determinada edad, en vez de una oportunidad de empleo y de continuar la carrera de seguro. Especialmente cuando el período trabajado a tiempo completo es irrelevante tanto para alcanzar el período mínimo de cotización, como cuando en su caso carezca de importancia para el aumento de porcentaje sobre la base reguladora, en las pensiones que así lo prevén”.

⁴² Sobre los precedentes mencionados, también, SSTSJ Cataluña 5 junio 2013 (JUR \2013\262029) o 7 mayo 2014 (AS\2014\1610).

mayoría de los pronunciamientos judiciales (y la uniforme práctica administrativa) aplicaban la letra de la ley y, puestos a buscar justificación a la misma, se acudía y acude a la imprescindible congruencia con los principios de contributividad y proporcionalidad. Así, y habida cuenta de que la cotización debe acomodarse a las horas efectivamente realizadas, también el cálculo de la base ha de mostrar su equivalencia con tales horas efectivamente trabajadas; en consecuencia, los cálculos deben ajustarse a la cotización real, y también la integración de lagunas debe realizarse según la aportación que el beneficiario hubiera realizado de no interrumpirse la obligación de cotizar, pero no con bases diferentes a las que le hubiera correspondido de haber seguido en activo trabajando a tiempo parcial, sino precisamente con éstas, por ser las en efecto realizadas en el período inmediatamente anterior a la aparición de la obligación de cotizar⁴³.

Todo ello sin tener en cuenta el hecho de que esta solución pudiera constituir un factor de desánimo más para la utilización de este tipo de contrato al poder resultar más ventajoso permanecer en situación de inactivo, pues, a efectos de futuras pensiones de jubilación o incapacidad permanente, estos períodos de vacío en la cotización se integrarán conforme a la regla general, esto es, con bases mínimas (aun cuando sólo alcance a las primeras cuarenta y ocho mensualidades), que hacerlo conforme a la regla especial analizada. Ello por no aludir al elemento aleatorio sencillo de constatar en un ejemplo al cual acude la doctrina de continuo: “el esfuerzo contributivo de un trabajador a tiempo completo que ha prestado servicios durante tres meses y permanece el resto del año en situación de paro involuntario no subsidiado puede ser muy inferior al de un trabajador a tiempo parcial que trabaja seis meses al año a una jornada reducida al 60 por 100 de la normal, y, sin embargo, la laguna de aquél se integrará por la base mínima específica del contrato a tiempo parcial”⁴⁴.

4. EL DEBATE CONSTITUCIONAL Y ALGUNAS CUESTIONES SIN RESOLVER. PROPUESTAS DE ACTUACIÓN

La exposición precedente sirve para presentar una realidad que constituiría propicio caldo de cultivo para una controversia judicial al más alto nivel. De este modo, ni el Tribunal Supremo que suscita la cuestión de constitucionalidad, ni el Tribunal Constitucional que la desestima, tuvieron grandes dificultades a la hora de encontrar argumentos para sostener sus respectivas posiciones, pues éstas se encontraban reiteradamente presentes en distintos pronunciamientos judiciales previos y en múltiples ensayos de la doctrina científica.

Intentando sistematizar el debate (en el que juega un papel menor la Abogacía del Estado, cuyo criterio merece una severa, y merecida, réplica por el Tribunal Constitucional⁴⁵), las objeciones a la constitucionalidad del precepto (a algunas de las cuales

⁴³ Acudiendo tal acervo judicial, la opinión que sintetiza ALZAGA RUIZ, I.: “La reforma de la pensión de incapacidad permanente”, en VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), Pamplona, Aranzadi/Thomson, 2008, págs. 59 y 60.

⁴⁴ Recogiendo planteamientos anteriores, en texto al que luego han hecho referencia todos cuantos han estudiado a fondo la materia, ROQUETA BUJ, R.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, cit., pág. 10.

⁴⁵ El Abogado el Estado sostiene que el precepto controvertido no precisa con claridad su campo de aplicación, dejando la tarea al intérprete, lo cual hace que su tenor resulte compatible tanto con el criterio que mantienen el INSS, como el sugerido por el Tribunal Supremo o con, probablemente, otras interpretaciones más. Ello demuestra,

se adhiere el Ministerio Fiscal) y la respuesta a las mismas pueden ser condensadas en las a continuación enunciadas:

1ª.- Al tratarse de una regla de estricta proporcionalidad que conduce a bases reducidas en función de las horas trabajadas en el último contrato antes de que cesara la obligación de cotizar y se abriera el vacío a “rellenar”, surge “una primera anomalía, pues si el trabajador en lugar de prestar servicios a tiempo parcial hubiera permanecido inactivo, se hubiera aplicado la integración de lagunas con las bases mínimas a tiempo completo, con lo que el empleo a tiempo parcial se desincentiva desde el momento en que a afectos de las pensiones de la Seguridad Social la inactividad tiene un tratamiento más favorable que la actividad a tiempo parcial”.

Este razonamiento, que conlleva una reducción al absurdo para mostrar la falta de lógica en la regulación legal, no merece respuesta expresa para el Tribunal Constitucional. Con su silencio cabría seguir que ninguna relevancia concede, desde el plano en el cual analiza la norma, a los eventuales efectos descabellados a que pudiera conducir, pues en todo caso pesaría sobre el ciudadano (aun cuando con evidente reflejo en el interés público) la decisión de no trabajar, o hacerlo a tiempo parcial, a la vista de las disposiciones existentes. O eso, o –como hará más tarde– que la solución no le corresponde a él, sino al legislador.

2ª.- La segunda de las objeciones considera que la norma puede introducir un trato peyorativo y arbitrario para cuantos han desarrollado la mayor parte de su vida laboral a tiempo completo y solo una pequeña parte a tiempo parcial, en tanto podrían resultar perjudicados de manera desproporcionada por el hecho de que ese trabajo a tiempo parcial fuera precisamente (según ocurre con frecuencia como fórmula para salir del desempleo) anterior a las mensualidades en las que, dentro de la base reguladora de la pensión, existen vacíos de cotización. La razón es obvia: tales lagunas se “rellenan” con la base mínima de cotización, lo cual no ocurriría si antes de cesar la obligación de aportación al Sistema hubieran estado trabajando a tiempo completo o –volviendo a la cuestión precedente– no hubieran estado trabajando.

Frente a tal argumento, tampoco obra ninguna respuesta expresa, quizá porque falta ese “*tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca”, motivo por el cual reconduce su contestación a la concreta cuestión donde sí aprecia ese elemento de contraste.

según su parecer, que el asunto carece de relevancia constitucional, en tanto el “inexpresivo” tenor de la disposición legal no condiciona la resolución del fallo en el asunto *a quo*, sino que éste depende tan sólo de una construcción u otra de entre las varias compatibles con su dicción.

La respuesta es contundente: “Sin perjuicio de que fuera posible una interpretación distinta del precepto cuestionado (...), lo cierto es que esta circunstancia no puede proyectarse sobre la admisibilidad de la cuestión. De un lado, porque según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, no es posible revisar el juicio de relevancia realizado por el órgano judicial en cuanto a la selección de la norma aplicable o a la interpretación que a la norma se le asigna más que en aquellos casos en los que, según principios básicos, puede decidirse que la norma no es aplicable o tiene un alcance distinto al que le atribuye el órgano judicial. De otro, y sobre todo, porque este Tribunal también ha reiterado que la circunstancia de que la norma pudiera admitir una interpretación conforme a la Constitución no se proyecta sobre las posibilidades de plantear la cuestión (...) Es doctrina constitucional que la cuestión de inconstitucionalidad versa sobre el texto de la ley, no sobre las distintas interpretaciones que de dicho texto legal pueden ser realizadas”.

3°.- Convertida así en el centro del debate, la tercera de las objeciones se centra en el trato contrario al principio de igualdad, por arbitrario, no responder al principio contributivo y actuar aleatoriamente, que se produciría en supuestos como el que propone para simplificar la comparación⁴⁶: dos trabajadores que habiendo cotizado los mismos días a tiempo completo y a tiempo parcial a lo largo de su vida laboral, en el momento anterior al inicio de la laguna de cotización uno de ellos tiene un contrato a jornada completa y el otro un contrato a tiempo parcial. En virtud de la regla legal expuesta, la laguna del primero se integrará con la base mínima de cotización para mayores de 18 años, mientras que la del segundo se hará con la base mínima de cotización correspondiente al contrato a tiempo parcial vigente en último término.

En la contestación negativa, el Tribunal Constitucional esgrime tres argumentos fundamentales:

A.- En primer lugar, aduce el justificado trato desigual entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, situando su origen en las normas que con carácter general regulan la determinación de las bases de cotización, asentadas sobre el principio de proporcionalidad, de las cuales el precepto sobre integración de lagunas no sería sino una mera manifestación más: “no hay, por tanto, una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial pues la regla aplicable es la misma, lo que ocurre, y de ahí deriva la diferencia, es que la base mínima de cotización es diferente en cada caso y el legislador ha decidido cubrir la laguna con la base mínima de cotización correspondiente al contrato anterior al inicio de la misma”.

Sobre tal punto de partida construye el de arribada: “desde el punto de vista del derecho a la igualdad, hay que considerar que las situaciones sometidas a comparación por el órgano proponente no guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere, pues en un caso se trata de trabajadores a tiempo completo y en otro de trabajadores a tiempo parcial”.

El silogismo es formalmente impecable; no obstante, cabe plantear serias dudas sobre la validez de su doble premisa de partida. De un lado, resulta llamativa –y discutible– la asignación de la calificación como trabajador a tiempo completo a quien finaliza su actividad temporal bajo aquél contrato, y como parcial a quien lo hace bajo esta concreta modalidad, siendo así que a lo largo de su carrera de seguro presentan idéntica trayectoria en períodos de cotización bajo una y otra condición, sólo que alterada en el tiempo. Ninguna norma conocida permite primar el dato temporal puntual y prescindir de la completa vida laboral para otorgar tal condición; por tanto, acudir a la doctrina general bien conocida sobre ambas categorías de trabajadores para utilizarla en este caso concreto se asienta sobre una particular tipología cuyo anclaje legal es cuestionable, como lo es, en consecuencia, la premisa mayor.

También ha de ser considerada así la menor, pues en verdad nadie cuestiona que las reglas para configurar las bases de cotización han de ser diferentes en virtud del principio de proporcionalidad; lo discutido es, precisamente, el parámetro a partir del cual aplicar esta

⁴⁶ La demostración de una situación teórica “extrema” de desigualdad en PANIZO ROBLES, J. A.: “El género sí puede influir en el nivel de las pensiones”, *CEF Laboral Social*, octubre 2014, www.laboral-social.com, págs. 6 y 7.

proporcionalidad que, desde luego, no viene dado por ninguna norma de carácter general, sino por la singular prevista para los trabajadores a tiempo parcial.

De no considerar válidas ni la premisa mayor ni la menor, obviamente cabría poner en tela de juicio la conclusión, pues se habría eludido, de forma ciertamente brillante, la pregunta formulada a través de una respuesta a otro interrogante diferente al planteado.

B.- Más tajante es el segundo argumento, que acoge en gran medida la tesis de la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, sobre el hecho de que la integración de las algunas no es sino una ficción jurídica destinada a paliar los efectos negativos que puedan suponer los períodos de inactividad a la hora de calcular una prestación. En cuanto tal, se afirma, el legislador es soberano para administrar el beneficio que concede, no en vano el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en esta materia es un derecho de estricta configuración legal, y “el carácter redistribuidor inherente a la Seguridad Social [le puede llevar; ‘en apreciación de las circunstancias económicas concurrentes en cada momento’,] a desplazar en ocasiones el principio de proporcionalidad entre cotización y prestación, y no por ello esas reglas vulneran el art. 14 CE”.

Así pues, “del mismo modo que legítimamente podría haber optado por cubrir la laguna con una cantidad igual para todos los trabajadores, reconociendo así el carácter asistencial o no contributivo de la ficción”, también con idéntica legitimidad puede escoger e inclinarse “por aplicar un criterio contributivo”; más aún, elegir el parámetro de tal contribución ficticia y situarlo en lo efectivamente aportado en el momento precedente a la laguna de cotización.

En un inciso anterior del discurso había recordado aquel pasaje de su doctrina que de forma contundente destaca aquella libertad de configuración del sistema y su propio papel: “este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida este desprovista de toda justificación objetiva y razonable”⁴⁷. Pero es que, precisamente, cuanto aquí se cuestiona es la falta de un motivo objetivo y razonable para el distinto trato en la situación propuesta; es decir, los límites entre lo legítimo y lo opuesto al derecho de igualdad, contrario al principio de interdicción de los poderes públicos.

No basta, en suma, con remarcar el poder del legislador, nunca puesto en cuestión, sobre la configuración de la Seguridad Social, aun cuando sí de resaltar que desde luego no es omnímodo por el hecho de ofrecer un benéfico (bajo la forma de ficción jurídica) dentro del esquema contributivo de modelo, pues incluso en este supuesto la concesión a favor de todos habrá de respetar el principio de igualdad.

C.- A mostrar que la previsión legal se adecua a cuanto exige el art. 14 CE dedica sus últimos argumentos, dando respuesta concreta –en esta ocasión sí– a la cuestión suscitada, al sentar que:

⁴⁷ STC 184/1992, de 21 de mayo (RTC\1993\184).

– Considerar como solución más normal, y acorde con el principio contributivo, la de integrar las lagunas de forma proporcional a las actividades a tiempo completo y a tiempo parcial durante la vida laboral puede ser cierto, pero es al legislador a quien le compete decidir cuál es la más adecuada o mejor de las fórmulas posibles a la vista de un sistema en el cual la distribución de medios escasos requiere ponderar con cuidado las situaciones de necesidad a proteger. La función del Tribunal Constitucional se limita a comprobar si la solución que aquél ha adoptado es completamente irrazonable o carente de justificación o, por contra, entra dentro del margen de configuración que le otorga su libertad soberana.

– Desde tales parámetros no cabe entender injustificada la ficción legal consistente en entender que el trabajador habría continuado prestando servicios a tiempo parcial si no se hubiera producido la circunstancia que motivo el cese en la obligación de cotizar. El argumento es doble: en primer lugar, el bastante endeble –por las razones apuntadas– de estimar que –permita el lector la licencia de reformular los términos–, por tratarse de una ficción dentro de otra ficción (no en vano, y en definitiva, se trata de beneficiar a quienes “no han contribuido al Sistema y se encontrarían una situación de cotización cero que mermaría de manera considerable sus prestaciones”), tan legítima y justificable es ésta como cualquier otra; en segundo término, y ésta trascendente, que la regla no hace sino responder a cuanto viene a ser una constante en el ordenamiento de la Seguridad Social (y ejemplo preclaro de ello son las propias prestaciones de incapacidad permanente y jubilación, cuyas bases reguladoras se calculan tomando un tiempo determinado y no las cotizaciones de toda la carrera de seguro), a saber, “la utilización de determinados periodos de referencia, más o menos amplios, para calcular la cuantía de la prestación, pero siempre inmediatamente anteriores al hecho causante a considerar y sin utilizar criterios relacionados con la totalidad de la vida laboral del trabajador”.

Es éste, a juicio del autor –y aun cuando no lo comparte–, el criterio de más peso esgrimido por el Tribunal Constitucional, pues le permite salvar las tachas realizadas a la norma de arbitrariedad (la objetividad de la regla viene dada por referencia al contrato que el trabajador tenía al producirse la laguna) y aleatoriedad: “la regla produce unos efectos ciertos y determinados, lo que ocurre es que dichos efectos pueden beneficiar o perjudicar más a unos u otros trabajadores en función de cómo se sucedan los períodos de trabajo y de inactividad y, dentro de los primeros, los trabajos a tiempo completo y parcial. Pero ni ello es aleatorio ni diferente a lo que ocurre en otras múltiples aspectos de la relación de Seguridad Social”.

4º.- La última de las razones invocadas por el Tribunal Supremo es que, aun cuando la norma cuestionada presente una apariencia neutra desde la perspectiva de sexo, su aplicación práctica podría situar en una posición de desventaja a las mujeres una vez llegado el momento de determinar el importe de sus pensiones, no en vano la regla ha de aplicar a una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino; en consecuencia, podría ser contraria al principio de no discriminación por razón de sexo.

Si bien el Voto Particular de la sentencia comentada hace un esfuerzo por destacar que procedería no confundir el elemento objetivo (punto de conexión temporal que produce efectos discriminatorios) y el formal (la categoría o clase de trabajadores a los que resulte aplicable la norma) a la hora de enjuiciar esta cuestión, y recuerda también que el propio Tribunal Constitucional hacía poco más de un año había otorgado el amparo a un hombre al

cual se le había aplicado la regulación de los trabajadores a tiempo parcial considerada indirectamente discriminatoria para las mujeres⁴⁸, el resto de los Magistrados (coincidiendo en este punto con el Abogado del Estado, el Ministerio Fiscal y la Letrada de la Seguridad Social) solventan la objeción sin mayor razonamiento, bastándole con comprobar que el demandante es un varón para entender que la decisión del proceso no dependía de que la norma cuestionada fuera o no discriminatoria por razón de sexo y, por tanto, carecía de relevancia constitucional.

Hasta aquí el debate en los Tribunales, aun cuando el propio pronunciamiento comentado deja expedito el camino para seguir reflexionando, pues sus fundamentos jurídicos sugieren tres cuestiones de interés:

En primer lugar, cuando admite que cabría “una interpretación distinta del precepto cuestionado –que de hecho ha sido acogida alguna vez por los Tribunales–” (y señala que, por tanto, “debe partir de la interpretación de la disposición legal que aporta el órgano judicial cuestionante”), implícitamente admite –como por otra parte lo había hecho de manera clara el Abogado del Estado– que perfectamente podría el Tribunal Supremo seguir la línea de interpretación finalista acogida en diversos Tribunales Superiores de Justicia para los trabajos a tiempo parcial de carácter esporádico dentro de la carrera de seguro. Más contundente aún es el Voto Particular cuando señala cómo “la circunstancias de que la sentencia haya determinado que una interpretación de la regla no vulnera el art. 14 CE no implica que obligatoriamente sea esa la interpretación que deba ser aplicada por los órganos judiciales si se considera que el tenor de la norma permite otro tipo de interpretación. En última instancia, obvio es decirlo, la función del máximo intérprete de la legalidad ordinaria corresponde al Tribunal Supremo (art. 123.1 CE) que es quien, una vez que el Tribunal Constitucional no ha desautorizado la interpretación controvertida, debe valorar si esa es la única interpretación posible o resultan posibles otras interpretaciones alternativas que encajen también dentro del tenor de la normal cuestionada para ponderar su aplicación”.

En segundo término al reconocer que pudiera –sin entrar a valorar– ser “más justo” el criterio del Tribunal Supremo, o que el legislador “podría haber optado por cubrir la laguna con una cantidad igual para todos los trabajadores reconociendo así el carácter asistencial o no contributivo de la ficción legal creada dado que el trabajador no está prestando servicios y, por tanto, no está cotizando al Sistema”, no deja sino de llamar la atención del legislador sobre otras posibles fórmulas que podría sopesar de futuro.

A estas alternativas ha prestado atención la doctrina, abogando, por ejemplo, por promediar, durante el período de referencia del cálculo de la base de reguladora de las prestaciones, las jornadas trabajadas a tiempo completo o a tiempo parcial en su duración efectiva, extrayendo de esa operación un factor reductor aplicable a las bases mínimas de cotización, y, con esas bases mínimas reducidas, cubrir la totalidad de lagunas de cotización

⁴⁸ El Magistrado XIOL RIOS, autor del Voto, trae a colación la STC 116/2013, de 20 de mayo (RTC 2013\116); no obstante, dista de ser cierto su aseveración de que se trate del pronunciamiento que rompe la regla, pues basta con recordar, por ejemplo, la famosa STC 26/2011, de 14 de marzo (RTC 2011\26), al crear la nueva causa personal de discriminación fundada en “circunstancias familiares”; muy interesante a este respecto las reflexiones de MONTOYA MEDINA, D.: “Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar (Comentario a las SSTC 24/2011 y 26/2011)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 4, 2011, BIB 2011\1031.

existentes en el período de cálculo de la base reguladora⁴⁹; o, con fórmula más sencilla –y próxima a la del Tribunal Supremo–, aplicando el coeficiente global de parcialidad en la valoración de la integración de lagunas⁵⁰. O eso, solución parcial al problema puntual, o –según aquí se ha defendido– elaboración de un verdadero modelo de protección social para este colectivo que reconsidere las reglas existentes⁵¹ y las armonice, en lugar de retocarlas continuamente sin un norte fijo, el cual pasaría –tal vez– por replantear el concepto de trabajador a tiempo parcial en el ámbito de la Seguridad Social, que pudiera no coincidir exactamente con el recogido en el ordenamiento laboral; dotar de significado propio a la contributividad proporcional en función del efectivo esfuerzo de cotización de los trabajadores a tiempo parcial en relación con la cotización media o tipo, pero no tomando como referencia la de un trabajador a tiempo completo comparable, sino la habitual en la actividad profesional⁵²; en fin, y entre otros aspectos⁵³, atender más a la cotización desde un parámetro contributivo que al período de cotización o parámetro temporal. A la postre, repensar su sentido teniendo a la luz la experiencia hasta ahora acumulada.

Por último, y de importancia más inmediata (para así urgir al legislador a que cumpla sus propósitos y lo haga meditando sobre este extremo), la declaración de que la disposición estudiada no es inconstitucional se hace en un caso en que el demandante es varón, sin mayores argumentos que tal identidad sexual. Teniendo presente que el Tribunal Supremo no pudo argumentar ni el capital pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea significado, ni el precedente del propio Tribunal Constitucional que recuerda el Voto Particular⁵⁴ (pues fueron posteriores al momento de dictar el auto por el que se planteó la cuestión de inconstitucional), si los hubiere sopesado por ser una mujer la demandante, muy

⁴⁹ LÓPEZ GANDÍA, J.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, cit., pág. 54, sobre la propuesta original de LOUSADA AROCHENA, J. F.: “El contrato de trabajo a tiempo parcial y la Seguridad Social: puntos críticos”, cit., pág. 3.

⁵⁰ “De este modo, como fuese la jornada sólo habría de ser determinante para adaptar los tiempos de vacíos de cotización en proporción al porcentaje que la prestación de servicios a tiempo parcial represente del total de dicha jornada respecto del período de cotización computable en el cálculo de la base reguladora. Dicho de manera más simple, los vacíos de cotización quedarían integrados con las bases anteriores a los mismos en proporción al tiempo de duración de la jornada realizada (más o menos amplía) sin que, posteriormente, se practicasen minoraciones en la base mínima aplicable por razón del carácter parcial o no de dicho jornada (que es lo que ahora sucede)”, BARCELÓN COBEDO, S.: *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social*, cit., pág. 155.

⁵¹ Así, por ejemplo, LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Protección social del trabajo a tiempo parcial según el RD Ley 11/2013, de 2 de agosto”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2013, pág. 2, cuando completa su propuesta anterior sugiriendo una alternativa a la solución adoptada por el legislador en 2013, que culminaría con la aplicación en el trabajo a tiempo parcial de las reglas generales previstas para los trabajadores a tiempo completo, sin perjuicio del posterior cálculo “proporcional” de la base reguladora, habida cuenta de las correspondientes bases de cotización y reconociendo, en su caso, complementos de mínimos; partiendo de tal idea, FERNÁNDEZ PROL, F.: “Trabajadores a tiempo parcial y protección social: novedades en materia de cotización y reformulación de las reglas de cómputo de los períodos carenciales”, cit., págs. 99 y 100.

⁵² SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “‘Readaptación’ del trabajo a tiempo parcial a los principios configuradores del Sistema de Seguridad Social”, cit., págs. 123-125.

⁵³ LLORENTE ÁLVAREZ, A. y DEL VALLE DEL JUZ, J. I.: “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: jurisprudencia reciente y alternativas de reforma”, cit., quienes añaden la posibilidad de establecer umbrales o bases de cotización fijas con independencia de las horas trabajadas, el tratamiento específico del trabajo a tiempo parcial de muy corta duración o la opción por abonar la prestación capitalizada de una sola vez cuando la reconocida fuera de escasa cuantía.

⁵⁴ En alusión, recuérdese, a las STJUE 357/2012 de 22 de noviembre (TJCE 2012\357) y STC 116/2013, de 20 de mayo (RTC\2013\216)

probablemente hubiera debido reconocer que el párrafo b), regla 3ª, apartado 1, de la disposición 7ª LGSS constituía una discriminación indirecta prohibida tanto por el ordenamiento español (art. 14 CE) como por el comunitario (Directiva 79/7)⁵⁵. ¿Será necesario esperar la declaración de nulidad del precepto? ¿Bastará, en su caso, con un nuevo “parche” normativo?.

5. CONCLUSIÓN

Trascurridas más de tres décadas desde su recepción legal expresa, y multiplicada exponencialmente su presencia en el tejido productivo, ni el largo rodaje normativo, ni la importancia cuantitativa y cualitativa del colectivo, han conseguido que el legislador proporcione una ordenación acabada a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial.

No se trata sólo de su difícil asentamiento en el sistema español de relaciones laborales, de la fragmentación de estatutos o de la heterogeneidad de situaciones en función de la fecha bajo la que se concertó el contrato, como reflejo de la proyección del Derecho del Trabajo sobre el ordenamiento de la Seguridad Social. Afecta, en particular, al hecho de que fiarlo todo al principio de proporcionalidad en relación con el trabajador a tiempo completo, sin elaborar un modelo propio dentro del Sistema, es fuente continua de problemas, por cuanto tal patrón admite muy distintos grados (estricta, graduada, atenuada, corregida...) y formas.

La integración de las lagunas de cotización, abordada por el Tribunal Constitucional en la sentencia que el discurso toma como referencia, no deja de ser sino una muestra más de las varias que jalonan el devenir poco afortunado de su ordenación normativa, según cabe seguir del diálogo permanente que mantiene con los Tribunales.

Éstos han tenido que intervenir en no pocas ocasiones para dotar de plentitud o sentido pleno a las normas, cuando no (incluido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el propio Tribunal Constitucional) para forzar su rectificación. El hecho de que en este caso se avale la regulación vigente (con carácter provisional, pues con bastante probabilidad cambiará el signo del pronunciamiento si es una mujer a tiempo parcial la que reclama el amparo invocando discriminación indirecta), lejos de un respiro de alivio para el legislador, quien hace poquísimo tiempo procedió a una reforma normativa puntual provocada por la declaración de nulidad de otras reglas de la disposición impugnada, debería moverle a la reflexión.

Si como anuncia (disposición adicional 4ª RD Ley 11/2013) desea analizar el “posible perfeccionamiento de la cotización como la acción protectora de dicho colectivo”, constituye ésta –mejor que de otra forzada por las circunstancias– una ocasión inmejorable para acometer cuanto debió hacer tiempo ha: un modelo integral de protección social para los trabajadores a tiempo parcial. Propuestas no le faltan; únicamente se requiere voluntad, pues el esfuerzo redundará en beneficio de todos.

⁵⁵ Igual parecer en PANIZO ROBLES, J. A.: “El género sí puede inferir en el nivel de las pensiones (A propósito de la STC de 25 de septiembre de 2014. otra vez trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social)”, cit., pág. 9.

La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial?. A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 13 de mayo de 2014

SOFÍA OLARTE ENCABO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

Los convenios de gestación por sustitución son nulos por ilegales en España, ya que esta técnica de reproducción humana está expresamente prohibida por el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo. Ello no significa necesariamente que la filiación por esta vía reconocida conforme a una ley extranjera quede privada de efectos en España. De hecho la Dirección General de Registros y del Notariado ha reconocido la inscripción registral y la filiación de esta naturaleza, aunque la más reciente jurisprudencia civil (STS de 6/2/2014) ha denegado la validez de dicha filiación por razones de orden público internacional. Junto a la DGRN, la jurisdicción social ha protagonizado la línea favorable al reconocimiento de efectos jurídicos en España a dicha filiación, reconociendo el derecho a prestaciones y subsidios por maternidad, en razón del superior interés del nacido, que es el principal bien jurídicamente tutelado con estas prestaciones del sistema de Seguridad Social. Sin embargo, a partir de dos sentencias del TJUE y el cambio acaecido en el orden civil, parece haberse abierto una línea interpretativa regresiva –STSJ País Vasco de 13 de mayo de 2014– cuya fundamentación se valora aquí críticamente y cuyo alcance en un futuro está aún por determinar.

Abstract

Gestation agreements are void by replacing illegal in Spain, since this technique human reproduction is expressly prohibited by Article 10 of Law 14/2006 of 26 May. This does not necessarily mean that filiation is recognized via a foreign law under private stay in Spain effects. In fact the Directorate General of Registries and Notaries has recognized the registration and affiliation of this nature, although the most recent civil case (STS 02/06/2014) denied the validity of this affiliation because of international public order. Beside the DGRN, social jurisdiction has starred Pro line recognition of legal effect in Spain on this affiliation, recognizing the right to benefits and maternity benefits, because of higher interest born that is the primary asset legally protected with these benefits from Social Security system. However, from two judgments of the ECJ and the change occurred in the civil order, seems an interpretive line down –STSJ Basque Country of 13 May 2014–, have opened here whose foundation is assessed critically.

Palabras clave

Prestaciones y permisos de maternidad; Maternidad subrogada o por sustitución; Orden público nacional; Interés del menor.

Keywords

Benefits and maternity; Surrogacy or replacement; National public policy; Interest of the child

1. APROXIMACIÓN GENERAL A LA PROBLEMÁTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

La maternidad subrogada o por sustitución (también conocida con denominaciones menos asépticas, como “vientre de alquiler” o “alquiler de útero”) es una realidad social que responde al avance en las técnicas de reproducción humana asistida, ante la que cada sociedad, cada Estado, da una respuesta diferente en función de variables no sólo jurídicas

(principios y valores que encarnan los derechos y libertades constitucionales) sino también éticos y morales.

En España, como en la mayor parte de los Estados de la UE, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prohíbe en su artículo 10 de forma expresa los contratos de gestación por sustitución. Se considera tales a aquéllos por los que una mujer lleva a cabo una gestación mediante técnicas de reproducción asistida (pudiendo o no aportar gametos), asumiendo la obligación de entregar al nacido a otra u otras personas (que a su vez puede o pueden haber aportado o no sus gametos), a cambio de precio, generalmente. Estos contratos son considerados nulos por ilegales en nuestro ordenamiento, pese a que las legislaciones de otros Estados admiten su validez, reconociendo el derecho a inscripción registral que acredita la filiación del o de los comitentes.

Las razones por las que una persona o una pareja –homosexual o heterosexual, casada o no– acuden a esta técnica de reproducción son muy heterogéneas, no siendo acertado simplificar la cuestión en una mera conexión con el turismo reproductivo, ya que confluyen aquí otras variables o motivaciones, como la orientación sexual, la esterilidad o disfunciones que impiden la gestación, las dificultades para la adopción en muchos países y su lentitud..., sin que se pueda hacer “tabla rasa” de todas ellas.

Igualmente compleja es la cuestión de los derechos constitucionales que pueden quedar afectados, tanto con su reconocimiento como con su prohibición. Así, a favor de su reconocimiento se invocan derechos como la no discriminación por razón de sexo u orientación sexual la edad, la discapacidad o el derecho a la paternidad y a la constitución de una familia, la libertad personal.... Sin embargo, en contra de su legalización, se considera la vulneración de la dignidad humana, defendiendo tanto la no comercialización de seres humanos, como la dignidad de la mujer gestante y la no discriminación de la mujer (reducida a mera incubadora humana), advirtiendo contra el riesgo colateral de la trata y tráfico de seres humanos.

Ciertamente no es una cuestión fácil, pues hay argumentos de peso en uno y otro sentido y, aunque no procede aquí entrar en profundidad en estas cuestiones, ya que el objeto de este estudio es más limitado, es imprescindible la alusión hecha si se pretende llegar hasta el fondo de la cuestión que nos ocupa, que no es otra que el reconocimiento o no de prestaciones y subsidios por maternidad en casos de filiación por sustitución ya reconocida en otros Estados conforme a su legislación.

La doctrina científica civil tradicional, al menos el sector mayoritario¹, ha sido contraria a la legalización de este tipo de maternidad y ha hecho hincapié en que la

¹ Vid. los contrastes entre doctrina civil e internacional: BAUTISTA, J: “Maternidad subrogada”, *AJA*, núm. 815, 2011; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Hijos made in California”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2009 (*Tribuna*), 2009; CALVO CARAVARA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. 1, nº 2. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Filiación, adopción, alimentos y sucesiones*, Ed, Thomson, vol I, 2012. HUALDE MANSO, T.: “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2012. LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, vol 23, nº 78, 2012. RUBIO TORRANO, E.: “Inscripción como hijos

generalidad de los países de la UE no admiten la maternidad subrogada, limitando la filiación a los supuestos de parto y que sería contrario a nuestro ordenamiento interno una ley que admitiera estas técnicas de reproducción asistida, ya que ello vulnera el art. 10.1 y 15 de nuestra Constitución por ser contrario a la dignidad del niño, que no puede ser objeto de comercio. Del mismo modo, se recuerda que el art. 1.271 del Código Civil establece que podrán ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres y el artículo 1.275 prevé la nulidad e los contratos con causa ilícita, por lo que se considera que la vida humana no puede ser objeto de contrato alguno. También se ha considerado la gestación por sustitución contraria al art. 14 CE, una forma de discriminación de la mujer, una forma de explotación de la mujer, de turismo reproductivo al tercer mundo, de cosificación de la mujer –reducida al rol de incubadora humana– que atenta, además contra la libertad, dignidad, salud e integridad física y psíquica. En definitiva, estos contratos, aun no existiendo una prohibición legal expresa serían contrarios a nuestro ordenamiento por vulnerar la dignidad del hijo nacido fruto del comercio y por atentar contra el principio de indisponibilidad del cuerpo humano y la indisponibilidad del estado civil.

En el ámbito de la doctrina internacionalista, en cambio, las posiciones mayoritarias sí son más proclives a la legalización de la maternidad por subrogación y ello también desde la perspectiva de los derechos fundamentales porque se considera que ésta sería una manifestación del derecho a procrear implícito en los derechos fundamentales a la libertad y la dignidad humanas, del derecho a formar una familia y del derecho al libre desarrollo de la personalidad y libre uso del cuerpo. Por ello, critican las posiciones contrarias de moralistas, defendiendo que la modalidad convencional no debe limitar la libertad de las personas a participar en actividades consensuadas cuando éstas no menoscaban derechos de otros, no habiendo cosificación de la mujer gestante en cuanto ello es fruto de una decisión libre, que generalmente se asume a título oneroso. Al relacionar esta modalidad de maternidad con problemas médicos para concebir o gestar en mujeres, con la situación de las parejas homosexuales masculinas y las dificultades de la adopción, la prohibición discrimina a unas personas que, además, por esta vía pueden aportar su material genético, no vulnerando el interés del niño nacido, sino todo lo contrario, la tutela de éste es la que exige la regularización de la gestación, por lo que sería preciso un marco jurídico-legal que lo tutele y proporcione seguridad jurídica. De hecho, la Conferencia de la Haya está preparando un convenio internacional para regular acuerdos internacionales de gestación por sustitución, ya que se considera urgente una regulación internacional, cuando cada vez hay más países que la admiten, en un contexto globalizado.

2. LA “DOCTRINA” REGISTRAL CIVIL ANTE LAS FILIACIONES POR SUSTITUCIÓN Y SU INFLUENCIA EN EL ORDEN SOCIAL

A pesar del peso de la doctrina científica civil más tradicional, fue en este ámbito –civil– donde se dio el paso más importante para reconocer efectos jurídicos a este tipo de maternidad efectuada fuera de nuestras fronteras. La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 permitió la inscripción registral en España de la filiación obtenida mediante estas técnicas de reproducción asistida llevadas a cabo en países cuyas legislaciones las

de los varones nacidos mediante gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil, Revista Doctrinal*, núm. 9, 2011 y RUIZ SUTIL, C.; “Las filiaciones de complacencia en los Derechos de extranjería y nacionalidad”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 24/2010.

permiten, justificándolo en la salvaguarda del interés del menor y el superior derecho del niño, frente a cualquier otra consideración de orden público, situaciones, que según la DGRN, por regla general, se producen por problemas de fertilidad, imposibilidad de gestar o no superación de la idoneidad para la adopción. La DGRN sustentó este criterio en lo dispuesto en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, en el sentido de que el control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras para acceder al Registro Civil Español no exige que éstas sean idénticas a las que se seguirían en España, bastando que sean documentos públicos adoptados por Autoridad competente que desempeñen “funciones equivalentes” a las de las autoridades registrales españolas y que no produzcan efectos contrarios al orden público internacional ni español. Se recuerda que –conforme al art. 7.3 Ley 14/2006– nuestro ordenamiento admite la filiación entre dos hombres o dos mujeres, lo que se inscribe como tal en el Registro Civil, además que es necesario tutelar el superior interés del niño, conforme exige el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño (Nueva York 1989), garantizando que los nacidos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres y el derecho a una identidad única, lo que significa una filiación única en varios países. Porque, como razona esta Resolución, no se trata de determinar la filiación del nacido en California, sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera, puede acceder al Registro Civil Español, pudiendo acceder a la nacionalidad española por ser hijos de españoles (vinculación nacionalidad-filiación).

En definitiva, parece claro que la cuestión es determinar qué validez –validez extraterritorial– se da las decisiones extranjeras en España y no un conflicto de normas. Es decir, solo hay que determinar si reconocemos o no las “decisiones extranjeras”, no cuál es la norma aplicable, partiendo, por tanto, de que el cambio de lugar de residencia no puede afectar al estado civil válidamente adquirido en otro Estado. Además de las resoluciones judiciales extranjeras, que tienen reconocido en nuestro país el efecto de cosa juzgada, las resoluciones no judiciales de otras Autoridades Públicas también son un título apto para la inscripción en el Registro Civil, ya que el art. 81 del RRC lo prevé para documento público auténtico extranjero.

Posteriormente, la Instrucción de 5 octubre de 2010 de la DGRN (BOE de 7 de octubre) sobre registro de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, siguiendo el criterio anterior, precisó los requisitos exigidos para este tipo de inscripciones, lo que ha dotado a las mismas de una mayor seguridad jurídica, a la vez que se ha atajado con el problema de las inscripciones que han podido vulnerar derechos fundamentales. Concretamente se exige, en primer lugar, la renuncia a la filiación materna por la madre gestante y, en segundo lugar, la resolución judicial dictada por tribunal competente en el país de origen. En caso de procedimiento contencioso, reconocimiento de la resolución judicial de filiación extranjera (exequátur), ex art. 954 y ss LEC o resolución judicial derivada de procedimiento de jurisdicción voluntaria, donde el encargado del registro verificará circunstancias tales como regularidad, autenticidad firme, garantía de derechos procesales de las partes, no vulneración del interés superior del nacido y de la madre gestante, que la resolución judicial sea firme.... En definitiva, la Dirección General de Registros y del Notariado, a partir de su Instrucción de 5 de octubre de 2010, ha admitido la inscripción registral de estas filiaciones efectuadas en otros países conforme a su correspondiente legislación, reconociendo, por tanto, efectos, al documento público que la reconoce y ello con independencia de que esta filiación no se reconozca en nuestro ordenamiento, siempre

que se cumplan dichos requisitos. Por tanto, a partir de esta instrucción, respetando dichas garantías, se ha procedido a practicar la inscripción registral de hijos nacidos mediante gestación por sustitución llevada a cabo en países cuya normativa lo permite, siempre que alguno de los progenitores sea español. De esta manera se ha pretendido evitar para el nacido situaciones de desprotección como la de apátrida o sujeto de filiación incierta (situaciones que se pueden generar cuando el Estado del comitente no reconoce la filiación reconocida por el Estado donde tuvo lugar el acuerdo de gestación, invocando razones de orden público). LA DGRN simplemente ha procedido a permitir la inscripción del certificado de nacimiento extranjero o resolución administrativa o judicial de donde surge la filiación, razonando esta posición en que si el Estado no reconoce a sus padres como padres legales, se niega el derecho a filiación, a adquirir la nacionalidad española e identidad, lo que deja al nacido en una situación inadmisibles desde cualquier punto de vista, por lo cual, al admitir dichas inscripciones se evita el estatus de apátrida del nacido mediante estas técnicas biológicas.

En el ámbito civil, más allá de los aspectos registrales y la progresiva determinación de los requisitos necesarios, se ha llegado también a una precisa definición de este tipo de contratos, tal y como hace la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 la define como “contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido al o los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí, o no, que a su vez, puede aportar o no sus gametos”.

Pues bien, esta solución, aparentemente equilibrada, se ha invertido recientemente a partir de la STS (1ª) de 6 de febrero de 2014, rec. 245/2012 en la que este tribunal –por cinco votos, frente a cuatro del voto particular, es decir, con una fuerte tensión interna– deja sin efecto la Instrucción de 8 de febrero de 2009 de la DGRN y, aunque no afecta a la Resolución de 5 de octubre de 2010, por su alcance, es claro que marca un cambio de criterio de cara al futuro. Es una resolución que merece ser analizada por la influencia indirecta que ello puede desplegar sobre el orden social, sobre todo por su tenor tajante, que llega incluso a sugerir otra vía de regularización de estas situaciones más conforme con nuestro ordenamiento jurídico (reconocimiento de la maternidad a la madre biológica y posterior adopción sucesiva por el otro progenitor), invocando el orden público nacional.

La STS de 6 de febrero de 2014, en recurso de casación, impugnando la Resolución de la DGRN de 2009, el TS –ante el argumento de dicha Dirección, pro tutela del menor– afirma que la sentencia no supone denegar la inscripción de estos niños en el Registro, pero sí el que conste su filiación por esta vía. Aplicando la Ley de Reproducción Asistida, declara nulo el contrato de gestación por sustitución y determina la filiación materna por el parto con posibilidad de reclamación de la paternidad por el padre biológico. Esto lo fundamenta en que la previsión legal en cuestión constituye orden público internacional español, es decir, forma parte del conjunto de derechos y libertades individuales garantizados por la Constitución y Convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España y de los valores y principios que éstos encarnan. Éste –el orden público– actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras.

Especialmente crítico se muestra el TS con el argumento del superior interés del menor –que es el que subyace en la Resolución de la DGRN– como medio para conseguir resultados contrarios a la ley, a la que el juez está sometido. Tal concepto “interés superior del menor” –señala el TS– ha de ser interpretado conforme a los valores de la sociedad, no correspondiendo a los tribunales ejercer funciones que corresponden al legislador. A tal efecto han de ponderarse los bienes en juego, concretamente la dignidad de la gestante y el interés del menor en no ser objeto de tráfico mercantil. Para el TS el interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de ponderación judicial. Pero, continua el TS, sucede que, en ocasiones, estos conceptos son lo que se denomina “conceptos esencialmente controvertidos”, esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico del mismo. Y ese carácter controvertido puede predicarse del “interés superior del menor” cuando el mismo ha de determinarse en supuestos como el aquí enjuiciado. La cláusula general de consideración primordial del “interés superior del menor” contenida en la legislación, no permite al juez alcanzar cualquier resultado en aplicación de la misma. Y la concreción de dicho interés no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino considerando los valores asumidos por la sociedad como propios y contenidos en las reglas legales y en los principios que inspiran la legislación nacional y los convenios internacionales. Dicho principio ha de emplearse en la interpretación y aplicación de la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Y, concluye el TS, el juez no puede desvincularse del sistema de fuentes, conforme establece el artículo 117. 1 CE y hay cambios en el ordenamiento jurídico, que de ser procedentes, debe realizar el Parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo.

Rechaza el TS el argumento de una eventual discriminación al denegar la inscripción de dichas filiaciones, ya que ello no se sustenta en que lo solicitantes sean dos hombres sino en que la filiación pretendida trae causa en una gestación por sustitución contratada en California. Sugiriendo que, para la integración del nacido en su familia, han de iniciarse actuaciones dirigidas a conseguir la adopción o el acogimiento.

El voto particular de Seijas Quintana –al que se adhieren tres Magistrados más– sostiene que no cabe entrar en la cuestión de la legalidad de la resolución extranjera –pues la filiación ya viene determinada por la autoridad extranjera– sino solo del reconocimiento en España de una resolución extranjera válida y legal conforme a la legislación californiana, no procediendo la aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Reproducción Humana Asistida, sino desde el orden público internacional en relación con el interés superior del menor. Y en este sentido, se alega la existencia de tendencias mayoritarias en el plano internacional y comparado que se inclinan por la regularización de estas situaciones, además de la propia posición de la DGRN que ha establecido estrictos requisitos, la posición favorable de la jurisdicción social, la admisión de estas inscripciones por el TJUE y la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, concluyendo que la oposición del orden público sólo perjudica al menor privándoles de su identidad y núcleo familiar.

3. LA POSICIÓN FAVORABLE DE LA DOCTRINA JUDICIAL SOCIAL

Junto a la DGRN y la doctrina internacionalista, la doctrina científica² y judicial del orden social ha venido incidiendo también y de forma importante en la regularización de estas filiaciones a través del reconocimiento de derechos laborales y de Seguridad Social con el objetivo de tutelar el interés del menor y su integración en su núcleo familiar.

El punto de partida, a nivel de derecho positivo vigente, no facilita dicha tutela en la medida en que ni el art. 48 del ET ni el art. 133 bis de la LGSS contemplan permisos ni prestaciones en este tipo de maternidad –tampoco el RD 295/2009 de prestaciones por maternidad–. La maternidad subrogada o por sustitución no es un supuesto de parto, ni de adopción ni acogimiento, razón por la que las empresas han denegado permisos y excedencias en estos supuestos y, paralelamente, el INSS ha denegado prestaciones tanto al padre como a la madre por subrogación (en el caso de la maternidad subrogada no existe una madre que transfiera su derecho). Tampoco cabe solicitar la prestación por maternidad por adopción o acogimiento, porque en estos casos figura la inscripción registral como progenitores, no como adoptantes (SJS nº 2 Oviedo, de 9 de abril de 2012, AS/2012/924).

La denegación de prestaciones por maternidad por parte del INSS se sustenta en que no estamos ante una maternidad por parto, aunque haya filiación y aunque la finalidad de estas prestaciones sea la protección del menor, por lo que habría un vacío legal.

La doctrina judicial del orden social se ha inclinado, pese a esos argumentos, por reconocer permisos y prestaciones por maternidad en estos casos por considerar que son progenitores, lo que implica que se le reconozcan los mismos derechos y con más razón que en los supuestos de adopción o acogimiento, aunque ello derive de otro título jurídico al que el ordenamiento jurídico español –tras la inscripción registral de la maternidad– le ha reconocido efectos jurídicos. En otras ocasiones se ha acudido a una interpretación extensiva de los supuestos de adopción o acogimiento, considerando que ello está en el espíritu de la norma –que dijo menos de lo realmente quería decir–, así las Sentencias del TSJ Madrid de 18 de octubre de 2012 (AS 2012/2503) y TSJ Asturias de 20 de septiembre de 2012 (AR 2012/2485). También se ha reconocido la prestación por maternidad en algún caso en base a un argumento antidiscriminatorio, en cuanto la denegación supondría la vulneración del principio de igualdad (SJS Oviedo, nº 2, de 9 de abril, 2012, AS 2012, 924) y STSJ Madrid núm. 216/2013, de 13 de marzo (JUR 2013/291456). En esta última se resuelve un supuesto de matrimonio homosexual al que se le pide reintegro de prestaciones por maternidad por no haber aportado certificación de inscripción en el Registro Civil español en el plazo de 20 días, que no se produjo en tiempo por estar los progenitores a la espera de que se dictara la correspondiente resolución de inscripción en el Registro Civil español. En esta Sentencia el TSJ considera que no hay maternidad biológica, pero cabe hacer una aplicación analógica de la adopción a los casos de filiación por gestación por sustitución, por existir identidad de razón, no excluyendo ni la legislación laboral ni la de Seguridad Social, de forma expresa

² HIERRO HIERRO, J.: “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”, *Aranzadi Social*, nº 6, 2012, DÍAZ ROMERO, M.R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, nº 7527, 2010, SELMA PEÑALVA, A.: “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2013 y VALERA AUTRAN, B.: “La protección social de la maternidad no biológica”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6/2013.

dicho supuesto. En la medida en que hay una laguna legal e identidad de razón (igualdad de protección del menor y progenitores, con independencia del título jurídico) procede la protección; además, razona el TSJ, la solución contraria (denegar la protección que le habría sido concedida de haber adoptado) es contraria al espíritu y contenido general de la Ley Orgánica 3/2007, conforme a la que hay que interpretar el artículo 133 y siguientes, dando la misma protección a todo tipo de familias.

En este mismo sentido también se ha pronunciado antes el TSJ de Cataluña (Sentencia de 23 de noviembre de 2012, núm. 7985 (AS 2013/845), al igual que la SJS nº 25 de Barcelona núm. 218/2011 de 14 de mayo de 2011 (JUR/2013/34202).

Junto al principio de igualdad, más difusamente invocado, e independientemente de él, en el orden social la línea de fundamentación más generalizada –en esta interpretación favorable al reconocimiento de prestaciones de maternidad– apunta a una lectura extensiva de otras instituciones jurídicas que se consideran equiparables, la adopción o el acogimiento, para las resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento y cuya duración no sea inferior al año, sea cual sea su denominación y ello a partir de lo dispuesto en el artículo 2.2 del RD 295/2009, tal como se argumenta en las SSTSJ Asturias de 20 de septiembre de 2012 y STSJ Cataluña de 23 de noviembre de 2012 (JUR 2013/21535). Argumento al que se puede añadir el concepto amplio de maternidad subyacente en la LO 3/2007, la Ley 39/1999 de Conciliación de la Vida familiar y laboral y la Convención de Derechos del Niño.

El TS, Sala 4ª, ha reconocido el derecho a prestaciones por maternidad en estos supuestos en su Sentencia de 18 de octubre de 2012 núm. 668/2012 (AS 2012/2503), en la que basándose en la existencia de una inscripción registral (del Registro Civil relativo a una pareja que concertó maternidad por sustitución en San Diego, USA, que reconoció la condición de progenitores; progenitor A y B, en lugar de padre y madre), que conlleva atribución de filiación, por tanto, una filiación que existe jurídicamente. Aunque en esta sentencia el TS reconoce que por esta vía se salva una prohibición de nuestro ordenamiento jurídico, pondera el superior interés del hijo, en todo caso, sea o no biológico, invocando la necesidad de mecanismos de tutela y protección en un Estado de Derecho y una sociedad democrática. Estos razonamientos llevan al TS a reconocer a los progenitores los derechos previstos en el art. 48 ET y 133 bis de la LGSS cuya finalidad es la protección del ser humano recién nacido, siendo irrelevante su génesis.

Es claro que la interpretación extensiva que ha primado en el orden social hasta este momento se sustenta en la existencia en nuestro ordenamiento de un vacío legal. Laguna que se ha integrado recurriendo a la analogía a partir de la consideración de que hay una identidad de razón entre estas situaciones e instituciones jurídicas: la tutela del menor, la atención de sus necesidades afectivas y de cuidados y su integración en el su núcleo familiar, que es la función o finalidad que se atribuye a las prestaciones de maternidad y los descansos y permisos. Pero también ha influido decisivamente en dicha interpretación extensiva (y justo es reconocerlo) la posición adoptada por la DGRG, recientemente desautorizada por el TS, Sala Civil. Y es precisamente el cambio acaecido en este sector del ordenamiento –el Derecho Civil– el que puede estar en la base de un giro en sentido restrictivo en el orden social, lo que no siendo automático ni imperativo, sí es técnicamente coherente, pues si no

existe inscripción registral donde conste esa filiación resultará más difícil fundamentar el reconocimiento de derechos laborales y de Seguridad Social.

La doctrina científica iuslaboral llega a idénticas conclusiones, aunque se sustenta sobre razonamientos más propios del Derecho Social y más concretamente del Derecho de la Seguridad Social. Prácticamente la totalidad de la doctrina científica iuslaboralista ha insistido en la aparición de un nuevo riesgo social con entidad propia, que es el nacimiento de un hijo, siendo las prestaciones por maternidad una de las más relevantes en orden a la protección de dicha situación, entre las que conforman el sistema de protección de la familia. Y es que en la evolución jurídica de estas prestaciones, la protección de la salud de la madre –que se limita a supuestos de parto– ha pasado a un segundo plano, siendo el cuidado del hijo (siempre presente en esta prestación, haya parto o no, como sucede con la adopción o el acogimiento) el principal riesgo o situación protegida³. Por tanto, la necesidad de protección del nacido de la maternidad gestante, sea cual sea el tipo de filiación, por tanto, es idéntica a los supuestos contemplados en la LGSS, sustentando ello la interpretación extensiva por analogía utilizada por el orden social de la jurisdicción, pues con independencia de que la filiación tenga su origen en un ilícito según nuestra legislación interna, la norma de Seguridad Social se dirige a la protección del nacido, aunque ello pase necesariamente por el reconocimiento del derecho al sujeto que ha de proteger y atender a ese menor. En este sentido, se puede invocar adicionalmente en el orden social la Disposición Adicional 5ª de la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral según la que “se considerarán jurídicamente equiparables a a la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, cualquiera que sea su denominación”, previsión legal que encaja con el supuesto de las sentencias o resoluciones extranjeras que reconocen la condición de progenitores a quienes contrataron la maternidad subrogada. Y adviértase que esta previsión legal no hace excepción alguna de orden público nacional ni distingue entre resoluciones contrarias o no a nuestro ordenamiento interno, lo que es importante en orden a una eventual desvinculación entre la doctrina civil y laboral, que no tienen por qué llegar a idénticas conclusiones.

Incluso para reforzar la autonomía de planteamientos en ambos sectores del ordenamiento, en el ámbito de la Seguridad Social, cuando una madre biológica cede en adopción o acogimiento a su hijo recién nacido, ello genera que por el mismo sujeto causante –el nacido– se den dos suspensiones y dos prestaciones por maternidad: la de la madre biológica (que podría ceder parcialmente al padre biológico) y la de los padres adoptivos o de acogida y ello porque la LGSS no contempla una reducción en el derecho en el caso de

³ Cfr. ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Maternidad”, en VV.AA. (dir. MONEREO), *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social*, ed. Comares, Granada, 2008, pg. 103; GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTÚA MIRÓ, M.T.: *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; SÁNCHEZ RODAS, C.: “La maternidad como contingencia específica frente a la incapacidad temporal”, en VV.AA. *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996.

que la madre biológica no se hiciera cargo del hijo nacido, además de que en tal caso, los padres adoptivos no pueden ser privados de su derecho tampoco⁴

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA STSJ PAÍS VASCO DE 13 DE MAYO DE 2014

La Sentencia nº 944/2014, del TSJ País Vasco, Sala de lo Social, de 13 de mayo de 2014, es una resolución que merece atención pues estamos ante el primer paso de lo que puede ser un giro en la doctrina judicial social de más amplio calado, y ello pese a que carece de una auténtica construcción jurídica capaz de contrarrestar, *per se*, la doctrina anterior.

El supuesto de hecho enjuiciado en el recurso de suplicación que resuelve esta sentencia, interpuesto por el INSS contra la SJS núm. Dos de Bilbao, de 13 de enero de 2014, dictada en proceso de Seguridad Social (prestaciones por maternidad) se refieren a una trabajadora y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social que solicitó una prestación por maternidad, siéndole denegada por el INSS “por no encontrarse la solicitante en ninguna de las situaciones protegidas a efectos de la prestación por maternidad”. La actora estuvo en 2013 cuatro meses y medio en situación de incapacidad temporal con diagnóstico de trastorno de ansiedad. Había concertado una “gestación por sustitución” en San Diego, California (USA) de la que nacieron un niño y una niña, que fueron inscritos en el Registro Civil del Condado de San Diego. La Corte Superior de Justicia del Estado de California dictó resolución con fecha 13 de mayo de 2012 declarando que la entonces actora es la progenitora única legal de los dos niños, atribuyéndole la custodia legal y física de los niños. El 25 de junio de 2013 se presentaron sendas solicitudes de inscripción de nacimiento en el Registro Civil Consular de España en los Ángeles, expidiéndose el 3 de octubre Libro de Familia y practicándose la inscripción registral el 4 de octubre del mismo año en el Registro Civil Consular.

El Juzgado de lo Social núm. Dos de Bilbao, de 13 de enero de 2014, estimó la demanda, reconociendo el derecho a la prestación por maternidad y condenando al INSS al abono de la prestación por maternidad.

En el Recurso de Suplicación el INSS alegó infracción del art. 23 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 en relación con el art. 981 de la LEC de 1888, del artículo 10 de la Ley 14/2006 de reproducción humana asistida y la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 16 de diciembre de 2013, aquí comentada. Según el INSS, la inscripción registral consular no obsta para discutir la legalidad de la filiación, que considera es nula por contraria a derecho y siempre desde la perspectiva de un hipotético derecho de acceso a una prestación de Seguridad Social (en este caso, maternidad). Y, de otro lado, argumenta el INSS, es *“harto discutible que el interés de los menores involucrados se proteja avalando la conducta de las autoridades judiciales del Estado de California (USA), ya que en virtud del contrato inicialmente pactado se puede llegar hasta que se ejecute un posible aborto en determinadas circunstancias”*.

El TSJ País Vasco reconoce que su propia postura inicial era coincidente con la resolución de instancia y con la doctrina sentada por varios TSJ, sin embargo, considera que

⁴ Cfr. BALLESTER PASTOR, M.A.: “Comentario al artículo 133 bis”, en VV.AA., dir. MARTÍN VALVERDE y GARCÍA MURCIA, *Ley General de Seguridad Social comentada y con jurisprudencia*, ed. La Ley, 2009, pg. 991.

el hecho de ahora exista una jurisprudencia del TJUE, obliga a este Tribunal a acatarla (concretamente las Sentencias de 18 de marzo de 2014, asuntos C-167/12 y C-363/12, que tienen su origen en sendas cuestiones prejudiciales planteadas por Tribunales de Gran Bretaña e Irlanda, respectivamente), además del cambio de criterio en la Sala Civil del Tribunal Supremo que también trae se trae aquí a colación..

La primera (C-167/2012), se refiere a la Directiva 92/85/CEE, del Consejo de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, declarando el TJUE que *“los Estados Miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esa Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente”*. Y, de otro lado, en relación con el artículo 13 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, puesto en relación con los apartados 1, a) y b) y 2.c) de dicha Directiva, *“debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no constituye una discriminación basada en el sexo”*.

La segunda de las mencionadas sentencias del TJUE –C.363-2012– aunque no guarda una relación tan estrecha con el supuesto de hecho resuelto por el TSJ del País Vasco, merece mencionarse por su dureza, al referirse a la discapacidad de alguno de los cónyuges para tener hijos y supuesta necesidad de estas técnicas para acceder a la maternidad sin ser discriminados por esta causa. Al respecto, la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, según el TJUE, *“debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución”*.

Además de la jurisprudencia comunitaria, el TS invoca la STS (Civil) de 6 de febrero de 2014, ya analizada aquí, que ha dejado sin efecto la Instrucción de la DGRN de 8 de febrero de 2009 (no la de octubre de 2010), de la que el TSJ del País Vasco derivaría una especie de efecto automático denegatorio de la prestación solicitada.

En definitiva, y a esto se limita la fundamentación del TSJ País Vasco, para modificar su propia doctrina, cayendo en una especie de determinismo jurídico, no se puede dar otra solución que denegar la prestación por maternidad para dar cumplimiento a la jurisprudencia comunitaria y seguir el criterio del TS (Civil).

En mi opinión la Sentencia del TJS aquí analizada merece una doble crítica abierta y clara, sin ambigüedades amparables en lo controvertido que es en sí el hecho de la gestación por sustitución. Una doble crítica desde dos perspectivas bien distintas (ambas, jurídicas), una situada más en el ámbito político-jurídico y otra en el técnico jurídico.

Desde una perspectiva político-jurídica, es realmente preocupante indagar sobre el interés tutelado a través de este tipo de sentencias, ya que ni una sola mención al orden público y nuestros más elementales derechos humanos se hace en toda la sentencia. No se invoca la dignidad, ni se critica la mercantilización de la vida humana, no se hace alusión a ningún tratado internacional humanitario, ninguno que justifique la negativa de protección a los nacidos mediante técnicas legales al amparo de un ordenamiento jurídico foráneo. Por tanto, también cabe pensar en otros intereses de menor altura, como el ahorro de los costes económicos que su tutela comporta para el régimen público de Seguridad Social, porque éste es a la postre el interés que tutela esta sentencia (al menos el inmediato).

Desde una perspectiva técnico jurídica, la crítica es, si cabe, aún más sólida, ya que la invocación de dos sentencias del TJUE no justifica el fallo, pues no podemos olvidar que las Directivas son normas mínimas, establecen unos mínimos que los Estados han de garantizar, que en ningún caso impiden a éstos proporcionar niveles de protección superiores. Además, no es aplicable al caso la segunda de ellas la que corresponde al C.363/12 (sobre discapacidad para gestar). La primera de las Sentencias, que interpreta el art. 8 de la Directiva 92/85 (sobre seguridad y salud de la embarazada o que haya dado a luz o en período de lactancia) sólo recuerda las obligaciones o no de los Estados de conferir un permiso de maternidad, que entiende el TJUE la Directiva no impone en estos casos–, lo que no excluye que el Estado pueda reconocerla. Y en cuanto al art. 14 de la Directiva sobre igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación –entendiendo el TJUE que no hay discriminación por razón de sexo en el hecho de que un empleador deniegue permiso de maternidad a una madre subrogante– no se refiere a las prestaciones de maternidad, sino al permiso laboral, por lo que no es trasladable a la cuestión que nos ocupa y además, la doctrina favorable al reconocimiento de prestaciones por maternidad en supuestos de gestación por sustitución, en nuestro país, se ha sustentado no en el derecho comunitario ni en el principio de igualdad de forma prioritaria, sino sobre todo en la función de tutela del nacido propias de esta prestación, en la superioridad del interés del menor y en la existencia de una laguna integrable por analogía con otras situaciones previstas en la ley en las que se estima hay identidad de razón. Es decir, la fundamentación se ha hecho por la vía del Derecho interno porque no ha hecho falta acudir al Derecho comunitario. Por tanto, en sí, esta jurisprudencia del TJUE no comporta el efecto automático, como si de una operación matemática se tratara, de imposibilitar una legislación nacional que reconozca derechos en supuestos de maternidad por sustitución ni una jurisprudencia favorable a una interpretación extensiva. Además, en el orden social, la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres en absoluto ha sido, como hemos visto, el fundamento principal de los fallos estimatorios del derecho a prestaciones de Seguridad Social, siendo la finalidad de tutela del interés del menor el argumento más recurrente.

En cuanto a la sentencia del TS (Civil), igualmente su alcance es limitado porque solo alcanza a la Instrucción de la DGR de 8 de febrero de 2009, sin afectar a la posterior de 5 de octubre de 2010 y además sienta una doctrina que no tiene por qué vincular al orden social cuyas consecuencias pueden ser distintas dado que estamos ante sectores del ordenamiento de muy diferente naturaleza –Derecho Civil y Derecho de la Seguridad Social–.

En el orden social la tesis predominante ha sido la existencia de una laguna integrable por analogía sobre la base de la existencia de una identidad de razón entre la adopción y la

maternidad por sustitución, que vincula estas prestaciones de la Seguridad Social a una finalidad cada vez más centrada en la protección física, psíquica y afectiva del nacido y su integración en el núcleo familiar –y cada vez menos a la compensación de un aumento de gastos o defecto de ingresos o la salud de la madre tras el parto–. Protección amplia que se extiende a cualquier institución jurídica comparada que sea análoga a la maternidad, adopción o acogimiento según hemos mencionado en la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral (Disposición Adicional 5ª). Si a ello unimos principios generales del Derecho Social, como el principio *pro operario o pro beneficiario*, más evidente se hace la debilidad de las argumentaciones de este Tribunal en orden a revocar la sentencia de instancia, denegando en definitiva la protección solicitada. En ningún momento el TSJ afronta la espinosa cuestión del orden público nacional ni internacional, ni si se está ante un conflicto normativo o del mero respeto a decisiones lícitas y regulares de autoridades extranjeras; tampoco realiza un análisis del marco internacional sobre la protección del menor, por tanto, si algo es criticable jurídicamente hablando es la insuficiencia de la fundamentación del fallo. Y pensemos que en este caso hablamos de prestaciones por maternidad, pero pueden darse situaciones de desprotección en otras de suma relevancia como las de orfandad, en las que el problema de fondo vuelve a ser el mismo.

La supremacía de la ley nacional por encima, y en contra, del interés del menor, en absoluto impone la necesaria consecuencia de la nulidad y privación de todo efecto jurídico (máxime cuando se trata de derechos vinculados a una filiación reconocida), pues no hablamos de un contrato de gestación por sustitución concertado ni ejecutado en nuestro ordenamiento. Podría haberse hecho algún tipo de referencia al fraude de ley que se vincula al “turismo reproductivo”, cuando la voluntad de los sujetos es la de conseguir efectos contrarios a los de la ley nacional, sin embargo, tampoco se sigue esta línea de razonamiento, como sí sugiere el orden civil.

Por el momento es pronto para aventurar cual será la posición del TS cuando la cuestión llegue a casación, pero, al menos, hemos querido adelantarnos y reflexionar sobre una de las nuevas realidades que la bioética y multiculturalidad propia de las sociedades globalizadas plantea el sistema de Seguridad Social, aportando líneas de reflexión abiertas y críticas.

El accidente *in itinere* en patinete (STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2014, AS/2014/1862)

Commuting accident: a broad interpretation of the mechanical element

JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ

PROFESOR ACREDITADO CONTRATADO DOCTOR DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

El accidente de trabajo *in itinere* ha ocupado, desde su aparición en el ámbito normativo de nuestro país, un lugar de permanente debate tanto doctrinal como jurisprudencial. En el presente ensayo se analizan los elementos concurrentes del accidente de trabajo *in itinere*: teleológico (determinado porque la finalidad principal y directa del trayecto del viaje esté determinada por el trabajo), cronológico (indicador de que el accidente se produzca durante un tiempo prudencial que normalmente se invierta en el trayecto), topográfico (expresivo de que se produzca en el trayecto habitual y normal que debe recorrerse desde el domicilio al lugar de trabajo y viceversa) y mecánico (consistente en que el trayecto se efectúe a través de un medio normal de transporte). Finalmente se analiza el uso del patinete como medio de transporte en el trayecto de ida y vuelta al trabajo a tenor de la reciente doctrina jurisprudencial.

Abstract

Commuting accident has taken, ever since its emergence in our normative front, an on-going debate both doctrinal and jurisprudential. This essay carries out an analysis on the converging features in commuting accident: teleological (showing that the main and direct purpose of the journey is work-related); chronological (showing the accident took place within usual and reasonable commuting time); topographic (showing that the accident occurs on the usual way taken to or from work) and mechanical (the journey is made by a conventional means of transport). Finally, the use of a skateboard as a proper means of transport to and from work is analysed, according to new jurisprudence.

Palabras clave

Accidente de trabajo; *in itinere*; elemento mecánico; patinete; jurisprudencia.

Keywords

Accident at work; commuting accident; mechanical element; skateboard; jurisprudence.

1. LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO: EL ACCIDENTE OCURRIDO A LA IDA O VUELTA DEL TRABAJO

La inclusión del accidente de trabajo, elaborado desde la figura del trabajador por cuenta ajena en un sistema que pretende la universalidad, ha deparado un doble desbordamiento¹: de una parte, de carácter subjetivo, al incorporar a sujetos que no ostentan la condición de trabajadores a través de la técnica de la asimilación; de otra parte, de carácter objetivo, al incluir ámbitos de protección que quedan fuera del poder y control empresarial, como de forma significativa ocurre con el accidente *in itinere* acentuando la objetivación del riesgo.

¹ MERCADER UGUINA, J., NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “Trabajo por cuenta ajena y sujeto protegido contra el accidente de trabajo: historia de una divergencia” en AA.VV. *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, cit., págs. 304.

En el primer lugar de esta interpretación extensiva se encuentra el accidente *in itinere* (artículo 115.2.a) LGSS), conceptualizado como aquél que sufre el trabajador al ir o al volver del trabajo, quedando fuera sin embargo de la presunción a favor del accidente de trabajo que establece el párrafo 3º del mismo artículo. De este modo, la asimilación del accidente *in itinere* queda limitada a los accidentes en sentido estricto (lesiones súbitas y violentas producidas por agentes externos) y no a las dolencias y procesos morbosos de distinta etiología y modo de manifestación². Del planteamiento legal reproducido se desprende que el accidente *in itinere* constituye una modalidad de accidente de trabajo que se traduce en una especie del género que regula el artículo 115 LGSS³.

1.1. El surgimiento de la nueva especialidad de accidente de trabajo

La figura del accidente *in itinere* viene propiciada por el alcance de la regulación contenida en la ley de accidentes de trabajo de 1900 con su fórmula de doble causalidad: la directa «*por consecuencia*», y la indirecta «*con ocasión*». De esta forma, la referencia a las lesiones sufridas «*con ocasión*» de la prestación de la actividad laboral hace posible la extensión del concepto a las lesiones sufridas por el trabajador al ir o al volver del trabajo.

La mayoría de las asimilaciones legales incorporadas a la LGSS –artículo 115.2– fueron de creación jurisprudencial y posteriormente incorporadas al texto normativo. Se traduce así el papel de fuente del Derecho, contenida en el núm. 6 del artículo 1º del CC al atribuir la función de complementar «*el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho*». Quedan así perfilados los diferentes papeles que corresponden a las fuentes del Derecho, reconocidas formalmente por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, de modo que «*aquellas declaran el Derecho, mientras que ésta realiza el Derecho*». La jurisprudencia vendría a ofrecer así, en cierta medida, una función creadora sobre la base de las fuentes positivizadas.

La primera asimilación legal y la más relevante aparece en la letra a) del artículo 115.2, y se trata de los accidentes *in itinere*. La idea fundamental que subyace en la construcción jurisprudencial del accidente *in itinere* es que sólo puede calificarse como tal aquél que se produce porque el desplazamiento viene impuesto por la obligación de acudir al trabajo.

Finalmente la consolidación de la expresión mixta (latín-castellano) que recibe el supuesto (accidente de trabajo *in itinere*) se produce a través de la doctrina de los Tribunales, «*constituyendo un precioso e inmejorable ejemplo de norma que positiva criterios previamente acogidos por los Tribunales*» (SEMPERE NAVARRO). La denominación aparece por primera vez, al menos en sede judicial suprema, en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1954⁴. El término aludido fue el que finalmente se ha impuesto aunque, como señala CAVAS MARTÍNEZ, algunas sentencias recurrieron en una primera fase a otras

² SSTS 20-03-1997 (RJ 2590), RCU 2726/1996, 21-12-1998 (RJ 1999\314), RCU 722/1998, y 30-05-2000 (RJ 5891), RCU 468/1999, entre otras.

³ GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Reafirmación jurisprudencial del elemento teleológico en el accidente de trabajo *in itinere* (Comentario a la STS 4ª, de 20 de junio de 2002)”, *RL núm. 11*, 2003, pág. 68.

⁴ STS 01-07-1954 (RJ 1840).

denominaciones como «*accidente en el trayecto*»⁵, «*accidente laboral en el camino*»⁶, «*accidente de tránsito*»⁷, «*accidente itinerario*»⁸ o «*accidente laboral en ruta*»⁹.

El reconocimiento de la nueva figura como accidente de trabajo a nivel Internacional se produce a través del artículo 7 del Convenio núm. 121 OIT (1964)¹⁰.

En cuanto a la normalización de la nueva figura jurídica en nuestro ordenamiento jurídico vendrá dada por la adopción expresa llevada a cabo por el legislador a través del artículo 84.5 de la Ley de Bases de 21 de abril de 1966, en virtud del cual: «*Tendrán la consideración de accidente de trabajo: a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo, siempre que concurren las condiciones que reglamentariamente se determinen*».

No se trata, en interpretación de la jurisprudencia, de «*una teoría rígida e inmutable, sino flexible y evolutiva, pues ha de moldearse sobre realidades en constante mutación*»¹¹. De esta forma, los cambios en los hábitos y costumbres sociales, la evolución tecnológica con la aparición de nuevos y más sofisticados medios de transporte, la aparición de nuevas profesiones en las que la noción de centro de trabajo estable se relativiza, etc., son factores que llevan a revisar de forma constante el concepto de accidente *in itinere*¹². Consecuentemente, las transformaciones sociales y factores de cambio (deslocalización de la vida familiar y domiciliaria, el cambio en el modelo de familia) obligan a una adaptación del alcance de esta noción, asumiendo una interpretación dinámica y cambiante («*sociológica*») en la práctica judicial¹³.

Tal redacción fue asumida y simplificada por el posterior Texto Refundido de 1974 al suprimir la referencia al posible desarrollo reglamentario, manteniéndose la redacción alcanzada en la actual LGSS de 1994.

⁵ STS 8-10-1962 (RJ 4362).

⁶ STS 26-10-1966 (RJ 4684).

⁷ STS 22-01-1971 (RJ 350).

⁸ STCT 15-01-1973 (AR 104).

⁹ STCT 06-06-1986 (AR 4124).

¹⁰ Convenio OIT núm. 121 (1964), artículo 7.1: «*Todo Miembro deberá prescribir una definición del accidente del trabajo, incluyendo las condiciones bajo las cuales un accidente sufrido en el trayecto al o del trabajo es considerado como un accidente del trabajo, y debe precisar los términos de dicha definición en las memorias sobre la aplicación de este Convenio que habrá de presentar en cumplimiento del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.2. No será necesario incluir en la definición de accidentes del trabajo las condiciones bajo las cuales debe considerarse como tal un accidente sufrido en el trayecto si, independientemente de los sistemas de seguridad social que cubren los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, hay otros sistemas distintos que cubren tales accidentes sufridos en el trayecto, y que conceden prestaciones que en su conjunto son por lo menos equivalentes a las que establece este Convenio*».

¹¹ STS 28-12-1962 (RJ 1963\282). En el mismo sentido STS 20-11-1975 (RJ 4392).

¹² CAVAS MARTÍNEZ, F.: «*El accidente in itinere*», Tecnos, Madrid, 1994, pág. 11.

¹³ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILES, J.A.: «*Determinación de contingencias (Revisión crítica del sentido político-jurídico y de la delimitación técnica de las contingencias profesionales)*» en AA.VV., «*Accidentes de Trabajo y Mutuas*», La Ley, Las Rozas, 2008, pág. 146.

2. REQUISITOS GENÉRICOS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO *IN ITINERE*

Puede apreciarse que la identificación normativa, en su configuración actual, no contiene todos los rasgos que la jurisprudencia exige para su calificación dado que el precepto describe escuetamente que la consideración de accidente de trabajo (artículo 115.2.a LGSS) se corresponde con: «a. *Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo*». La insuficiencia del precepto para delimitar el accidente *in itinere* queda en evidencia en la medida en que elude cualquier referencia a la relación con la prestación de trabajo, cuando precisamente la misma se muestra como imprescindible.

La carencia de concreción de la previsión legislativa contribuye a conformar una de las figuras de más imprecisos contornos dentro de nuestro Derecho¹⁴, realidad que limita la posibilidad de construir una teoría general sobre el accidente de trabajo. A tales efectos se plantea como una exigencia la modificación de la LGSS con objeto de reajustar y actualizar el concepto de accidente *in itinere*, introduciendo las precisiones necesarias para aclarar las principales dudas que se plantean¹⁵.

No obstante, el Tribunal Supremo ha intentado aclarar la multiplicidad de supuestos, los requisitos en los que concurre el nexo causal entre el accidente y el trabajo, considerando los presupuestos y el escenario en que se desenvuelven las relaciones laborales para ofrecer la solución más justa a tenor de las previsiones legales, no siendo fácil que se considere la identidad de situaciones para unificar doctrina y ofrecer más seguridad jurídica¹⁶.

La denominación de accidente *in itinere* señala al que se produce «a través del desplazamiento como acto necesario para la prestación laboral, ya que sin el trabajo no habría desplazamiento y sin desplazamiento no habría accidente»¹⁷, por lo que se subraya la idea básica de que «el accidente no se hubiera producido de no haber ido a trabajar»¹⁸.

En estos trayectos se genera un riesgo cuya relación causal con el trabajo es indirecta, toda vez que el tráfico es un riesgo al que generalmente se expone gran parte de la población pero no es propio de la actividad laboral¹⁹. Se conforma así como laboral una parte importante de la alta siniestralidad que ocasiona el fenómeno de los accidentes de tráfico. Este riesgo propio del desplazamiento, hacia o desde el lugar de trabajo, carece de relación causal inmediata con éste. Es una modalidad de accidente que fue introducida por la jurisprudencia como consecuencia de la ampliación del concepto de accidente de trabajo, que se realizó por los Tribunales, al encuadrar en él los accidentes que de forma indirecta se relacionan con el trabajo.

¹⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V., LUJAN ALCARAZ.: “Accidente de Trabajo *in itinere*”, AS, Tomo III, Pamplona, 1996, pág. 1.

¹⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Una reflexión crítica sobre el accidente *in itinere*”, AS, Vol. V, 1999, pág. 8.

¹⁶ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Concepto de accidente de trabajo. El riesgo objeto de protección jurídica”, cit., pág. 79.

¹⁷ STS 19-01-2005 (RJ 2534), RCUUD núm. 6543/2003.

¹⁸ STS 20-02-2006 (RJ 739), RCUUD núm. 4145/2004.

¹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Determinación de contingencias...”, cit., pág. 146.

Se trata, pues, de un accidente de trabajo impropio²⁰ al derivar de circunstancias concurrentes en la actividad laboral, como son las correspondientes al desplazamiento que debe realizar el trabajador para realizar la prestación de servicios. Estos supuestos se limitan a los accidentes en sentido estricto (lesiones súbitas y violentas producidas por agente externo) pero no alcanzan a las dolencias o procesos morbosos de distinta etiología y modo de manifestación, como son las enfermedades surgidas o manifestadas en el trayecto de ida o vuelta del trabajo.

3. LOS REQUISITOS ESPECÍFICOS

La conexión *lugar de trabajo-domicilio del trabajador* se ha venido exigiendo por la jurisprudencia con unos criterios de normalidad que pongan en contacto el desplazamiento concreto efectuado con el trabajo, partiendo del elemento teleológico (concretado como finalidad principal y directa del viaje), cronológico (proximidad horaria a la entrada o salida del trabajo), geográfico (finalidad espacial) y de idoneidad de trayecto, ajeno o no al que sea normal para incorporarse al trabajo o volver al domicilio²¹, (entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1976²² y 29 de septiembre 1997²³).

3.1. Requisito teleológico

La necesidad del elemento teleológico o nexo de causalidad entre la lesión producida en el trayecto al trabajo y la consideración del propio trabajo como factor causal de ese daño, aparece en el discurso causal del Tribunal Supremo como la piedra angular o elemento clave para considerar la existencia de un accidente *in itinere*²⁴.

Según este requisito, el desplazamiento debe tener como finalidad dirigirse al lugar de trabajo, siendo esencial su no interrupción. Se corresponde con la finalidad principal y directa del viaje que viene determinada por la entrada o salida del trabajo. La jurisprudencia ha matizado que el concepto de accidente *in itinere* «se construye a partir de dos términos – el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador– y de la conexión entre ellos a través del trayecto»²⁵, de modo que no es suficiente con que el accidente se produzca al ir o al volver del trabajo, sino que es necesaria una conexión causal entre domicilio y trabajo²⁶.

De esta forma, los supuestos que interrumpen el nexo causal son las desviaciones del trayecto que puedan obedecer a la conveniencia personal del trabajador, que puedan ser

²⁰ En los accidentes denominados impropios ha de probarse la relación de causalidad que se fija entre lesión y trabajo, mientras que en el accidente propio la relación de causalidad se presume. GARCÍA PAREDES, M^a L.: “Accidente de trabajo: enfermedad congénita. Comentario a la STS (Sala 4^a) de 16 de diciembre de 2005”, *AL*, núm. 9, 2006, pág. 1052.

²¹ SALINAS MOLINA, F.: “El accidente de trabajo en la jurisprudencia social” en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pág. 340.

²² STS 5-11-1976 (RJ 5162).

²³ STS 29-9-1997 (RJ 6851), RCUd núm. 2685/1996.

²⁴ GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Reafirmación jurisprudencial del elemento teleológico: en el accidente de trabajo *in itinere* ...cit., pág. 70.

²⁵ STS 29-9-1997, (RJ 6851), RCUd núm. 2685/1996.

²⁶ STS 19-1-2005 (RJ 2534), RCUd núm. 6543/2003.

arbitrarias, injustificadas o revelen por parte del trabajador un fin distinto al desplazamiento con destino al domicilio o al trabajo²⁷, incluyendo aquellos que tienen por finalidad la gestión de asuntos privados²⁸.

La causalidad no se rompe cuando la conducta del trabajador responde a modelos usuales de convivencia o al comportamiento común de las gentes²⁹. A este respecto la noción de accidente de trabajo *in itinere* ha de interpretarse «con amplitud humana en cuanto a justificados desvíos y paradas»³⁰, toda vez que «la continuidad en el tránsito no puede exigirse en forma tan rigurosa que impida cualquier parada accidental o ligera desviación impuesta o aconsejada por circunstancias especiales»³¹. También se aceptaría como accidente de trabajo el desplazamiento para cobrar el salario³²; o por actos sociales con alguna conexión con el trabajo, como el ocurrido al ir o al regresar de comidas de trabajo³³; o la detención o desvío por breve lapso de tiempo para saludar a una compañera de trabajo³⁴.

Por el contrario, este requisito impide considerar como accidente de trabajo el producido en un desplazamiento para realizar gestiones privadas o personales, aunque se realice durante una interrupción autorizada de la jornada laboral, ya que el mismo no guarda ninguna relación con el trabajo, ni aconteció en el trayecto habitual de ida y vuelta entre el domicilio y el lugar de trabajo. Tal sería el caso del desplazamiento para realizar una gestión de tipo tributario³⁵, dirigirse a una consulta médica³⁶, realizar una parada fuera de la ruta normal³⁷ o detenerse en un bar a tomar varias cervezas desviándose del trayecto pertinente³⁸.

Lo verdaderamente importante, en definitiva, es que el viaje no pierda su justificación profesional y sea ajeno a motivos privados o extralaborales que rompan el nexo causal entre las lesiones y el trabajo prestado por cuenta ajena³⁹.

3.2. Requisito temporal o cronológico

El accidente debe producirse dentro del tiempo prudencial que se invierte en el trayecto, de forma que el recorrido no puede verse alterado por desviaciones o alteraciones temporales que no sean normales y obedezcan a intereses particulares. El tiempo empleado en el trayecto o la duración del recorrido ha de ser razonable, debiéndose tener en cuenta la

²⁷ KAHALE CARRILLO, D.T.: “Nuevas notas al accidente de trabajo *in itinere*”, *Revista General del Derecho y de la Seguridad Social*, 2010, Madrid, cit. pág. 14.

²⁸ STS 2-11-1970 (RJ 4353).

²⁹ STS 21-05-1984 (RJ 3054).

³⁰ STS 16-11-1965 (RJ 4954).

³¹ STS 27-06-1966 (RJ 3628).

³² STS 10-02-1960 (RJ 196).

³³ STS 21-05-1984 (RJ 3054).

³⁴ La STS 07-05-1958 (RJ 1568).

³⁵ STS 29-3-2007 (RJ 3530), RCUd núm. 210/2006.

³⁶ STS 10-12-2009 (RJ 2108), RCUd núm. 3816/2008.

³⁷ STS 15-07-1986 (RJ 4523).

³⁸ STS 10-05-1978 (RJ 1994).

³⁹ RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R.: “Infarto de miocardio sufrido en el desplazamiento desde el centro de trabajo al aeropuerto y accidente de trabajo *in itinere*”, *AL*, núm. 5, 2000, pág. 385.

mayor o menor extensión a recorrer, el medio de locomoción utilizado y las circunstancias concurrentes en cada caso⁴⁰. Si el retraso en la iniciación del trayecto o la dedicación de tiempo superior al normal estaban justificados se mantiene la calificación profesional del accidente; de otro modo, se entenderá roto el nexo causal⁴¹.

Dentro de la propia descripción del requisito se encuentra implícita una inevitable interpretación subjetiva que ha sido matizada, no obstante, a través de los criterios que ofrece la jurisprudencia, de modo que no basta una simple demora para desvirtuar la significación profesional del accidente, sino que se han de introducir modificaciones de tiempo o espacio que den lugar a una agravación del riesgo⁴².

El criterio es valorado con cierta flexibilidad al considerarse que un accidente no pierde su carácter de laboral por el hecho de que exista alguna circunstancia que motive la detención del trabajador en el camino habitual de su trabajo al domicilio y, viceversa, siempre que esta parada no sobrepase los límites temporales de lo que debe considerarse normal o habitual. Se considera que no desvirtúa la naturaleza laboral del siniestro el hecho de que ocurra el accidente en hora posterior al ingreso, sin que conste el motivo del retraso⁴³, entendiéndose que la impuntualidad –concretada en un retraso de 45 minutos– puede ser constitutiva de una falta pero no implica la privación del carácter indemnizable del accidente⁴⁴.

Los Tribunales han considerado que no hay ruptura del elemento cronológico en la visita al hijo hospitalizado en centro que se encontraba en el trayecto⁴⁵, ni en la breve parada para almorzar en el domicilio del padre⁴⁶, ni la desviación para realizar alguna compra⁴⁷, ni en el supuesto de aquél que permanece poco más de media hora tomando unas copas con otros compañeros de trabajo⁴⁸ o emplea cuarenta minutos en asearse tras acabar el trabajo y otros treinta minutos en tomar un refresco en un bar situado en el trayecto de vuelta a su domicilio⁴⁹ o cuando se sale antes de la hora prevista para visitar a un familiar enfermo⁵⁰. Por el contrario, sí se ha considerado que se ha producido la ruptura del elemento cronológico cuando un trabajador tras una fiesta realizada en el centro de trabajo, decide continuarla en otro lugar antes de volver a su domicilio realizando una parada de más de una hora desde la salida de la empresa, o cuando transcurre un tiempo considerable sin que se haya podido

⁴⁰ KAHALE CARRILLO, D.T.: “Nuevas notas al accidente de trabajo in itinere”, cit., pág. 16.

⁴¹ STS 27-06-1957.

⁴² CAVAS MARTÍNEZ, F., FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social”, Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 40.

⁴³ STS 04-12-1965 (RJ 350).

⁴⁴ STS 22-04-1966 (RJ 2152).

⁴⁵ STS 1-2-1972 (RJ 438).

⁴⁶ STS 16-12-1971 (RJ 4919).

⁴⁷ STS 28-12-1973 (RJ 4858).

⁴⁸ STS 10-4-1975 (RJ 1436).

⁴⁹ STS 9-04-1969 (RJ 1913).

⁵⁰ STS 13-10-1981 (RJ 3915).

comprobar la causa del retraso⁵¹. Tampoco será laboral el accidente que ocurra cuando el trabajador abandona su puesto de trabajo sin autorización⁵².

El margen temporal dentro del cual ha de producirse el evento dañoso para su calificación como accidente de trabajo *in itinere* dependerá razonablemente de la distancia a cubrir, del medio de transporte utilizado y de las restantes circunstancias o condiciones conexas que incidan en el desplazamiento, como puedan ser la densidad del tráfico, desvíos por obras u otro motivo, etc.⁵³.

3.3. Requisito mecánico

El desplazamiento puede realizarse a través de cualquier medio de transporte habitual (transporte público, medios privados, incluso a pie) cuyo uso no depare ningún riesgo grave e inminente⁵⁴. No es preciso que el trabajador utilice siempre el mismo modo de transporte «*sino que se emplee el medio de transporte normal de los utilizados corrientemente*»⁵⁵.

En realidad este elemento constituye un requisito que podría quedar incluido dentro del elemento topográfico al comprender éste lo que el itinerario habitual significa, incluido no sólo el trayecto, sino el medio y la forma en que se realiza. El trabajador en este caso, debe desplazarse utilizando un medio de transporte racional y adecuado para salvar la distancia entre su domicilio y el lugar de trabajo y viceversa. En este caso, cuando la empresa facilite un medio de transporte colectivo adecuado⁵⁶, sin perjuicio del uso excepcional de otros medios, salvo prohibición expresa, fundada y razonable por parte de aquélla⁵⁷. Ha de quedar subrayada la racionalidad, pues en este sentido, una prohibición expresa, y aún reiterada, no puede tener ningún efecto si no es razonable, dado que lo contrario proporcionaría un simple sistema de exoneración⁵⁸, pues no se puede negar por el empresario «*el innegable derecho que los trabajadores tienen de usar los (medios de transporte) que racionalmente sean adecuados a las necesidades de los desplazamientos*»⁵⁹. Será preciso a estos efectos profundizar en el fundamento de la prohibición para poder pronunciarse sobre su vinculatoriedad, de modo que sólo serán vinculantes las prohibiciones por «*causas razonables y atendibles*»⁶⁰, careciendo de validez las abusivas o injustificadas. En concreto, no puede el empresario⁶¹ limitar los medios de locomoción cuando «*no ofrezca medio alternativo de transporte, ni exista otro de carácter público que fuera practicable*»⁶²,

⁵¹ STS 11-11-1969 (RJ 4768).

⁵² STS 18-10-1971 (RJ 3983).

⁵³ CAVAS MARTÍNEZ, F., FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social”, cit., pág. 40.

⁵⁴ STS 4-03-1960 (RJ 1077).

⁵⁵ STS 22-03-1969 (RJ 1867).

⁵⁶ STS 24-01-1980 (RJ 620).

⁵⁷ STS 22-12-1987 (RJ 9019).

⁵⁸ ALONSO OLEA, M.: “Accidente de tráfico y accidente de trabajo”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 79, Madrid, 2002, pág. 364.

⁵⁹ STS 28-12-1962 (RJ 282).

⁶⁰ STS 24-01-1980 (RJ 620).

⁶¹ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El accidente *in itinere*”, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 41.

⁶² STS 12-12-1963 (RJ 4720).

ni cuando el medio utilizado por el trabajador sea acorde con las necesidades del desplazamiento y no agrave innecesariamente los riesgos⁶³, ni cuando el empresario prohíba el uso de medios de transporte comúnmente generalizados⁶⁴. Es adecuado, sin duda, el medio de transporte en helicóptero utilizado para trasladarse a una plataforma petrolífera en el mar⁶⁵.

Sin embargo, se ha considerado inadecuado el transporte en motocicleta por una vía sin asfaltar cuando existe un medio de transporte facilitado por la empresa⁶⁶, o cruzar un río a nado si el trayecto se hacía normalmente a través de puentes o barca existentes⁶⁷.

En cuanto al comportamiento del trabajador en el uso de los medios de transporte, la jurisprudencia suele apreciar que no se rompe el nexo causal por la mera infracción de normas del código de circulación, pero sí cuando concurre imprudencia temeraria o la conducción de vehículos en estado de embriaguez⁶⁸.

3.4. Requisito topográfico

Requiere la utilización del trayecto normal y habitual para cubrir el desplazamiento, si bien un mínimo desvío se considera que no es relevante para romper el nexo de causalidad. Se hace mención al trayecto que debe conectar el domicilio del trabajador con el lugar de trabajo por cuyo motivo debe ser el idóneo de modo que, un desplazamiento en condiciones no usuales o habituales, rompería la conexión con el trabajo. Así, el desplazamiento debe responder a patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes para que no exista ruptura del nexo causal⁶⁹ por cuyo motivo debe realizarse en la forma y con los medios habituales.

Resulta patente que el accidente ha de producirse en el trayecto, circunstancia que excluye tanto el punto de partida como el de llegada, ya sea el domicilio o el laboral. El camino adecuado no ha de ser de forzosamente el más corto sino «*el normal y corriente o el más habitualmente utilizado*»⁷⁰, toda vez que el trabajador puede realizar el trayecto «*con alguna desviación para verificar alguna compra o cualquier otra diligencia, sin que esto signifique, necesariamente, que no se haya dirigido a su domicilio*»⁷¹. No impedirá el carácter laboral del accidente la elección de un trayecto más largo, de menor intensidad de tráfico y de mejor firme⁷², no siendo preciso que el desplazamiento sea siempre el mismo

⁶³ STS 2-11-1962 (RJ 4911).

⁶⁴ STS 28-12-1962 (RJ 282).

⁶⁵ STS 20-04-1981 (RJ 1761).

⁶⁶ STS 20-02-1971 (RJ 2532).

⁶⁷ STS 28-02-1958 (RJ 713).

⁶⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F., FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social”, cit., pág. 40.

⁶⁹ STS 21-5-1984 (RJ 3034).

⁷⁰ STS 22-01-1962 (RJ 29).

⁷¹ Vid. la STS 28-12-1973 (RJ 4858) comentada con anterioridad.

⁷² STS 18-02-1969 (RJ 633).

pudiendo adaptarse a las condiciones del tráfico para evitar embotellamientos. En el ejemplo expresivo de DUPEUYROUX no es lo mismo detenerse para comprar el pan que ir al cine⁷³.

No constituirá un trayecto adecuado vadear el río⁷⁴; utilizar un camino más largo y totalmente diferente al habitual sin razones que obligaran a ello⁷⁵, o el que presenta más riesgos⁷⁶. El desplazamiento en medio de transporte no permitido por la empresa se ha valorado como elemento que impide apreciar la existencia de accidente *in itinere*, máxime si se transita por camino no habitual y sin que conste que se dirigiera al trabajo⁷⁷. Tampoco se considera accidente de trabajo el de circulación sufrido por un trabajador cuando acompañaba a otra persona, ajena al trabajo, a su domicilio⁷⁸ después de terminar su jornada⁷⁹, ni el del trabajador, aún con autorización de la empresa, que se desplaza en horario laboral a realizar una gestión privada.

Se desprende del propio enunciado legislativo que el accidente ha de producirse en el trayecto, no en el domicilio, ni en lugar de trabajo, de manera que el accidente ocurrido en el domicilio será un accidente común mientras que el que ocurre en el trabajo tendrá la calificación de accidente de trabajo ordinario. El domicilio del trabajador, por tanto, ocupa un lugar referente fijando la jurisprudencia en multitud de ocasiones el mismo como punto de salida o de partida, de origen y de destino.

4. LA NUEVA DOCTRINA CONTENIDA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, DE FECHA 12 DE JUNIO DE 2014, Y LA INNOVACIÓN EN EL ELEMENTO MECÁNICO

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 12 de junio de 2014, aporta una interpretación novedosa respecto del elemento mecánico, uno de los elementos configuradores del accidente *in itinere*. En la indicada sentencia se valora el uso de un patinete como transporte autorizado utilizado por un trabajador en el trayecto de vuelta entre el trabajo y su domicilio.

Ciertamente, se echa en falta una mayor precisión a la hora de describir los elementos que configuran la calificación de un accidente como producido *in itinere*. La sentencia comentada a la hora de reproducir los hechos probados contenidos en la sentencia del Juzgado *a quo* se limita a precisar en el hecho probado segundo que el accidente se describe en el parte de accidente y que «*éste se produjo cuando el trabajador iba en patinete a su casa y se cayó, causándose fractura de bennet en el brazo derecho*».

⁷³ DESDENTADO cita así al autor francés. “Comentario al artículo 115 LGSS. Concepto del accidente de trabajo”, cit., pág., 1105.

⁷⁴ STS 16-06-1965 (RJ 4274).

⁷⁵ STS 11-11-1975 (RJ 4296).

⁷⁶ STS 22-12-1987 (RJ 9019).

⁷⁷ STS 22-12-1987 (RJ 9019).

⁷⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F., FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social”, cit., pág. 41.

⁷⁹ STS 28-02-2001 (RJ 2826), RCUUD núm. 3493/1999.

Se ha de tener presente que en tanto que no opera en este tipo de accidentes la presunción de laboralidad del párrafo 3 del artículo 115 de la Ley General de Seguridad Social corresponde al trabajador acreditar las circunstancias configuradoras de la contingencia profesional. Hemos de suponer que así fue en el juicio de instancia si bien, lamentablemente, la sentencia en sus hechos probados no fue lo suficientemente explícita como para desarrollar argumentalmente y con suficiencia todos los requisitos característicos del accidente *in itinere*. Después en su fundamentación jurídica el tribunal de suplicación sí tuvo la precaución de citar la doctrina jurisprudencial existente al respecto reproduciendo el juego de detalles que no vino previamente recogido y de forma adecuada en la relación de hechos probados.

Parece ser que la intención del trabajador cuando realiza el desplazamiento consistía en desplazarse desde el trabajo a su domicilio. Sin embargo no consta otro dato concreto distinto a la emisión del parte de accidente laboral por parte de la empresa por cuyo motivo resulta difícil constatar que efectivamente la finalidad de un trayecto *–primer requisito del accidente in itinere–*, cuyos perfiles se desconocen, coincide con los requerimientos del accidente *in itinere*.

En cuanto al elemento cronológico la omisión en la sentencia a este elemento temporal en que se produce el accidente es total. No sabemos cuál es el horario de trabajo, no sabemos cuál fue el momento puntual en que el día del suceso se produce la salida del trabajo, ni en qué momento se produce el accidente ni cuál es el tiempo que en promedio se tarda en llegar desde el lugar de trabajo al domicilio. Falta, pues, la concreción de un dato muy relevante que podía *–o no–* haber contribuido a la calificación del suceso como accidente de trabajo en función de que el tiempo transcurrido desde la salida del trabajo se incardinara dentro de unos parámetros razonables en la medición del tiempo transcurrido.

El tercer elemento a debate es el topográfico que vendría a definir el trayecto que ha de seguirse para conectar la localización de la empresa y el domicilio del trabajador. Tampoco se conoce si el trabajador seguía el trayecto adecuado para desplazarse desde el trabajo a su vivienda, no sabemos si era el más apropiado para conectar un lugar y otro y, ni siquiera, si se encontraba en la trayectoria descrita. De nuevo nos topamos con un elemento constitutivo del accidente *in itinere* cuya verificación podía *–o no–* contribuir a la confirmación o el descarte de su concurrencia.

Dejamos para el final el cuarto elemento que centra la argumentación del Tribunal y que constituye la particular novedad de la doctrina discutida. Se trata del elemento mecánico, del medio de transporte utilizado para realizar el desplazamiento y que no es otro que el patinete.

Ciertamente debe llamarse la atención acerca de que la idoneidad del patinete como medio de transporte es algo ciertamente controvertido. No se puede ocultar que con frecuencia a la hora de diferenciar medios idóneos de los no adecuados se ha hecho referencia explícita ejemplificadora al monopatín o al patinete como medios inadecuados por la acrecentada peligrosidad que su uso puede comportar, particularmente si su uso se lleva a cabo por la calzada o el lugar destinado al paso de vehículos a motor.

Sin embargo, puede advertirse cómo la sentencia asume otros argumentos a tener en cuenta que pueden hacer viable la consideración del patinete –y por extensión los patines y el monopatín– como medio de transporte adecuado. Comienza por considerar la permisividad que a este respecto se deduce de la ordenanza municipal de Barcelona –ciudad que parece corresponderse con la competencia territorial del Juzgado que conoce en primera instancia– ciudad que permite la circulación por las aceras de patines, monopatines y patinetes a los que no considera vehículos. Sin perjuicio de que se trae, en sentido contrario, a colación la ordenanza de Valencia que prohíbe la circulación de dichos medios de transporte lo cierto es que la ordenanza municipal de Barcelona constituye un primer indicio favorable a la válida consideración del patinete como medio adecuado para desplazarse.

A continuación, prosigue la sentencia destacando el cambio en los hábitos sociales en los que se apuesta por medios de transporte no contaminantes y respetuosos con el medio ambiente como pueda ser la bicicleta u otros medios novedosos entre los cuales habría de incluirse el monopatín, el patinete y los patines. Tal novedad, se afirma, es socialmente aceptada sin rechazo en la medida en que no suponga molestias o riesgos adicionales para los demás viandantes.

Se añade que no se aprecia ningún obstáculo para considerar idóneos los elementos descritos en relación al desplazamiento entre el centro de trabajo y el domicilio habitual. Se subraya además que resulta sensiblemente más peligroso el uso en ciudad de la bicicleta, en la medida en que la misma ha de circular por el asfalto en concurrencia con vehículos a motor, frente a los que no dispone de protección en caso de colisión, en tanto que el uso del patinete o monopatín –en aquellos lugares autorizados, como es el caso de Barcelona– ha de realizarse por lugares sin la concurrencia de vehículos a motor. Se considera en definitiva que en la medida en que estos «*artefactos*» se utilicen estrictamente para el desplazamiento –sin pretender alargar su uso con fines de esparcimiento– no deben acarrear ningún perjuicio a priori, en la medida en que el desplazamiento se acortará y no ha de ser necesariamente más peligroso si se utilizan prudentemente.

La sentencia comentada aprovecha el «*viento a favor*» de la reciente y expansiva doctrina del Tribunal Supremo en materia de accidente de trabajo. En concreto de la sentencia de 26 de diciembre de 2013, recurso 2315/2012, en la que se considera accidente *in itinere* el desplazamiento llevado a cabo en fin de semana desde el domicilio familiar al domicilio que por razones de trabajo se mantiene durante la semana, interpretando extensivamente el elemento teleológico al considerar que el desplazamiento –no estrictamente entre domicilio y lugar de trabajo– se produce determinado por el trabajo y viene impuesto por las nuevas condiciones económicas y sociales que obligan a aceptar trabajos lejos del domicilio donde queda fijada la unidad familiar.

5. CONCLUSIONES

La sentencia que se comenta abre un nuevo criterio expansivo que permite interpretar de forma extensiva el requisito mecánico en el accidente *in itinere*. Se viene a considerar, en definitiva según se describe en su fundamentación jurídica que el uso del patinete tiene como finalidad principal un rápido desplazamiento desde el centro del trabajo al domicilio habitual por lo que se concluye que debe considerarse como medio de transporte idóneo, con inclusión en el concepto de accidente *in itinere*. Se contrapone a esta situación el uso para

finés distintos del medio reseñado, si se interrumpe el trayecto para fines lúdicos o deportivos. En tal caso, obvio resulta que quedaría excluida la posibilidad de incardinar la situación discutida dentro del ámbito del accidente *in itinere*.

En cualquier caso, entiendo que se debe incidir por parte de los tribunales en la constatación en los hechos probados de los cuatro elementos que definen el accidente *in itinere*, dado que puesto que no opera la presunción del párrafo 3º del artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social se han de articular medios probatorios al respecto constatándose cada uno de los mismo a los efectos de verificar si estamos en presencia de un accidente calificable como *in itinere*.

Pensión de viudedad y matrimonio homosexual (a propósito de las SSTC 92/2014, 93/2014, 115/2014 y 157/2014)

JOSÉ FRANCISCO BLASCO LAHOZ

TITULAR DE UNIVERSIDAD. DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Resumen

El derecho a la pensión de viudedad exige, con carácter general, haber contraído matrimonio previo en cualquiera de las formas previstas en el Código Civil. La Ley 13/2005, de 1 de julio, al modificar dicha norma en materia de derecho a contraer matrimonio, reconoció el derecho a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo; y tuvo como consecuencia el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad al cónyuge superviviente de un matrimonio homosexual. Sin embargo, las dificultades para el acceso al derecho a la pensión de viudedad se han producido en relación con las parejas de hecho homosexuales que no habían podido contraer matrimonio porque en el momento del fallecimiento del sujeto causante no existía previsión legal que permitiera dicho matrimonio. Esta cuestión ha motivado una doctrina constitucional que no considera discriminatorio por razón de sexo que aquellas personas no puedan acceder al derecho a pensión de viudedad.

Abstract

The right to widow's pension requires, in general, have contracted prior marriage in any of the forms provided for in the Civil Code. The Law 13/2005 of 1 July, to amend this rule in law to enter into marriage, recognized the right to marry to persons of the same sex; and it resulted in the recognition of the right to a widow's pension to the surviving spouse of a same-sex marriage. However, difficulties in access to the right to widow's pension have occurred in relation to couples actually gays who had not been able to get married because there was no legal provision that would allow the marriage at the time of the demise of the causing subject. This question prompted a constitutional doctrine that not considered discriminatory on grounds of sex that people can not access to the right to a widow's pension.

Palabras clave

Pensión de viudedad; matrimonio homosexual; parejas de hecho; discriminación; tribunal constitucional.

Keywords

Same-sex marriage; domestic partners; discrimination; Constitutional Court.

1. LA PENSIÓN VITALICIA DE VIUEDAD Y SUS BENEFICIARIOS

Las prestaciones por muerte y supervivencia son aquellas destinadas a solucionar las situaciones de necesidad que se originen para las personas que dependan económicamente de otra (un trabajador), cuando ésta muere; y, por tanto cumplen un doble objetivo: compensar los gastos ocasionados por el sepelio y proteger la situación de necesidad derivada del fallecimiento del causante. De manera que las contingencias generales que originan el derecho a estas prestaciones son la muerte del trabajador y la supervivencia de los familiares que se encontraban a su cargo (que convivan y dependan económicamente de aquél); siendo la específica contingencia originadora de la prestación económica (pensión) por viudedad la supervivencia del cónyuge o de la persona que convivía con el sujeto causante. De hecho, el Tribunal Constitucional ha interpretado que, en su configuración actual, la pensión de viudedad en el caso de matrimonio no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge superviviente, y, en

general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges)¹ (SSTC 41/2013, de 14 de febrero [Rec. 8970/2008], 55/2013, de 11 de marzo [Rec. 6163/2010], y 77/2013, de 8 de abril [Rec. 5030/2011]).

El beneficiario del derecho a la pensión de viudedad será el cónyuge superviviente o persona unida al causante mediante pareja de hecho², con independencia de su sexo³ (art. 174.1 y 3 de la LGSS y SSTC de 103/1983 y 104/1983, de 22 y 23 de noviembre [cuestiones de inconstitucionalidad 301/1983 y 288/1982], 144/1989, de 18 de septiembre –sobre

¹ MOLINS ha interpretado que la LGSS viene a presumir *iuris et de iure* que, por el fallecimiento del cónyuge, se produce una situación de necesidad, pero que esto no es necesariamente cierto, existiendo tres niveles de situación de necesidad: aquel en el que verdaderamente hay una situación de necesidad porque el beneficiario necesita la pensión de viudedad para sobrevivir (nivel en el que se encuentran la mayoría de los perceptores de una pensión de viudedad); aquel en el que el beneficiario tiene unos ingresos suficientes para sobrevivir y el fallecimiento del cónyuge conlleva la disminución de ingresos (nivel en el que hay un grupo no mayoritario pero numéricamente importante de viudos); y aquel en el que ni hay situación de necesidad ni sustitución de rentas porque el fallecido no las aportaba (“Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2005, BIB 2005\1590, pág. 25). PÉREZ ALONSO indica que la justificación de la pensión de viudedad reside en la solidaridad patrimonial entre los cónyuges que rige durante el matrimonio procurando, a través de la pensión de viudedad que dicha solidaridad siga después de la muerte de uno de ellos (*Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 13).

² La STC 22/2010, de 27 de abril [Rec. 176/2006], (seguida en su doctrina por las SSTs de 6 y 8 de julio de 2010 [Rec. 931/2009 y 813/2005]) declaró la inconstitucionalidad del art. 174.3 de la LGSS, en la redacción dada por el RD Leg. 1/1994, de 20 de junio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el art. 101 del Código civil de “vivir maritalmente con otra persona”, por vulnerar el art. 14 de la CE.

³ Al Tribunal Constitucional le resultó manifiesto que la situación de partida de la norma contenida en los apartados 1 y 2 del entonces vigente art. 160 de la LGSS presentaba una práctica igualdad, pues en uno y otro caso se trata del fallecimiento del cónyuge de un trabajador afiliado al régimen de la seguridad social que ha efectuado las correspondientes cotizaciones y del derecho de su consorte a obtener una pensión de viudedad; sin embargo, detectaba una diferencia notoria de régimen jurídico entre el derecho a la pensión de viudedad de las viudas y el de los viudos. La condición del derecho de pensión de las viudas era únicamente la convivencia habitual con el cónyuge causante o, en todo caso, la separación legal con sentencia firme que le hubiera reconocido como inocente, además de haber completado el período de cotización reglamentario salvo cuando la causa de la muerte fuera accidente de trabajo o no laboral o enfermedad profesional; y el derecho de pensión del viudo era más limitado, como gráficamente lo ponía de manifiesto el legislador cuando establecía que el derecho de pensión del viudo se condicionaba a que, además de concurrir los requisitos exigidos para la viuda, se tratase de persona que al tiempo de fallecer su esposa estuvieran incapacitadas para el trabajo y a cargo de la fallecida. Así, no se necesitaba profundizar excesivamente en la materia para comprender que el único factor diferencial de cada una de las situaciones jurídicas que el art. 160 contemplaba en sus dos apartados era el sexo de la persona, viuda o viudo, lo que situaba el precepto directamente en el marco del art. 14 de la Constitución española; y, en consecuencia, el citado precepto legal suponía un trato desigual en perjuicio del varón, desde el momento en que el fallecimiento de éste era determinante en todo caso de pensión de viudedad en favor de su esposa, mientras que el de ésta solamente lo era si concurrían las exigencias específicas que allí se señalaban, pues sólo ellas determinaban que fuera idéntica la consecuencia, siendo el trato desigual en perjuicio del varón un hecho indiscutible desde el momento en que en identidad de circunstancias el legislador atribuye secuelas distintas. Por ello, concluyó que para restablecer la igualdad se hacía preciso declarar inconstitucional el apartado 2 del art. 160, y el inciso del apartado 1 donde se decía en femenino “la viuda”, pues sólo de este modo se conseguiría que los viudos de las trabajadoras afiliadas a la seguridad social tuvieran el derecho a la pensión en las mismas condiciones que los titulares del sexo femenino. Con posterioridad a esta doctrina, el Tribunal Supremo interpretó que el derecho a la pensión de viudedad de los varones surge con la entrada en vigor de la Constitución española y es aplicable la Ley 24/1972, que declaró imprescriptible el derecho, y puede ser reclamado por el viudo aunque el fallecimiento de la causante hubiera acaecido bajo la vigencia de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, al ser una norma discriminatoria en cuanto obstaculizadora de su reconocimiento a los viudos (STS de 12 de mayo de 2003 [Rec. 3183/2002]).

pensión SOVI– [Rec. 1496/1987] y 58/1991, de 14 de marzo [Rec. 952/1988]), que reúna los requisitos legalmente exigidos.

Así, en primer lugar, el derecho a la pensión de viudedad exige, con carácter general, haber contraído matrimonio previo en cualquiera de las formas previstas en el Código Civil⁴ (STC 66/1994, de 28 de febrero [Rec. 1714/1992]); debiendo tenerse en cuenta, pues, la nueva redacción del art. 44 del Código Civil llevada a cabo por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, establece que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

El art. 174.1 de la LGSS establece las siguientes reglas específicas sobre la existencia de vínculo matrimonial: en los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante hubiera sido consecuencia de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal se requerirá que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, que existan hijos comunes; y no será necesario el cumplimiento del requisito de duración anterior cuando en la fecha de la celebración del matrimonio se pruebe un período de convivencia acreditada con el causante que sumado al de duración del matrimonio hubiera superado los dos años, a contar desde que la pareja pudo contraer matrimonio⁵ (STS de 25 de junio de 2013 [Rec. 2528/2012]).

También hay que tener en cuenta que la ruptura de la convivencia del cónyuge superviviente con el sujeto causante tiene una importante incidencia en los efectos de la pensión de viudedad, y su regulación ha sufrido una evolución. En primer lugar, la LGSS de 1974 (art. 160.1.a) exigía que en caso de separación judicial debía existir sentencia firme que declarara al primero inocente de la misma. A continuación se replanteó la exigencia de

⁴ El Tribunal Constitucional ha dictaminado que no cabe apreciar trato discriminatorio por razones étnicas en la denegación de aquél derecho porque, en primer lugar, el ordenamiento jurídico establece con alcance general una forma civil de acceso al vínculo matrimonial que es neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica y, en segundo lugar, porque cuando el legislador ha decidido otorgar efectos legales a otras formas de acceder al vínculo matrimonial, lo ha hecho sobre la exclusiva base de consideraciones religiosas y alejado también, por tanto, de cualquier connotación étnica. Sobre el contenido de esta sentencia se formuló un voto particular (STC 69/2007, de 16 de abril [Rec. 7084/2002]) (sobre el contenido de esta sentencia puede verse ESPÍN SÁEZ, M. y ESPADA MALLORQUÍN, S. “A vueltas con el matrimonio como presupuesto para generar el derecho a la pensión de viudedad”, *Revista de Derecho Social*, núm. 41, 2008); y el Tribunal Supremo interpreta que es admisible que una persona que ha estado unida al sujeto causante como consecuencia del matrimonio celebrado según el rito de la iglesia evangélica de Filadelfia sí tiene derecho a la correspondiente pensión de viudedad porque el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración (art. 61 del Código Civil), y ello aunque no esté inscrito en el Registro Civil (únicamente no los tendría si dicho matrimonio perjudicara los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas); de manera que como el matrimonio existió se cumple en el solicitante de la pensión de viudedad la condición de cónyuge superviviente exigida en el art. 174.1 de la LGSS (STS de 15 de diciembre de 2004 [Rec. 7064/2003]).

⁵ La acreditación del período de convivencia, complementario del matrimonial, puede llevarse a cabo por cualquiera de los medios probatorios admitidos en Derecho, sin que para ello sea necesario acudir a los medios concretos que exige el art. 174.3 de la LGSS para el caso de que el derecho a la prestación se apoye exclusivamente en la situación de pareja de hecho sin ulterior matrimonio (SSTS de 14 de junio de 2010 [Rec. 2975/2009] y 29 de noviembre de 2011 [Rec. 232/2011]); y en el supuesto de fallecimiento por enfermedad previa al matrimonio y antes de un año de la fecha de éste, se reconocerá derecho a pensión de viudedad por acreditación de convivencia anterior como pareja de hecho sin necesidad de que ésta estuviera inscrita en los registros públicos o constase en documento público (SSTS de 20 de julio de 2010 [Rec. 3715/2009] y 28 de febrero de 2012 [Rec. 1768/2011]).

convivencia, de manera transitoria a través de la dispos. ad. 10.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, y de manera definitiva con la LGSS (art. 174); asimismo, ya la Resolución de 23 de junio de 1989 dejó de exigirla para las separaciones de hecho. En la actualidad, en los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, siempre que, en este último caso, no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho; y en el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad a que hubiere lugar, fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última (art. 174.2 de la LGSS, en la redacción de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2010). Además, el derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria prevista en el art. 97 del Código Civil⁶, ésta quedara extinguida a la muerte del causante⁷ (art. 174.2 de la LGSS, en la redacción de la Ley 26/2009). Si bien, en todo caso, tendrán 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 separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho (art. 174.2 de la LGSS, en la redacción de la Ley 26/2009).

Además, la dispos. trans. 18.^a de la LGSS, introducida por la Ley 26/2009, tal y como ratifica el Tribunal Supremo (SSTS de 21 de diciembre de 2010 [Rec. 1245/2010] y 21 de julio de 2014 [Rec. 2074/2013]), ha establecido que el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial, que deben haberse producido antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un período de tiempo no superior a 10 años, siempre que el vínculo matrimonial hubiera tenido una duración mínima de 10 años y concurriesen en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes: la existencia de hijos comunes del

⁶ El art. 97 del Código Civil establece que la pensión compensatoria es aquella a la que tiene derecho el cónyuge al que la separación o divorcio produce un desequilibrio económico, en relación con la posición del otro, que implica un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio y se fija mediante resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las circunstancias de edad, salud, acuerdos previos entre los cónyuges, cualificación, dedicación a la familia, etc., y el derecho a esta pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona, pero no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor, aunque sus herederos pueden solicitar al juez su reducción o supresión.

⁷ El Tribunal Supremo reconoce el derecho a percibir la pensión al cónyuge divorciado tras procedimiento de separación en el que se le fijó a su favor y a cargo del cónyuge una pensión en concepto de alimentos, excluyéndose expresamente el concepto compensatorio y manteniéndose así tras dicho divorcio, pues la razón legal del requisito se halla en la dependencia económica, que concurre con independencia de la denominación de la pensión que abonaba el causante (SSTS de 29 [Rec. 743/2013] y 6 de mayo de 2014 [Rec. 1344/2013]); y al cónyuge viudo separado judicialmente, al que la sentencia de separación reconoció pensión compensatoria, aunque nunca la haya percibido ni reclamado, porque el no haber reclamado el abono de la pensión compensatoria no supone la renuncia a la misma ni, en consecuencia, su extinción (STS de 1 de abril de 2014 [Rec. 64/2013]).

matrimonio, y tener cumplida una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión. En estos casos la cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Si bien, se establece expresamente que la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad; y que lo dispuesto en la dispos. trans. 18.^a de la LGSS será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, siéndoles igualmente de aplicación lo dispuesto en el art. 174.2 de la LGSS⁸.

En cualquier caso, el nuevo ap. 2 añadido a la dispos. trans. 18.^a de la LGSS por la Ley 27/2011, de 1 de agosto (con efectos a partir de 1 de enero de 2013), ha establecido que también tendrán derecho a la pensión de viudedad las personas que se encuentren en la situación arriba señalada, aunque no reúnan los requisitos señalados, siempre que se trate de personas con 65 o más años, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no hubiera sido inferior a 15 años.

En caso de nulidad matrimonial el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se hubiera reconocido el derecho a la indemnización destinada al cónyuge de buena fe cuyo matrimonio ha sido declarado nulo habiendo existido convivencia conyugal (art. 98 del Código Civil), siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos previstos legalmente (art. 174.2 de la LGSS). A este respecto, la STS de 11 de febrero de 1994 [Tol 267358] exigió que la persona que pretenda ser beneficiario hubiera sido considerado por la sentencia judicial cónyuge de buena fe; y el art. 79 del Código Civil y la Resolución de 3 de abril de 1995 establecieron que en caso de falta de pronunciamiento sobre tal extremo se presumirá la buena fe.

No obstante, pese a desaparecer el requisito del vínculo y de la convivencia, ésta última sigue siendo importante para calcular la forma de distribuir entre los posibles beneficiarios la pensión de viudedad⁹. Así, se establece que si habiendo mediado divorcio se

⁸ El Tribunal Supremo, tras admitir la necesidad de que en los supuestos de divorcio el beneficiario de la pensión de viudedad hubiera sido acreedora de la pensión compensatoria establecida en la legislación civil y que ésta hubiera quedado extinguida por la muerte del causante, ha admitido el reconocimiento excepcional del derecho a la pensión de viudedad sin que hubiera existido la citada pensión compensatoria, siempre que se acrediten los requisitos exigidos en la citada dispos. trans. 18.^a de la LGSS (SSTS de 21 de diciembre de 2010 [Rec. 1245/2010] y 26 de enero de 2011 [Rec. 4587/2009]); y que el cómputo de los 10 años desde el divorcio o la separación judicial cuyo transcurso priva de los beneficios de la disposición transitoria 18.^a de la LGSS se produce desde el día en que se oficializa la ruptura matrimonial sin pensión compensatoria, sea divorcio o separación judicial (SSTS de 2 de noviembre de 2013 [Rec. 3044/2012] y 28 de abril de 2014 [Rec. 1737/2013]).

⁹ Durante una determinada época la jurisprudencia y la práctica del INSS aplicaban un criterio de pura proporcionalidad, sin distinción entre todos ellos (el cónyuge actual y los “históricos”), en función de los años de matrimonio convividos con el sujeto causante; a continuación, se produjo un cambio jurisprudencial (SSTS de 21 de marzo de 1995 y 27 de enero de 2004 [Rec. 3610/2002]) que plantea que cuando al fallecer un trabajador queden dos o más cónyuges supervivientes, debe partirse de que el derecho a la pensión de viudedad corresponde al único viudo de verdad, es decir, al cónyuge supérstite que al momento del hecho causante mantuviera su matrimonio constante y normal, pues tal derecho se hallaba legalmente consagrado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley del Divorcio, que estableció un derecho nuevo en favor del divorciado. Así, para determinar el porcentaje de la pensión que corresponde a los que hubieran sido cónyuges históricos se aplicaba el tiempo proporcional de convivencia con el causante, actuando como módulo temporal de referencia el período que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante; mientras que al cónyuge viudo

produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por 100 a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad por cumplir los requisitos exigidos cuando se trata de una pareja de hecho¹⁰ (art. 174.2 de la LGSS).

le corresponderá la pensión en su totalidad pues el derecho a la pensión de viudedad sigue siendo pleno, con independencia del período de convivencia que hubiera tenido, pero tal pensión vendrá disminuida por la parte que corresponda a los cónyuges divorciados, y por el tiempo en que estos hubieran convivido, estando casados, con el causante (no siendo computable el período de vínculo sin convivencia); y en definitiva, la consecuencia más relevante era que si muere el cónyuge viudo su pensión no acrecerá el derecho del cónyuge histórico, que mantendrá la cuantía inicial de su pensión, y si el cónyuge “histórico” es el único, esto es, no concurre con otros anteriores, ni posteriores si el causante no se volvió a casar, no por ello percibe la totalidad de la pensión, sino solo la prorrateada (SSTS de 14 de julio de 1999 y 26 de septiembre de 2000). La Administración de la Seguridad Social ha venido aplicando la jurisprudencia reseñada considerando que el cónyuge legítimo es el beneficiario de la pensión íntegra, de la cual se sustrae la cantidad correspondiente al tiempo de convivencia del cónyuge o cónyuges anteriores, y para ello, la proporcionalidad se determina tomando como módulo de referencia el período transcurrido desde la fecha del primer matrimonio hasta el fallecimiento del causante (Circular del INSS de 20 de febrero de 1997); y que la distribución de la pensión de viudedad entre diversos beneficiarios con arreglo al tiempo vivido con el causante no modifica las prestaciones, sino que distribuye una sola entre varios beneficiarios, por lo que los mínimos garantizados afectan a la prestación y no a cada uno de los beneficiarios (SSTS de 18 de julio y 27 de septiembre de 1994), de manera que el complemento por mínimos también será único, haya uno o más beneficiarios (SSTS de 20 de mayo y 19 de diciembre de 2002), siendo, en consecuencia, su cuantía proporcional al tiempo de convivencia con el causante, aunque exista un único beneficiario (SSTS de 3 de mayo de 2000 y 17 de septiembre de 2008 [Rec. 661/2006]). Por su parte, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 186/2004, de 2 de noviembre [Rec. 1863/2001], manifestó que no existe inconstitucionalidad en el criterio proporcional establecido para aquellos supuestos en los que concurren varios beneficiarios de la pensión de viudedad, sin que exista discriminación del cónyuge viudo superviviente que comparte su pensión de viudedad con otro beneficiario (el anteriormente casado con el causante de la pensión cuyo matrimonio se disolvió o anuló) en relación con el cónyuge viudo superviviente de un causante que no ha contraído anteriores nupcias, pues, solo y exclusivamente en este último caso, la viuda percibe la totalidad de la pensión de viudedad; ello porque la pensión de viudedad se configura en relación con un causante, que no es el beneficiario directo y cuyas vicisitudes, furto de su personal autonomía y libertad, son las que finalmente repercuten en el régimen jurídico de la pensión del beneficiario, ya que el legislador ha considerado como interés susceptible de protección el derivado de la convivencia marital durante cierto tiempo, y no pueden considerarse términos homogéneos para llevar a cabo la comparación necesaria en el juicio de igualdad biografías diferentes en el terreno matrimonial precisamente de la persona que con su muerte causa la pensión de viudedad, pues, en coherencia con tales biografías, el legislador ha tomado en consideración el tiempo de convivencia conyugal con el causante, en cuyo período de tiempo se ha realizado la pertinente cotización a la Seguridad Social a efectos de la pensión; y así, cuenta con una justificación objetiva y razonable la opción de no excluir de la titularidad de la pensión a quienes anteriormente tuvieron la condición de cónyuges y que como tales convivieron con el casuante durante cierto tiempo al quedar la pensión de viudedad concebida como única pensión repartida entre todos los cónyuges supervivientes (STC 125/2003, de 19 de junio [Rec. 5105/1997]), sin que ofrezca dudas la proporcionalidad de la solución, pues esta enlaza directamente con el tiempo de convivencia con el causante y justamente el criterio de reparto opera en proporción a dicho tiempo (BLASCO LAHOZ, J. F. *Seguridad Social. Régimen General, Regímenes especiales y prestaciones no contributivas*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, 3.ª ed. pág. 752).

¹⁰ Sobre la garantía del 40 por 100 la Administración (Instrucciones provisionales para la aplicación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con el reconocimiento de pensiones - Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS - 2 de enero de 2008) admite que su reconocimiento actúa en detrimento de las prorratas de pensión que deban reconocerse a los beneficiarios concurrentes, dado que la norma establece un criterio de distribución de la pensión entre quienes fueran beneficiarios en la fecha del hecho causante, sin que se prevea modificación posterior de la proporción resultante ni la posibilidad de que se alteren las porciones de la pensión atribuidas a cada uno de los beneficiarios, ni siquiera en el supuesto de que se hubieran reducido las otras prorratas correspondientes por aplicación de la garantía del 40 por

Sobre el cómputo del tiempo de convivencia, la Administración realizó las siguientes aclaraciones¹¹ (Instrucciones provisionales para la aplicación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con el reconocimiento de pensiones - Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS - 2 de enero de 2008): 1) el tiempo de convivencia respecto de los matrimonios y las parejas de hecho se computa, respectivamente, desde su celebración y su constitución, y en el caso del primero, hasta su extinción (SSTS de 21 de marzo de 1994 y 27 de enero de 2004 [Rec. 3610/2002]); no se computan los tiempos de inexistencia de matrimonio, ni de convivencia sin existencia de matrimonio, ni de convivencia sin constitución de pareja de hecho; y no se computan los tiempos de convivencia con parejas de hecho anteriores, aun cuando se hubieran constituido como tales, si posteriormente existiera matrimonio con otra persona o hubiese otro conviviente con derecho a pensión de viudedad.

También en el caso de nulidad matrimonial la pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que pudieran resultar por la aplicación de las reglas arriba apuntadas para el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios (art. 174.2 de la LGSS y SSTS de 1 de octubre de 1993 y 11 de febrero de 1994).

Por último, el Tribunal Supremo ha dictaminado que también la cuantía de la pensión de viudedad debe ser proporcional al tiempo convivencia en los supuestos de separación judicial y posterior reconciliación de los cónyuges separados, porque aun cuando el Código Civil (art. 84) establece que la reconciliación pone término al procedimiento de separación, aquélla no tiene efectos retroactivos, de manera que dejará sin efecto ulterior las consecuencias de la separación judicial, pero sin que ello signifique la eliminación de la realidad material que consiste en el hecho de que durante el tiempo entre la separación y la reconciliación no hubo vida en común con el cónyuge fallecido, tal y como exige el art. 174.2 de la LGSS, puesto que la ausencia de vida en común es el efecto constitutivo, típico y más característico de la sentencia de separación matrimonial (art. 83 del Código Civil) (SSTS de 20 de enero de 2004 [Rec. 91/2003] y 7 de diciembre de 2011 [Rec. 867/2011]); que en los supuestos de convivencia marital anterior a la publicación de la Ley de Divorcio, con matrimonio celebrado al poco tiempo de su entrada en vigor, una vez divorciado el causante de su cónyuge histórico, se le reconocerá al cónyuge viudo, a efectos del cálculo de la pensión de viudedad, todo el tiempo de convivencia con el sujeto causante hasta la fecha del divorcio (STS de 27 de enero de 2004 [Rec. 3610/2002]); y que la convivencia more uxorio del cónyuge divorciado que ha desaparecido como consecuencia de la muerte del conviviente more uxorio en fecha anterior al fallecimiento del causante no es causa de extinción de la pensión de viudedad devengada, debiendo procederse a la distribución de la misma entre el cónyuge viudo y el divorciado en proporción al tiempo de convivencia (STS de 26 de mayo de 2004 [Rec. 3103/2003]).

100; y que debe reconocerse también a la persona separada, ya que sigue siendo legalmente cónyuge, siempre que cause derecho a pensión de viudedad (BLASCO LAHOZ, J. F. *Seguridad Social. Régimen General... cit. pág. 751*).

¹¹ BLASCO LAHOZ, J. F. *Seguridad Social. Régimen General... cit. pág. 750*.

En la actualidad, se reconoce el derecho a la pensión de viudedad a quien se encuentre unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho¹²; entendida ésta como 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 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 5 años¹³ (art. 174.3 de la LGSS). La existencia de la pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja¹⁴ (SSTS de 20 de julio de 2010 [Rec. 3715/2009] y 20 de mayo de 2014 [Rec. 1738/2013]); que deberán haberse producido con una antelación mínima de 2 años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante¹⁵ (art. 174.3 de la LGSS).

¹² Históricamente, para causar derecho a la pensión de viudedad, no bastaba con la convivencia *more uxorio* (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre [Rec. 1419/1988] y 39/1998, de 17 de febrero [Rec. 613/1995] y SSTS de 20 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 2007 [Rec. 4744/2006]), ni siquiera cuando existía consentimiento presunto o propósito de contraer matrimonio (STS de 19 de noviembre de 1998); y solo se admitía como excepción la que era consecuencia de la aplicación de la *dispos. ad. 10.ª* de la Ley 30/1981, que concedió una ficción matrimonial a quienes conviviendo no pudieron divorciarse del matrimonio anterior ni contraer nuevas nupcias porque el causante falleció antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 (SSTC 177/1985, de 18 de diciembre [Rec. 858/1984] y 39/1998, de 17 de febrero [Rec. 613/1995] y SSTS de 26 de mayo de 1993 y 2 de diciembre de 1994), o con posterioridad pero sin que hubiera dado tiempo para legalizar la situación, siempre que no hubiera existido negligencia en tramitar el divorcio y/o contraer nuevas nupcias; y ello, aun cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas había admitido la posibilidad de que un transexual tenga derecho a beneficiarse de una pensión de supervivencia reservada al cónyuge supérstite sin que exista matrimonio previo, puesto que la legislación que exigiera el requisito de matrimonio sería contraria, en principio, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (STJCE de 7 de enero de 2004) (BLASCO LAHOZ, J. F. *Seguridad Social. Régimen General... cit.* pág. 753).

¹³ La STC 44/2014, 7 de abril [Rec. 5800/2012] descarta que resulte contrario al art. 14 de la CE el inciso "no tengan vínculo matrimonial con otra persona" del párrafo 4.º del art. 174.3 de la LGSS, como presupuesto para que se pueda ostentar la condición de pareja de hecho a los efectos de poder acceder a la pensión de viudedad regulada en dicho precepto.

¹⁴ Las SSTC 45/2014, de 7 de abril [Rec. 6589/2011] y 51/2014, de 7 de abril [Rec. 7142/2013] dictaminan que el párrafo 4.º del art. 174.3 de la LGSS, en su inciso "La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja", no vulnera el derecho a la igualdad ante la ley; y la STC 45/2014, de 7 de abril [Rec. 6589/2011] concluye que la exigencia de la constitución formal, *ad solemnitatem*, de la pareja de hecho con una antelación mínima a la fecha del fallecimiento del causante de la pensión exigida en el párrafo 4.º del art. 174.3 de la LGSS no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social.

¹⁵ El Tribunal Supremo ha interpretado que la acreditación de la convivencia no debe realizarse exclusivamente a través del certificado de empadronamiento, que no puede calificarse de documento constitutivo, sino que es claro que la existencia de una pareja de hecho puede acreditarse de muy diferentes maneras o a través de muy diversos instrumentos probatorios que, por otra parte, pueden no ser exactamente coincidentes en todo el territorio español, dada la especificidad de determinadas Comunidades Autónomas a cuya normativa propia se refiere también el art. 174.3 de la LGSS (SSTS de 25 de mayo de 2010 [Rec. 2969/2009] y 26 de noviembre de 2012 [Rec. 4072/2011]); que la inscripción en el Registro específico o la documentación en escritura pública de la constitución de la pareja de hecho es justificación *ad solemnitatem* y constitutiva de la existencia de la pareja a los efectos de Seguridad Social, sin que pueda ser sustituida por la acreditación de la propia convivencia *more uxorio* (STS de 22 de noviembre de

El art. 174.3 de la LGSS, en su párrafo 5.º, estableció que en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, la existencia de la pareja de hecho se acreditará conforme establezca su legislación específica; pero dicho párrafo ha sido declarado inconstitucional y nulo por vulneración del artículo 14 de la Constitución española (CE), en relación con el art. 149.1.17 de la CE, por la STC 40/2014, de 11 de marzo [Rec. 932/2012]. La citada sentencia (que incluye voto particular en contra), tras comprobar que el análisis de las leyes sobre parejas de hecho dictadas por las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio pone de manifiesto que existen diferencias entre estas normas y lo previsto con carácter general en el párrafo 4.º del art. 174.3 de la LGSS, tanto en la consideración de pareja de hecho como en su acreditación, considera que no es posible apreciar finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la pensión de viudedad en función de su residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho Civil propio o que al menos cuente con una legislación específica en materia de parejas de hecho; y concluye que en el caso de la pensión de viudedad, las diferencias de criterio de residencia en una u otra Comunidad Autónoma no gozan de esa justificación objetiva, por cuanto no se aprecian razones para deducir que la situación de necesidad en relación a esta prestación es mayor o más grave en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, y la diferencia que establece la norma tampoco está justificada en atención a la finalidad de la prestación que en el caso de las parejas de hecho no es otra que la atender a un estado real de necesidad del supérstite, en función de su nivel de ingresos propios y de la existencia o no de cargas familiares, otorgando a tal efecto una pensión que depende en su cuantía de las cotizaciones efectuadas por el causante al régimen de Seguridad Social correspondiente. Por último, el Tribunal Constitucional indica que esta declaración de inconstitucionalidad sólo será eficaz *pro futuro*, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme.

En cualquier caso, el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad se llevará a cabo siempre que (art. 174.3 de la LGSS): se acredite que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por 100 de la suma de los propios y los del causante habidos en el mismo período, o el 25 por 100 en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad; y cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del SMI vigente en el momento del hecho causante; límite que se incrementará en 0,5 veces la cuantía del SMI vigente por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente¹⁶. Dicha cuantía de ingresos deberán concurrir

2011 [Rec. 433/2011]); y que si la muerte se hubiera producido antes de que transcurriesen 2 años desde la entrada en vigor de la Ley 40/2007, no cabe exigir el rigor del plazo de antelación previsto en la misma para la acreditación de la existencia de la pareja de hecho, porque aunque se hubiera llevado a cabo la inscripción al día siguiente de la entrada en vigor de aquella norma, no hubiera cubierto la inscripción ese tiempo en ningún caso (STS de 28 de noviembre de 2011 [Rec. 286/2011]).

¹⁶ La Administración (Instrucciones provisionales para la aplicación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con el reconocimiento de pensiones - Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS - 2 de enero de 2008) mantiene el criterio de que la literalidad del art. 174.3 de la LGSS obliga a denegar la prestación si en el momento del hecho causante no concurre alguna de las dos exigencias; matizando que si se otorga la pensión de conformidad con la primera condición no existe ninguna limitación en cuanto al nivel de ingresos que impida seguir percibiéndola en el futuro, y, por el contrario, si la pensión se concede por concurrir la segunda condición debe suspenderse en el caso de que se supere el límite de ingresos (BLASCO LAHOZ, J. F. *Seguridad Social. Régimen General... cit.* págs. 755-756).

tanto en el momento del hecho causante de la prestación como durante el período de su percepción; y a efectos del cumplimiento de estos requisitos, se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo, de capital y de carácter patrimonial, en los mismos términos que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones (art. 174.3 de la LGSS).

Por último, en el supuesto de expedientes instruidos al amparo de los Reglamentos comunitarios la convivencia registrada formalmente ante la autoridad correspondiente del Estado miembro de que se trate se asimilará a la constitución de la pareja de hecho en España; de forma que el requisito de convivencia exigido para considerar que existe la pareja de hecho podrá cumplirse en el territorio del país vinculado por norma internacional de Seguridad Social, debiéndose solicitar su certificación al organismo competente del país de que se trate (Instrucciones provisionales para la aplicación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con el reconocimiento de pensiones - Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS - 2 de enero de 2008).

2. LA PENSIÓN VITALICIA DE VIUDEDAD CONSECUENCIA DE MATRIMONIO HOMOSEXUAL

El derecho a la pensión de viudedad exige, con carácter general, haber contraído matrimonio previo (como acto personalísimo¹⁷) en cualquiera de las formas previstas en el Código Civil¹⁸ (STSJ del Principado de Asturias de 8 de octubre de 2004 [Rec. 3842/2003]), sin que dicha exigencia suponga una vulneración del art. 14 de la CE, puesto que no son necesariamente incompatibles con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 de la CE), siempre que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*, y siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre cónyuges y

¹⁷ STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2008 [Rec. 5230/2007].

¹⁸ El Tribunal Constitucional ha dictaminado que no cabe apreciar trato discriminatorio por razones étnicas en la denegación de aquel derecho porque, en primer lugar, el ordenamiento jurídico establece con alcance general una forma civil de acceso al vínculo matrimonial que es neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica y, en segundo lugar, porque cuando el legislador ha decidido otorgar efectos legales a otras formas de acceder al vínculo matrimonial, lo ha hecho sobre la exclusiva base de consideraciones religiosas y alejado también, por tanto, de cualquier connotación étnica. Sobre el contenido de esta sentencia se formuló un voto particular (STC 69/2007, de 16 de abril [Rec. 7084/2002]); y el Tribunal Supremo ha considerado admisible que una persona que ha estado unida al sujeto causante como consecuencia del matrimonio celebrado según el rito de la iglesia evangélica de Filadelfia sí tiene derecho a la correspondiente pensión de viudedad porque el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración (art. 61 del Código Civil), y ello aunque no esté inscrito en el Registro Civil (únicamente no los tendría si dicho matrimonio perjudicara los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas); de manera que como el matrimonio existió se cumple en el solicitante de la pensión de viudedad la condición de cónyuge superviviente exigida en el art. 174.1 de la LGSS (STS de 15 de diciembre de 2004 [Rec. 6074/2003]). Las SSTSJ de la Comunidad de Madrid de 26 de enero [Rec. 4101/1998] y 17 de junio de 1999 [Rec. 1823/1999] y 14 de mayo de 2001 [Rec. 5911/2000] consideraron que el matrimonio previo se convierte en *conditio iuris* para causar derecho a la prestación de viudedad.

quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento (STC 66/1994, de 28 de febrero [Rec. 1714/1992]).

En este punto es preciso recordar que la nueva redacción del art. 44 del Código Civil llevada a cabo por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, establece que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”, y en definitiva, reconoce el derecho a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo¹⁹. Lo que, en pura lógica, tiene como consecuencia el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad al cónyuge supérstite de un matrimonio homosexual, pues cumple la condición exigida en el art. 174.1 de la LGSS²⁰, produciéndose una ampliación del ámbito subjetivo de la protección por viudedad²¹.

En cualquier caso, las dificultades para el acceso al derecho a la pensión de viudedad se han producido en relación con las parejas de hecho homosexuales que no habían podido contraer matrimonio porque en el momento del fallecimiento del sujeto causante no existía previsión legal que permitiera dicho matrimonio²².

Inicialmente, el Tribunal Supremo no admitió la procedencia del reconocimiento del derecho a pensión de viudedad a una persona por el fallecimiento de su pareja del mismo sexo con la que convivía *more uxorio* producido antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, puesto que el objeto de dicha Ley no es eliminar una discriminación preexistente sino instaurar algo nuevo, eliminando una concepción que estimó anticuada acerca de la naturaleza de las relaciones de convivencia entre parejas de un mismo sexo, y construyendo con ello un nuevo marco de derechos y deberes que antes no tenían las parejas homosexuales, todo ello con un carácter constitutivo y novedoso, que por su propia

¹⁹ MOLINS llama la atención sobre un curioso problema que le parece que deriva de la reforma realizada por la Ley 13/2005, pues entiende que la misma deja sin resolver el problema de las personas que, sin ser pareja, viven juntos, integrando una comunidad de convivencia en la que puede haber dependencia económica, de forma que con el matrimonio homosexual quedan desprotegidas situaciones de necesidad derivadas de situaciones de dependencia económica y afectiva, como las parejas de hermanos (“Aspectos críticos de la... *cit.*, pág. 13).

²⁰ FOTINOPOULOU entiende que la Ley 13/2005 ha puesto fin a la controversia que se suscitaba en relación con el reconocimiento de la pensión de viudedad a las personas del mismo sexo por el fallecimiento de su compañero o compañera sentimental del mismo sexo, pues como es sabido, el reconocimiento de una pensión de viudedad se condiciona por nuestra actual normativa legal a la existencia de vínculo matrimonial entre causante y persona beneficiaria, por lo que la ausencia de este requisito impide que el reclamante pueda lucrar la prestación solicitada, sin que pudiera alterar esta conclusión la imposibilidad de que las parejas homosexuales contrajeran matrimonio (“El reconocimiento retroactivo de la pensión de viudedad a parejas”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2006, BIB 2006\983, pág. 1).

²¹ SESMA BASTIDA, B. “Extensión de la cobertura de la pensión de viudedad ante nuevas realidades sociales: uniones de hecho y matrimonio homosexual”, *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2005.

²² DESDENTADO DAROCA describe esta situación como el problema que se ha planteado en la práctica con aquellas parejas que no cumplen el requisito del vínculo conyugal por no haber podido contraer matrimonio al fallecer uno de ellos antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, que carece de una disposición transitoria “de repesca” semejante a la que, en su día, previó el legislador para las parejas heterosexuales en la dispos. ad. 10.^a de la Ley 30/1981, teniendo en cuenta que, por su parte, la Ley 40/2007, que admite la pensión de viudedad para las parejas de hecho, sí ha incluido una disposición de este tipo, pero la “repesca” se condiciona, entre otras cosas, a la existencia de hijos comunes, un requisito de difícil cumplimiento por parte de las parejas homosexuales antes de que fuera admitido en nuestro Derecho el matrimonio homosexual (“Homosexualidad y pensión de viudedad. Una reflexión crítica sobre los problemas de Derecho transitorio”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2009, BIB 2009\865, pág. 7).

naturaleza sólo tiene efectos *ex nunc* o carácter prospectivo y no retroactivo; además, puntualiza que si el legislador hubiera querido darle aplicación retroactiva lo hubiera dicho, y si el derecho ahora regulado fuera inconstitucional por discriminatorio ya hubiera sido reconocido por el Tribunal Constitucional así como el derecho consiguiente a la pensión de viudedad, de forma que estamos ante un marco nuevo de derechos que el legislador ha querido que tenga aplicación a partir de su vigencia, pues es en dicho momento en que el legislador, que es a quien únicamente le corresponde hacerlo, ha considerado que la sociedad estaba preparada para introducir tal innovación (STS de 29 de abril de 2009 [Rec. 577/2008] y STSJ de las Islas Canarias de 21 de octubre de 2010 [Rec. 557/2010]).

Ante este planteamiento, la postura del Tribunal Constitucional, al resolver un supuesto en el que planteó la discriminación por razón de sexo vulnerando el art. 14 del CE²³ por la denegación de derecho a pensión de viudedad por falta de matrimonio cuando se ha producido el fallecimiento de pareja sin matrimonio porque en ese momento no era posible el matrimonio entre homosexuales, ha sido declarar conforme a la CE la previsión legal según la cual es necesario haber contraído matrimonio para poder acceder a la pensión de viudedad en caso de fallecimiento del cónyuge²⁴ (SSTC 92/2014, de 10 de junio [Rec. 693/2013], 93/2014, de 12 de junio [Rec. 6704/2004], 115/2014, de 8 de julio [Rec. 1326/2007] y 157/2014, de 6 de octubre [Rec. 6644/2009]).

La cuestión interna de inconstitucionalidad planteada en dichas sentencias se refiere a si el art. 174.1 de la LGSS, en la medida que sólo reconoce la pensión de viudedad al cónyuge supérstite, pudiera suponer una vulneración del art. 14 de la CE, al llevar consigo una desigualdad de trato de las parejas homosexuales respecto de las parejas heterosexuales, y, por tanto, una discriminación por razón de la orientación sexual, proscrita en el segundo inciso del art. 14 de la CE²⁵, toda vez que al no existir, en el momento en que se denegó la

²³ La STC 41/2013, de 14 de febrero [Rec. 8970/2008], dictaminó que entre las prohibiciones de discriminación proscritas por el art. 14 de la CE ha de entenderse comprendida la discriminación por causa de la orientación sexual, pues si bien es cierto que esta causa no aparece expresamente mencionada en dicho precepto como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. En aplicación de esta doctrina constitucional la STSJ de 28 de enero de 2014 [Rec. 2886/2013] reiteró que existe una directa vulneración del principio de igualdad ante la ley cuando la diferencia de trato que se establece entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no sólo no obedece a ninguna razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad, sino que conduce a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supérstites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas y jurídicas), la exigencia de haber tenido hijos comunes.

²⁴ El propio Tribunal Constitucional admitió que con la legislación aplicable entonces la configuración del matrimonio como unión que sólo cabía entre personas de diferente sexo era una opción del legislador acorde con la CE, sin que ello implicara, no obstante, que esa fuera la única configuración constitucionalmente legítima de la institución (STC 198/2012, de 6 de noviembre [Rec. 6864/2005]). POQUET sugiere que tras esta sentencia, sobre la constitucionalidad de la Ley 13/2005, no cabe duda que los matrimonios homosexuales son totalmente legítimos y tienen acceso a las mismas prestaciones sociales, concretamente, la pensión de viudedad, que los matrimonios heterosexuales (“Pensión de viudedad en matrimonios homosexuales”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2013, BIB 2013/703, pág. 5).

²⁵ El Tribunal Constitucional constata que la orientación homosexual comparte con el resto de supuestos mencionados en el art. 14 de la CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones

pensión posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, las parejas estables homosexuales nunca podían encontrarse en la situación legal exigida en el art. 174.1 de la LGSS, con la consiguiente imposibilidad de acceder a la pensión de viudedad.

La STC 92/2014, de 10 de junio [Rec. 693/2013] plantea que dentro de su amplio margen de apreciación, el legislador ha concebido la pensión de viudedad no como una institución llamada, sin más, a compensar el daño de la minoración de ingresos sufrida por el superviviente de una pareja, sino a compensar ese daño cuando se producía y el ámbito de la familia sustentada en el previo matrimonio, y, en consecuencia las uniones de hecho heterosexuales resultaban excluidas del acceso a la pensión porque pudiendo acceder al matrimonio decidían libremente no hacerlo y, por tanto, no cumplir los requisitos legales, debiendo por tanto correr con las consecuencias de ello; y las uniones homosexuales quedaban fuera de la esfera de protección porque la configuración del matrimonio en aquel momento era una configuración clásica o tradicional del mismo.

Puesto que el legislador debía de ser el que, en su caso, decidiera²⁶, al hilo de los cambios sociales, cuál era el momento en que debería proceder la extensión de la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance, no se podía declarar la inconstitucionalidad por discriminación al no ser posible legalmente en dicha fecha el matrimonio entre homosexuales; y así lo hizo con su regulación en la Ley 13/2005, de 1 de julio, lo que permitió a los cónyuges supervivientes de matrimonios homosexuales solicitar la correspondiente pensión de viudedad, como con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que extendió este beneficio, con ciertas limitaciones y requisitos, a todas las parejas de hecho estables, tanto heterosexuales como homosexuales. Una decisión que al Tribunal Supremo le parece legítima, como también le parece la de no admitir los matrimonios homosexuales como generadores del derecho a pensión de viudedad con anterioridad a la Ley 13/2005, de 1 de julio.

Sobre el contenido de la sentencia se planteó un necesario voto particular por el Magistrado Ortega Álvarez, al que se adhirieron la Magistrada Asua Batarrita y los Magistrados Valdés Dal-Ré y Xiol Ríos, en el que se sostiene que la admisión de la inconstitucionalidad porque la discriminación no se produce porque la norma tratase de forma diferenciada a las personas casadas y a las que integraban una unión de hecho libre y voluntariamente constituida, sino porque en dicho caso no existía libertad para optar entre contraer matrimonio o no contraerlo, en la medida en que la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, el matrimonio no era factible entre personas del mismo sexo, con la consecuente imposibilidad de que las uniones de hecho formadas por personas del mismo sexo pudieran cumplir con el requisito determinante del nacimiento de la prestación de Seguridad Social; y, una vez constatada la existencia de un impedimento legal que afectaba a determinadas uniones de hecho y no a otras a la hora de producirles unas consecuencias restrictivas de derecho (acceso a una determinada prestación de la Seguridad Social), debería valorarse si la regulación de la pensión de viudedad vigente en dicho momento utilizaba un criterio discriminatorio en razón de la orientación sexual, por cuanto, como las parejas de

desventajosas y contrarias a la dignidad de las personas, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente con esta minoría.

²⁶ El Tribunal Constitucional considera que en modo alguno el mismo puede actuar de legislador positivo retrospectivo, pues comprometería desembolsos económicos del erario público.

hecho del mismo sexo no podían contraer matrimonio, se establecía un requisito que en ese momento era de imposible cumplimiento para los homosexuales.

Así plantea la correcta argumentación de que si la existencia de libertad de elección es condición inexcusable para legitimar el tratamiento diferenciado de dos tipos de convivencia, matrimonial o de hecho, debería descartarse que ese fundamento legitimador del diferente trato concorra en este caso, pues la norma de Seguridad Social enjuiciada determina una exclusión absoluta del derecho a la pensión de viudedad en perjuicio de quienes no podían cumplir con los requisitos de acceso a la misma precisamente por su orientación sexual, en la medida en que los homosexuales no podían contraer matrimonio; y esa exclusión no parece que se fundamente en la finalidad a la que la pensión de viudedad sirve, que no es otra que la de compensar frente a un daño, la falta o minoración de unos ingresos de los que participa el superviviente, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los dos miembros de la pareja cuya convivencia es notoria o prolongada en el tiempo), y dichos daños y repercusiones se producían, lógicamente, igualmente en el supuesto de fallecimiento del miembro de una pareja homosexual que mantiene una relación de afectividad análoga a la conyugal pero no tenía libertad para contraer matrimonio.

A ello añade que la condición de haber contraído matrimonio, al que no tenían acceso entonces los homosexuales, era una condición jurídica de imposible cumplimiento, pero que no guardaba relación alguna con la finalidad a la que, conforme a la doctrina constitucional, sirve la pensión de viudedad en la configuración vigente en aquel momento, lo que significa que las actuales razones que justifican la pensión de viudedad concurrían igualmente entonces respecto a las parejas homosexuales que no podían contraer matrimonio, por lo que no es posible justificar la constitucionalidad de la diferencia de trato.

Finaliza indicando que aunque el legislador tiene un amplio margen de apreciación y configuración del régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social y de decisión acerca de las situaciones que han de considerarse o no merecedoras de protección social, y aun cuando su objetivo sea garantizar la sostenibilidad del sistema de prestaciones sociales, nunca deberá promover dicho objetivo a través de un medio que sea discriminatorio.

Lo cierto es que la no admisión de discriminación de las parejas homosexuales en relación con la pensión de viudedad no es nueva, pues ya la STC 41/2013, de 14 de febrero [Rec. 8970/2008], que declaró la inconstitucionalidad de la dispos. ad. 3.^a c) de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social²⁷, no admitió la existencia de un trato desfavorable a las parejas homosexuales²⁸.

²⁷ Esta Ley extendió con ciertos requisitos comparativamente más rígidos, la pensión de viudedad al caso de que el sujeto causante no estuviera legalmente casado con la persona beneficiaria, rompiendo el carácter inexcusable del matrimonio, que hasta entonces sólo había sido exceptuado en aplicación de la Ley 30/1981, en los casos de parejas que no hubieran podido contraerlo por fallecimiento anterior a dicha Ley y al arrumbamiento del carácter indisoluble del vínculo (CABEZA PEREIRO, J. “Viudedad para las parejas de hecho por muertes anteriores a 2008: ¿importa la orientación sexual?”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2013, BIB 2013\702, pág. 1).

²⁸ Un detallado relato sobre el contenido de esta sentencia puede verse en RUBIO TORRANO, E. “Pensión de viudedad al superviviente de pareja homosexual”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2013, BIB 2013\1173.

En este supuesto se planteó que la citada norma legal comportaba un trato desfavorable por causa de la orientación sexual, expresamente prohibido por el art. 14 de la CE, toda vez que el requisito de haber tenido hijos en común que establecía para poder causar derecho a la pensión de viudedad en supuestos de parejas de hecho en las que el fallecimiento del causante se produjo antes del 1 de enero de 2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007), resultaba de muy difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hecho homosexuales; puesto que, además de la imposibilidad biológica, debía de tenerse en cuenta que el derecho de las parejas del mismo sexo a la adopción conjunta y la adopción individual del hijo del conviviente sólo había sido reconocido de manera reciente en algunas Comunidades Autónomas en las leyes que regulan el régimen jurídico de las parejas de hecho, y la exigencia del referido requisito, aparentemente neutral, suponía un trato discriminatorio para las parejas de hecho del mismo sexo, por su efecto excluyente de la pensión de viudedad.

Ante este planteamiento el Tribunal Constitucional dictaminó que la dispos. ad. 3.^a de la Ley 40/2007 configuró una prestación de carácter excepcional, pensada para atender situaciones de necesidad acaecidas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, como excepción a la regla general en materia de Seguridad Social conforme a la cual, la norma aplicable para causar derecho a la prestación de que se trate es la vigente en el momento de producirse el hecho causante; y justamente por ello, porque no se pretende ampliar retroactivamente la protección de la pensión de viudedad de parejas de hecho (con independencia de su orientación sexual) a cualquier supuesto, sino a concretas situaciones de necesidad acaecidas antes del 1 de enero de 2008 que el legislador ha considerado merecedoras de protección, por tratarse de uniones *more uxorio* dotadas de estabilidad y permanencia, es por lo que se establecieron una serie de requisitos sin el concurso de los cuales no cabe acceder a esta pensión de carácter excepcional.

Continuó declarando que el requisito de “que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes” para tener derecho a la pensión de viudedad cuando el hecho causante se hubiere producido antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007 no tiene en cuenta la orientación sexual de la pareja de hecho como factor determinante del excepcional acceso retroactivo a la pensión, sino la existencia o inexistencia de descendencia común, biológica o adoptiva; es decir, que se exige a todas las parejas de hecho, con independencia de que sus componentes sean de distinto o del mismo sexo, y ello al margen de que el requisito sea de más difícil o incluso imposible cumplimiento en el caso de las parejas homosexuales, dada la imposibilidad biológica de que las parejas homosexuales tengan hijos entre sí y la imposibilidad legal de adopción conjunta por estas parejas (también de las parejas de hecho formadas por miembros de distinto sexo) hasta fechas relativamente recientes, cuando diversas Comunidades Autónomas han aprobado leyes que permiten la adopción conjunta por las parejas de hecho.

Por ello, concluyó que determinar si la diferencia de trato que el referido requisito legal contenido en la dispos. ad. 3.^a c) de la Ley 40/2007 establece entre parejas de hecho con hijos en común y parejas de hecho que no hubiesen tenido hijos comunes, responde a una finalidad objetivamente justificada, razonable y proporcionada.

A modo de final, cabría proponer, como ya lo ha hecho en algún momento la doctrina laboralista²⁹, que dado que las uniones de hecho homosexuales no podían contraer matrimonio con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005 por impedírsele la legislación entonces aplicable, aplicar analógicamente lo dispuesto en la disp. ad. 10.^a.2.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que concedió una ficción matrimonial a quienes conviviendo no pudieron divorciarse del matrimonio anterior ni contraer nuevas nupcias porque el causante había fallecido antes de la entrada en vigor de aquella Ley, o con posterioridad pero sin que hubiera quedado tiempo para legalizar la situación, siempre que no hubiera existido negligencia en tramitar el divorcio y/o contraer nuevo matrimonio³⁰.

²⁹ LÓPEZ TERRADA, E. Uniones matrimoniales y uniones de hecho en el régimen general de la Seguridad Social, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 55.

³⁰ En contra de esta proposición se sitúa POQUET (en la misma dirección se manifiesta DESDENTADO DAROCA en *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de familia. Un estudio crítico para una prestación en crisis*, ed. Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 78) que señala que no es posible la dicha aplicación analógica porque en esta materia no existe una laguna que el ordenamiento deba integrar, ya que la analogía tiene como fin atribuir a un caso no regulado el mismo tratamiento de un caso regulado similarmente, cuando en nuestro caso las parejas homosexuales están reguladas por el ordenamiento jurídico. La ausencia de excepciones a la aplicación de una norma no crea lagunas que necesiten cubrirse acudiendo a normas distintas, ni la analogía constituye instrumento válido para desplazar por otra la operatividad de la norma que regula el caso (SSTSJ de Illes Balears de 23 de mayo de 2007 [Rec. 220/2007] y de Cataluña de 9 de abril de 2008 [Rec. 118/2007]), y, por tanto, no hay vacío normativo, y no es posible acudir a la interpretación analógica (SSTSJ de Castilla y León de 14 de noviembre de 2007 [Rec. 1398/2007] y de la Comunidad Valenciana de 4 de junio de 2008 [Rec. 2582/2007] y 6 de marzo de 2009 [Rec. 1825/2008]) (“Pensión de viudedad en... *cit.*, pág. 11), dado que mientras el matrimonio entre personas de distinto sexo es un derecho constitucional, la unión matrimonial entre personas del mismo sexo es de creación legal, con la consecuencia inmediata de que no se pueden establecer ambas situaciones como término de comparación para establecer un juicio de igualdad, ya que en el último de los citados el legislador tiene amplio margen para configurar el sistema de previsión social y regular los requisitos de concesión de determinadas prestaciones, en atención a las circunstancias, prioridades, disponibilidades materiales y las necesidades de los diversos grupos sociales (STSJ de Andalucía de 22 de noviembre de 2007 [Rec. 201/2007]), y si el legislador hubiese querido que los efectos de la nueva ley se aplicasen a hechos anteriores a su vigencia debería haberlo indicado de forma expresa si lo hubiese considerado conveniente (SSTSJ del Principado de Asturias de 6 de julio de 2007 [Rec. 3485/2006] y de Cataluña de 10 de septiembre de 2010 [Rec. 3676/2009]). Así, existe doctrina judicial que alega que mientras el matrimonio entre personas de distinto sexo es un derecho constitucional, la unión matrimonial entre personas del mismo sexo es de creación legal, con la consecuencia inmediata de que no se pueden establecer ambas situaciones como término de comparación para establecer un juicio de igualdad (STSJ de Andalucía de 15 de marzo de 2007 [Rec. 3233/2006]); argumentando que el Tribunal Constitucional tiene señalado que la igualdad ante la ley proclamada en el art. 14 de la Constitución española no impide que, a través de diferentes cambios normativos, pueda producirse un trato desigual entre diversas situaciones, derivado de la diferencia de fechas en que se originaron, pues ni dicho precepto exige, en todo caso, la aplicación retroactiva de la ley más favorable, y la diferenciación normativa entre sujetos debida a una sucesión legislativa no puede considerarse, por sí sola, generadora de discriminación, y dada la complejidad que puede presentar un cambio de regulaciones, es el legislador quien debe ordenar las características de la transición normativa, bien estableciendo diversos grados de retroactividad, bien limitando la aplicación de la nueva norma a las situaciones que nazcan tras su promulgación (SSTSJ de la Comunidad de Madrid de 15 de marzo [Rec. 6432/2006] y 31 de mayo de 2007 [Rec. 1167/2007] y de Cataluña de 24 de noviembre de 2010 [Rec. 6178/2009]); y teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional ha señalado que las sucesivas alteraciones de los preceptos rectores de las prestaciones, de signo progresivamente favorable a los beneficiarios, ha obligado permanentemente a la fijación de determinadas fechas como límite temporal que posibilite o no ese tipo de nuevas y más favorables percepciones, sin que ello vulnere el art. 14 de la Constitución española, en tanto que este precepto no impide los tratamientos desiguales en el tiempo ocasionados por modificaciones normativas, debería concluirse que la Ley 13/2005 no contempla ninguna previsión que afecte a situaciones anteriores (SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de noviembre de 2007 [Rec. 1398/2007] y 6 de marzo de 2009 [Rec. 1825/2008], de Cataluña de 12 de enero [Rec. 7785/2005], 14 de junio [Rec. 2397/2007] y 14 de noviembre de 2007 [Rec. 1398/2007] y 9 de enero de 2008 [Rec. 6187/2006], de Illes Balears de 23 de mayo de 2007 [Rec. 220/2007], de Andalucía de 15 de marzo de 2007 [Rec. 3233/2006], de la Comunidad de Madrid de 18 de septiembre de 2007 [Rec. 956/2006], de 15

También algún autor ha propuesto que la solución a esta cuestión podría venir dada por la propia exposición de motivos de la Ley 13/2005, ya que se infiere de la misma que lo que hace el legislador es adaptar la regulación legal del matrimonio a la realidad social, por lo que es este el sentido de que no se reconozca efecto retroactivo alguno a la citada Ley; y al contrario de lo que ocurrió con la Ley 30/1981, en que se trataba de eliminar una prohibición que impedía el ejercicio de un derecho, con la discriminación que ello suponía, ahora de lo que se trata es de reconocer un nuevo derecho a unos sujetos que no gozaban del mismo, dada la evolución que ha sufrido nuestra sociedad en la aceptación de la convivencia entre personas del mismo sexo³¹.

Insistiéndose en el hecho de que partiendo de una existencia de situaciones parangonables, la aplicación analógica de aquella disposición sería la única vía de respeto hacia la voluntad igualitaria del legislador y de eliminación de la discriminación por razón de la orientación sexual, ya que ninguna razón convincente existe para hacer de mejor derecho a las parejas heterosexuales a la entrada en vigor de la Ley de divorcio que a las parejas de

y 16 de febrero [Rec. 5144/2006 y 5258/2006] y de 14 de julio [Rec. 495/2008] y 22 de septiembre de 2008 [Rec. 1640/2008], y del Principado de Asturias de 12 de mayo de 2006 [Rec. 2179/2005], al ampararse en el art. 1.1 de la Constitución española en el sentido de que es acorde con la concepción del Estado social y democrático de Derecho la correspondiente evolución de dicho estado legislativo (“Pensión de viudedad en... *cit.*, págs. 12-13). En definitiva, se concluye que realmente el reconocimiento de una pensión de viudedad se condiciona en el actual ordenamiento jurídico a la existencia de un vínculo matrimonial entre el causante y la persona beneficiaria, y la ausencia de este requisito impide el reconocimiento como beneficiario de la pensión de viudedad, sin que pueda alterar esta conclusión la circunstancia de que se trate de una pareja homosexual que, aun queriendo, no habría podido contraer matrimonio por impedirlo la legislación vigente hasta la fecha, siendo en definitiva al legislador al que le corresponde establecer hasta qué punto y en qué condiciones se debe reconocer el derecho a la pensión de viudedad a parejas de hecho o no matrimoniales, y también determinar si el reconocimiento de tal derecho debe o no tener eficacia retroactiva, o pudiera afectar a supuestos en los que uno de los miembros de la pareja hubiera ya fallecido, pero sin que sea posible sustituir al legislador y reconocer un derecho que la legislación actual no reconoce a las parejas convivientes sin vínculo matrimonial (SJS núm. 3 de los de Pamplona de 5 de enero de 2007 [procedimiento 579/2006]). La STSJ de Cataluña de 14 de junio de 2007 [Rec. 2397/2007] resumió en las siguientes las razones para la no admisión de discriminación: 1) Desde el momento en que en cierto modo se alegan violaciones del principio de igualdad (versión genuina del art. 14 de la Constitución española) no parecen tener mucha consistencia las alegaciones *in genere* de dicho precepto constitucional por la sencilla razón de que el estado legislativo actual del Derecho español ha equiparado al efecto el matrimonio homosexual al heterosexual, y no tenemos que entender que al examen del citado precepto constitucional, en relación al hecho de que Ley 13/2005 - a diferencia *mutatis mutandis* del precedente de la Ley 30/1981 no prevé un cierto efecto retroactivo a las situaciones de las parejas de hecho anteriores a la vigencia de aquella Ley y la desigualdad anticonstitucional no puede entenderse cometida por el legislador, de acuerdo con una conocida doctrina del Tribunal Constitucional que legitima al legislador cuando establece una determinada regulación que se aparta del precedente estado legislativo, tal y como viene así dispuesto por el propio art. 1º.1 de la Constitución española en el sentido de que es acorde con la concepción del Estado social, y democrático de Derecho la correspondiente evolución de dicho estado legislativo. 2) No es comprensible que el legislador se olvidase de aquella regulación de los uniones de hecho ya extinguidas por muerte, anteriores a la vigencia de la Ley, pues en cierto modo estaba el ejemplo de la Ley 30/1981 por más que según es visto, justamente era el caso allí previsto, precisamente la imposibilidad del matrimonio por la no existencia del divorcio con anterioridad a su entrada en vigor. 3) No se trata de la aplicación analógica de las leyes *ex art.* 4º.1 del Código Civil que se defiende por remisión la Ley 30/1981, sino sencillamente se pretendía aplicación de la Ley 13/2005 a una situación no precisada en sus preceptos (de derecho transitorio), es decir, a una situación anterior a la Ley 13/2005, y la función (constitucional) de los Tribunales es claro que no se extiende a reformar las leyes, haciendo las veces de legislador, sino que su cometido es la de aplicar e interpretar las leyes y las normas de Derecho en general.

³¹ PAREDES RODRIGUEZ, M. “Matrimonio homosexual y pensión de viudedad (Análisis de la sentencia del Juzgado de lo Social 35 de Madrid de 14 de noviembre de 2005 que reconoce el derecho de un homosexual a percibir la pensión de viudedad)”, *Información Laboral (Jurisprudencia)*, núm. 13, 2006, págs. 9-10.

hecho homosexuales a la entrada en vigor de la Ley 13/2005³² (SJS núm. 14 de los de Madrid de 25 de enero de 2005 y SJS núm. 3 de los de Palma de Mallorca de 29 de enero de 2006). De manera que la imposibilidad de aplicación con carácter retroactivo de la Ley 13/2005 atentaría contra los principios propios del sistema de Seguridad Social cuyo objetivo de protección en la cobertura de situaciones de necesidades provoca una distinción en tal protección atendiendo o no a la norma transitoria que lo prevea, y es que si en su momento se tuvo en cuenta la imposibilidad del matrimonio heterosexual por inexistencia de divorcio y vínculo de impedimento alegada antes del fallecimiento del causante, la entrada en vigor y posibilidad de los matrimonios homosexuales se comprendería en identidad de razón, donde las normas de Seguridad Social en conexión con las constitucionales, en la búsqueda de la justicia y el derecho, deberían interpretarse de forma y modo que su aplicación no frene ningún dinamismo progresivo y sea coherente con las garantías de asistencia y prestaciones sociales que postula la Constitución Española³³; y puesto que la Ley 13/2005 ha supuesto un cambio fundamental en la regulación de la familia legal y una modificación a las prestaciones de muerte y supervivencia, debería exigirse en interpretación propia de la doctrina constitucional y con el objeto de no dar lugar a situaciones discriminatorias, que la interpretación del requisito temporal no puede hacerse al margen de la finalidad de la norma, que podría quedar desvirtuada si tal condicionamiento temporal se interpreta en unos términos literales que impiden la transformación de la realidad social, y, desde esta óptica y atendiendo a criterios humanizadores, flexibles e individualizadores deberían evitarse situaciones de desprotección³⁴.

Así, las SSJS núm. 33 de los de Madrid de 25 de enero y 14 de noviembre de 2005 y núm. 3 de los de Palma de Mallorca de 29 de enero de 2006 extendieron el derecho a la pensión de viudedad al conviviente que no pudo contraer matrimonio con el causante por impedirlo la legislación vigente hasta la Ley 13/2005, siempre y cuando el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad a la misma Ley, y, empleando como argumento principal un criterio humanizador y flexible, admiten que puede postularse una extensión de las mismas consecuencias que fueron previstas en la dispos. ad. 10.^a de la Ley 30/1981, responsable de ampliar el hecho causante de la pensión de viudedad cuando equipara el requisito de la existencia de vínculo matrimonial con la convivencia de hecho en las circunstancias previstas en aquella disposición, que requieren el triple elemento de la convivencia de la pareja, la imposibilidad legal de contraer matrimonio antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 y el fallecimiento del causante con anterioridad a ello; y sin que dicha postura signifique una operación de interpretación analógica en *stricto sensu*, por partir de un elemento de situación normativa que aquí no se da³⁵ —una laguna legal que sea

³² LÓPEZ TERRADA, E. Uniones matrimoniales y uniones... cit., pág. 56.

³³ BENITO-BUTRÓN OCHOA, J. C. "Pensión de viudedad y derecho de familia", AA.VV. *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pág. 539.

³⁴ KAHALE CARRILLO, D. T., "La incidencia de la pensión de viudedad en los matrimonios homosexuales", *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2008, pág. 235.

³⁵ La STSJ del Principado de Asturias de 6 de julio de 2007 [Rec. 3143/2007] no admitió el derecho a pensión de viudedad porque la dispos. ad. 10.^a de la Ley 30/1981 regulaba un supuesto totalmente diverso al previsto en la Ley 13/2005 pues no poder contraer matrimonio personas de distinto sexo por impedirlo la regulación anterior que no admitía el divorcio en nada coincide con el supuesto presente que se refiere a un matrimonio entre personas del mismo sexo, y, por lo tanto, no se acreditan los presupuestos para aplicar la analogía en los términos del art. 4.1 del Código Civil pues ni hay ni identidad de razón, ni semejanza entre los supuestos de hecho de aquella dispos. ad. y el

necesario colmar por parte del órgano jurisdiccional–, sino de la aplicación de los argumentos de equidad y de interpretación acorde con el tiempo de aplicación³⁶.

En concreto, la SJS núm. 14 de los de Madrid de 25 de enero de 2005, consideró que es reconocible el derecho de un homosexual a percibir la pensión de viudedad, dictaminando que si la dispos. ad. 1.^a de la Ley 13/2005 indica que las disposiciones que contengan referencias al matrimonio se aplicarán con independencia del sexo de sus integrantes, y una de ellas es la dispos. ad. 10.^a.2 de la Ley 30/1981, establecida para la regulación del acceso a la prestación de viudedad, la única manera de aplicarla en adecuada correspondencia con la voluntad igualitarista del legislador, es hacerla con independencia de la orientación sexual de los integrantes de la pareja de hecho; y para en definitiva conseguir que la orientación sexual no constituya un elemento de discriminación al momento de aplicar la dispos. ad. 10.^a.2 de la Ley 30/1981, el derecho que allí se reconoce hoy debe traducirse para resolver supuestos de hecho en el que el obstáculo para acceder a la prestación de viudedad no es otro que dicha orientación sexual.

Con posterioridad la STSJ del Principado de Asturias de 16 de noviembre de 2007 [Rec. 964/2007] admitió el derecho a pensión de viudedad argumentando que la Ley 13/2005 no contiene ninguna aplicación de retroactividad en sus disposiciones, pero en su dispos. ad. 1.^a, que regula su aplicación en el ordenamiento, establece que las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes, lo que significa que esta disposición determina la aplicación de cualquier norma del ordenamiento jurídico que reconozca derechos o beneficios a una persona por razón de su matrimonio, y, en consecuencia, la plena aplicación y vigencia de la dispos. ad. 10.^a.2^o, de la Ley 30/1981; y la vigencia de esta norma y su referencia al matrimonio determina su aplicación al supuesto concreto en el que concurre una convivencia *more uxorio* hasta el fallecimiento acaecido con anterioridad a la Ley de 2005, no a la de 1981, y una imposibilidad de contraer matrimonio que tenían los integrantes de esa unión por impedirselo la legislación vigente, debiendo, en consecuencia, reconocerse la pensión de viudedad, sin que tal reconocimiento suponga equiparación alguna entre las uniones de hecho y el matrimonio, debiendo entenderse, al igual que se entendió en su día tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981, que, transitoria y provisionalmente, reconocía, y ahora reconoce, pensiones y demás derechos pasivos a quienes, heterosexuales y homosexuales, conviviendo *more uxorio*, no podían contraer matrimonio por impedirlo la legislación vigente al momento del fallecimiento de uno de ellos.

presente ni ausencia de norma pues tal norma existe, la Ley 13/2005, lo que sucede es que lo regula de forma diversa.

³⁶ FOTINOPOULOU BASURKO, O. “El reconocimiento retroactivo de... *cit.*”, pág. 4.

La exigencia de residencia en las prestaciones por desempleo y las consecuencias de desplazamientos al extranjero

The residency requirement for unemployment benefits and consequences of travelling abroad

DANIEL TOSCANI GIMENEZ

PROFESOR TITULAR DE UNIVERSIDAD DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Resumen

Por regla general, las prestaciones por desempleo exigen la residencia en el territorio nacional, tanto para su nacimiento, como para su mantenimiento. Lo que se ha venido denominando como la “territorialización” de la prestación de desempleo, esto es, la admisión de cláusulas de residencia o de vinculación con el mercado de trabajo del país que paga. De tal modo, que el traslado de residencia es, por regla general, una causa de extinción de la prestación. Sin embargo, tradicionalmente la normativa reguladora no ha trazado claramente la distinción entre mero desplazamiento temporal y traslado de residencia. Como en tantas otras ocasiones, existiendo un concepto jurídico indeterminado, ha tenido que ser la doctrina judicial y, en última instancia, la jurisprudencia, quien haya colmado esta laguna y que sólo recientemente ha sido formalizada por la Ley 1/2014 que viene a recoger el criterio del TS. El presente artículo lleva a cabo un análisis crítico de todo el recorrido histórico de la normativa y de la jurisprudencia, así como de la situación actual y propone algunas interpretaciones alternativas en sus conclusiones.

Abstract

Generally, unemployment benefits require residence in the country for both application and for maintenance of the benefit. What has come to be known as the “territorialization” of the unemployment benefit, i.e., clauses admitting the requirement of residence or ties to the labour market of the country that pays the benefit. Thus, the change of residence to a different country is usually a cause of termination of the benefit. Traditionally, however, the regulation of unemployment benefit in Spain has not clearly drawn the distinction between mere temporary journeys or stays in a different country and the change of residence to a different country. As in many other occasions, having an indeterminate legal concept, the jurisprudence has had to determine the concept in its rules of law and only recently the solution has been formalized by Law 1/2014. This paper conducts a critical analysis of the historical overview of the legislation and case law, as well as the current situation and proposes some alternative interpretations in its findings.

Palabras clave

Prestación por desempleo; causas de extinción; causas de suspensión; desplazamientos temporales al extranjero; traslado de la residencia

Keywords

Unemployment benefit; termination causes; suspension causes; temporary stays abroad; permanent change of residence

1. INTRODUCCIÓN

Por regla general, las prestaciones por desempleo exigen la residencia en el territorio nacional tanto para su nacimiento como para su mantenimiento. Lo que se ha venido denominando como la “territorialización” de la prestación de desempleo, esto es, la admisión de cláusulas de residencia o de vinculación con el mercado de trabajo del país que paga. De tal modo, que el traslado de residencia es, por regla general, una causa de extinción de la prestación.

Esta interpretación, además, parte de la definición clásica de contingencia de desempleo, que encontramos ahora en el artículo 203 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Esta definición, que con variaciones secundarias se remonta entre nosotros a los años sesenta del siglo pasado, hace referencia a la situación “en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierden su ocupación, de forma definitiva o temporal o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo”. Dicha situación de paro o desempleo, de personas con capacidad y disponibilidad para el trabajo, está referida a un determinado ámbito geográfico: el mercado de trabajo español. El ámbito del mercado de trabajo español coincide con el campo de actuación de las entidades gestoras y de los servicios de empleo, organismos públicos que de una parte pueden facilitar la reincorporación del beneficiario a la situación de ocupado, y de otra parte, controlan “la subsistencia de los requisitos que justifican la protección por desempleo (falta de empleo, voluntad de trabajo, búsqueda activa de empleo). Control que sólo resulta posible si se reside en el territorio nacional o si, estando fuera de él, se establecen medidas específicas a través de normas internacionales de coordinación”¹.

Sin embargo, tradicionalmente la normativa reguladora no ha trazado claramente la distinción entre mero desplazamiento temporal, que no extingue la prestación y traslado de residencia, que tiene como consecuencia, en cambio, la extinción de la misma. Como en tantas otras ocasiones, existiendo un concepto jurídico indeterminado, ha tenido que ser la doctrina judicial y, en última instancia, la jurisprudencia, quien haya colmado esta laguna y que sólo recientemente ha sido formalizada por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, que en su art. 6 modifica los arts. 212 y 213 de la LGSS para recoger el criterio del TS.

No obstante, como veremos, se traza una línea objetiva de forma generalizada, para distinguir entre desplazamiento temporal y traslado, concretamente 3 meses, que puede en la práctica resultar inoperante o poco eficaz y realista para atender a las concretas situaciones personales y familiares de determinados beneficiarios, especialmente teniendo en cuenta que la mayoría de las gestiones se pueden realizar vía internet, on-line, precisamente a través de la Sede Electrónica del Servicio Público de Empleo (SPE).

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DOCTRINA JUDICIAL

En un primer momento, la normativa reguladora de la prestación, art. 6 del RD 625/1985 y posteriormente, el art. 213.1 g) de la LGSS, a partir del 1 de enero de 1994, establecía que la prestación se extinguía por el traslado de la residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinaban. Precisamente, a tales efectos, el art. 6 del RD 625/1985, desarrollaba este punto, manteniendo que la prestación únicamente se suspendía cuando el traslado al extranjero fuera para el desempeño de un trabajo o para llevar a cabo un perfeccionamiento profesional, en este primer momento, por tiempo inferior a seis meses².

¹ STS de 17 de enero de 2012 JUR 2446/2011. Vid, asimismo, ALVAREZ CORTES, J.C.: *La condición de residencia como causa de suspensión o extinción de la protección por desempleo: La influencia de la doctrina judicial en el legislador*, Revista *Temas Laborales*, nº. 124, 2014, pág. 247.

² STSJ de Valencia de 20 de febrero de 2002 AS 268898.

Además, añadía el precepto, en otro caso el traslado de residencia al extranjero supondrá la extinción del derecho. Luego la doctrina judicial entendía que, aun cuando se hubiera residido en el extranjero por menos de seis meses, aunque fuera por otros motivos, personales, turísticos, etc., se entendía que se producía la extinción de la prestación, pues el beneficiario no cumplía el requisito de querer y poder trabajar, ya que no tenía disponibilidad para trabajar y atender a las entrevistas de trabajo que la oficina de empleo le facilitaba³. Si bien, ya en esas mismas sentencias, en su voto particular, se hacía hincapié en el hecho de que, por un lado, la norma hablaba de traslado de residencia y no de domicilio. De este modo, el domicilio exige la habitualidad en la residencia (art. 40 del Código Civil) y ésta se identifica gramaticalmente con el lugar de asentamiento, que no se pierde por el hecho de que se efectúen viajes o desplazamientos ocasionales. En segundo lugar habla de traslado y no de desplazamiento. Por lo tanto, no se prohíbe los desplazamientos. Es más, el carácter ocasional del desplazamiento permite atender a las obligaciones que tiene establecidas el beneficiario de la prestación y concretamente a los requerimientos de comparecencia que le haga la oficina de empleo y asistir a las ofertas de empleo adecuado que pueda recibir, o el requerimiento que se le haga para acudir ante el INEM. Pero, es más, si no lo hiciera, en todo caso estas circunstancias supondrían, en su caso, exclusivamente la suspensión de la prestación y nunca la extinción de la misma.

En este mismo sentido y con los mismos argumentos, muchos pronunciamientos judiciales entendían que por traslado de residencia a país extranjero sólo se podía entender la estancia prolongada que provocara la pérdida de la cualidad de demandante de empleo en el mercado de trabajo nacional. Así, no desplazamientos breves para visitar familiares o unas cortas vacaciones de un mes o más⁴, pero sí estancias ya más prolongadas, que llevan aparejada la baja como demandante de empleo, por ejemplo de 80 días⁵. No obstante, también se pueden encontrar sentencias que entendían que por traslado sólo se podía entender estancias superiores a seis meses. De tal modo que, en sentido contrario, cualquier estancia inferior a seis meses, hasta seis meses por lo tanto, aunque no fuera para buscar empleo o formarse, también era una causa de suspensión de la prestación y no extinción⁶.

Posteriormente, tras el RD 200/2006, el tiempo durante el cual se puede salir al extranjero, se aumenta a 12 meses, en los supuestos en que el beneficiario declare que es para trabajar o realizar un curso de perfeccionamiento profesional con la mera suspensión de la prestación y se añade los supuestos de cooperación internacional. Además, como supuesto excepcional se agrega que *“la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año”* no es causa de extinción de la prestación de desempleo.

La nueva norma reglamentaria suponía un nuevo aumento en la permisibilidad respecto a la rotunda declaración de la redacción anterior que impedía la salida al extranjero

³ STSJ del País Vasco de 1 de junio de 1993 AS 2854.

⁴ STSJ de Canarias/Las Palmas de 29 de marzo de 2004, recurso 1/2002, examinando un caso de ausencia durante un mes y 18 días, STSJ del País Vasco de 30 de septiembre de 2003, recurso 174/2003 y del TSJ de Andalucía/Sevilla de 19 de julio de 2001 AS 1828/2003 y 11 de abril de 2003, recurso 636/2003.

⁵ STSJ de Galicia de 3 de noviembre de 1994 AS 4465.

⁶ STSJ de Valencia de 15 de noviembre de 1991 AS 6016.

por cualquier plazo inferior a seis meses que no fuera para realizar trabajos o adquirir perfeccionamiento profesional, y dejaba sin prestación de desempleo cualquier salida superior a seis meses⁷.

De este modo, tras el RD 200/2006, el desempleado podía trasladar su residencia al extranjero durante doce meses (antes eran seis meses) si previamente a la salida de España declaraba que se debía a intención de a) realizar trabajos, b) recibir formación, c) buscar empleo o d) realizar actividades de cooperación internacional, causa que no existía con anterioridad.

Además, la norma reglamentaria exigía únicamente un requisito formal: la previa declaración del beneficiario, no un requisito de fondo: que se acredite la certeza de lo declarado⁸.

Y en caso de que el traslado de residencia fuera por período inferior a 15 días en un año, la salida no representa ni suspensión, ni pérdida de prestaciones.

Además, cabe señalar ahora que, como excepción, el Real Decreto Ley 4/2008, de 19 de septiembre, que contempla el abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen.

La finalidad de esta norma es facilitar el retorno voluntario a su país de origen a los trabajadores extranjeros desempleados mediante el abono por parte del INEM, anticipadamente y de forma acumulada en 2 veces, del importe de la prestación contributiva por desempleo a que tuviesen derecho.

Serán beneficiarios los trabajadores desempleados que cumplan los siguientes requisitos:

- Encontrarse legalmente en España.

- Ser nacionales de países que tengan suscrito con España convenio bilateral en materia de Seguridad Social.

Los países con convenio bilateral son los siguientes: Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Federación Rusa, Filipinas, Marruecos, Méjico, Paraguay, Perú, República Dominicana, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela.

El Ministerio podrá extender la modalidad de abono de la prestación por desempleo a los trabajadores extranjeros nacionales de países con los que España no tenga suscrito convenio bilateral en materia de Seguridad Social, siempre que se considere que dichos países cuentan con mecanismos de protección social que garanticen la dispensa de una

⁷ STSJ de Aragón de 24 de noviembre de 2010 AS 143/2011.

⁸ STSJ de Aragón de 24 de noviembre de 2010 AS 143/2011.

cobertura adecuada o en atención a otras circunstancias específicas que puedan concurrir en los países de origen o en los solicitantes.

- El trabajador extranjero deberá comprometerse a retornar a su país de origen, en el plazo de 30 días naturales y no retornar a España en el plazo de 3 años.

No podrán acceder a esta medida los trabajadores nacionales de países que formen parte de la Unión Europea o del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza.

La cuantía del abono será la que corresponda a los trabajadores, en función del número de días de prestación reconocidos o que les reste por percibir hasta su agotamiento, desde la fecha de reanudación de la prestación o desde la fecha de solicitud de esta modalidad de abono. Se abona el 40% de la prestación, a la cual se tenga derecho, antes del retorno y el 60% restante, en su país de origen, una vez se haya comprobado que efectivamente se hubiera regresado al mismo.

Sin embargo, volviendo al supuesto general, como se puede observar, cualquier causa de desplazamiento al extranjero superior a 15 días, aunque fuera inferior a 12 meses, si no era por los supuestos expresamente contemplados, trabajo, formación, buscar trabajo o cooperación internacional, seguía siendo una causa de extinción de la prestación⁹.

Por su parte, algunos pronunciamientos mantenían, no obstante, que un desplazamiento temporal al extranjero que excedía en unos pocos días los 15 señalados, que además fuera por causas justificadas, como enfermedad de un familiar¹⁰, tampoco se podía mantener como causa de extinción de la prestación, ya que la causa que se pretendía esgrimir en el artículo 231,1 g) LGSS para extinguir el derecho a la prestación contributiva de desempleo, no podía tener relación con un mero desplazamiento temporal, tuviera o no el viaje una causa específica más allá del propio desplazamiento. Máxime si se tenía en cuenta que la realización de un viaje no afecta al lugar habitual de residencia, que es a lo que parecía querer referirse el precepto que establece tan rígida consecuencia sancionadora.

Añadido a lo anterior, no cabría hacer una interpretación extensiva de una norma que supone una restricción de ciertos derechos, que incluso algunos son de índole universal

(así, artículo 13 de la Declaración de Derechos Humanos de 10-12-48), y además, en relación con una situación que está especialmente protegida (así, artículo 41 del texto constitucional). Sería, además, una decisión desproporcionada, lo que parece una reacción punitiva falta de toda proporcionalidad entre la conducta y la sanción. Máxime si el trabajador no hubiera faltado a llamada alguna, durante ese lapso temporal, para realizar curso o actividad formativa, o para realizar entrevista para ser contratado o seleccionado para ello. Es decir, que se sancionaba la mera ausencia temporal, sin otra trascendencia¹¹.

⁹ STSJ de Aragón de Aragón de 24 de noviembre de 2010 AS 142/2011 y 11 de julio de 2011 JUR 275728.

¹⁰ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 30 de junio de 2011 AS 288012 y STSJ de Andalucía/Sevilla de 6 de junio de 2013 JUR 278373.

¹¹ STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de noviembre de 2010 AS 50/2011.

Algunas sentencias, sí entendían, sin embargo, como causa de extinción de la prestación, el desplazamiento que ya superaba con holgura dicho periodo de 15 días, por ejemplo, tres meses¹².

No obstante, la gran mayoría de los pronunciamientos, realizaban una interpretación mucho más amplia y flexible para trazar la línea entre mero desplazamiento temporal y cambio de residencia, a través de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, trayendo a colación otras normas, con el argumento de la coherencia del sistema jurídico para evitar contradicciones normativas.

En efecto, en este sentido, se argumentaba que por el mero hecho de que el artículo 6.3 del Real Decreto 625/1985 aludía a que no se considerará traslado de residencia una salida al extranjero no superior a 15 días, no podía interpretarse en el sentido de que sí que lo era toda salida superior a ese lapso temporal, debiéndose entender en el sentido de que, en ese caso de salida no superior a 15 días, no hará falta acreditar tal carácter temporal del desplazamiento, mientras que en los demás, habría que acreditarlo. Pues lo importante, se insistía, era la temporalidad o no, puesta en relación con la decisión de cambio de residencia.

De este modo, se argumentaba que la LGSS establecía un criterio cualitativo para la extinción de la prestación (cambio efectivo de residencia). Y si dicho cambio residencial no se producía, el mero hecho de que el desplazamiento temporal al extranjero, sin voluntad de permanencia, fuera superior a 15 días no autorizaba para extinguir la prestación, pues ello vulneraría la norma de rango superior: el art. 213.1.g) de la LGSS.

Asimismo, y a tales efectos, para reforzar los argumentos, se traía a colación otras normas como La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En su redacción vigente, diferencia entre estancia (no superior a 90 días, art. 30), residencia temporal (más de 90 días y menos de cinco años, art. 31) y residencia de larga duración (de duración indefinida: art. 32). Aunque la aplicación analógica es discutible ya que no concurre la necesaria identidad de razón que permite la aplicación analógica de las normas entre una norma administrativa, que regula la autorización de estancia y residencia de los extranjeros en España, y una norma reguladora de una prestación de la Seguridad Social, sí que ilustra acerca de que el ordenamiento jurídico, aunque admite la residencia temporal y no solo la definitiva, exige una cierta prolongación en el tiempo.

Y el art. 32.1 de esta Ley Orgánica 4/2000, al definir la residencia de larga duración, establece:

“Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente el extranjero haya abandonado el territorio nacional temporalmente”. Un breve abandono del territorio nacional no impide la residencia continuada.

¹² STSJ de Aragón de 24 de noviembre de 2010 AS 49661/2011.

Por su parte, en el concreto ámbito de la Seguridad Social, se señalaba el Real Decreto 357/1991, de 15, de marzo, que establece en sus arts. 7.a) y 9.a) en relación con el art. 10.2, como causa de extinción de las pensiones no contributivas, la pérdida de la condición de residente legal o el traslado de su residencia fuera de territorio español por tiempo superior a 90 días a lo largo de cada año natural, salvo cuando la ausencia esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas.

Es cierto que la naturaleza de la prestación contributiva por desempleo es muy diferente que la de las pensiones no contributivas. Pero en ambos casos se exige residencia en España. Y la remisión del art. 219.2 al art. 213 de la LGSS supone que la causa de extinción del art. 213.1.g) de la LGSS se aplica también a los subsidios asistenciales.

Los citados preceptos de la LGSS utilizan el término “residencia”, de conformidad con el sentido literal de la palabra, en el sentido de que indica cierta permanencia, que respecto de las pensiones no contributivas se concreta en la cifra de 90 días. Del mismo modo, cuando el art. 213.1.g) de la LGSS utiliza dicho término, al regular las causas de extinción de las prestaciones por desempleo, debe interpretarse en un sentido análogo, excluyendo desplazamientos temporales de escasa duración, inferiores al periodo vacacional anual previsto en el Estatuto de los Trabajadores, porque ello no supone un auténtico cambio de residencia del trabajador¹³.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. Posición inicial

Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin embargo, en un primer momento, mantiene un criterio mucho más restrictivo, fruto de una interpretación literal y formal de la nueva redacción del precepto.

De este modo, entendía que si la norma reglamentaria dice que no es traslado de residencia la salida por tiempo inferior a quince días, se puede entender que sí lo es, según la propia norma reglamentaria, el desplazamiento superior a ese período¹⁴.

Ya que el periodo de 15 días vendría a cumplir la finalidad de un periodo libre para el beneficiario, para atender a asuntos personales o familiares, como una especie de vacaciones retribuidas, en las cuales no debe justificar su ausencia pero sí que se hubiera comunicado en tiempo y forma y se mantiene así el abono de la prestación. Por lo tanto, los desplazamientos al extranjero, superiores a 15 días que no fueran por las razones reglamentariamente

¹³ STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de mayo de 2008, recurso 1959/2007 (ausencia de 28 días), STSJ de Murcia de 21 de diciembre de 2009, recurso 1018/2009, enjuiciando una ausencia al extranjero de un mes y dos días; STSJ de Castilla y León/Valladolid de 17 de junio de 2009, recurso 707/2009, en un caso de ausencia de un mes y 10 días; STSJ de Madrid de 24 de octubre de 2010, recurso 3544/2010, negó que el desplazamiento al extranjero durante un mes y 14 días conllevara la extinción de la prestación de desempleo, argumentando que el demandante conservaba su residencia en España. STSJ de Madrid de 5 de marzo de 2010, recurso 6146/2009, llegó a la misma conclusión en un supuesto de ausencia al extranjero durante dos meses y once días. En el mismo sentido pueden citarse, STSJ de Canarias/Tenerife de 11 de enero de 2010, recurso 553/2009, en un supuesto de ausencia durante 30 días.

¹⁴ SSTs de 22 de noviembre de 2011 y 17 de enero de 2012.

enumeradas, buscar o realizar trabajos, formación o cooperación internacional, debían entenderse como causas de extinción de la prestación.

3.2. Posición actual

Sin embargo, en sentencias posteriores, viene a rectificar, en parte al menos, dicho criterio, al señalar que el concepto de residencia se emplea en diversas ramas del ordenamiento jurídico y en todas tiene una concreción específica y diferenciada, pero se puede extraer un elemento común siempre, a saber, el asentamiento en un determinado lugar durante un periodo de tiempo cualificado, que aunque no reúna las notas características del domicilio o la residencia habitual, es siempre algo más que una mera estancia, sino que ya tiene una cierta vocación de estabilidad, distinto así del mero viaje o desplazamiento temporal.

Sin embargo, en este momento del análisis cronológico del supuesto, el legislador no había trazado todavía la concreta línea divisoria entre estancia y residencia. Por ello, los pronunciamientos judiciales recurrían a interpretaciones analógicas de otras normas, como por ejemplo, Los Reglamentos Comunitarios y más concretamente el art. 64.1 c) del Reglamento UE 883/2004, que permiten la exportación de la prestación durante 3 meses a otro país miembro de la UE para buscar empleo, o La Ley Orgánica de Extranjería que establece idéntico periodo de tiempo, esto es tres meses, para diferenciar entre la residencia temporal y la estancia. Para acabar determinando que las estancias inferiores a tres meses no suponen traslado de residencia y, en consecuencia, sólo implican la suspensión de la prestación y no la extinción.

Además en este punto, se señalaba que los arts. 212 y 213, en este momento cronológico de la exposición, no contenían todavía la obligación de comunicar la ausencia a la Oficina Pública de empleo, pero que dicha obligación, no obstante, se podía inferir del art. 231.1, porque de lo contrario, no habría modo de controlar el cumplimiento de las obligaciones de los beneficiarios. Por lo tanto, si no se realizaba la comunicación en tiempo y forma, esto comportaría la pérdida de tantos días de prestación como los días de estancia en el extranjero no comunicados¹⁵. Debiendo reintegrar la cuantía de prestación percibido durante este periodo por considerarlo indebidamente percibido¹⁶. Pero no por los días restantes. De tal modo que, por ejemplo, si se tiene derecho a 140 días y tras disfrutar de 40, se sale al extranjero sin comunicarlo al Servicio Público de Empleo y se retorna después de 50 días, se deberá reintegrar los 50 días durante los cuales se ha estado desplazado, pero se tendrá derecho a disfrutar de la prestación restante, en el ejemplo que hemos puesto, los otros

¹⁵ SSTs de 18, 23 y 24 de octubre de 2012 RJ 10707, RJ 1561/2013 y 1564/2013, 17 de junio de 2013 RJ 5735, 17 de septiembre de 2013 RJ 8096, 22 y 23 de octubre de 2013 RJ 8427 y RJ 8111, 4 y 13 de noviembre de 2013 RJ 379/2014 y RJ 8489, 20 de enero de 2014 RJ 1026, 10 y 27 de marzo de 2014 RJ 2951 y RJ 2420, 8 de abril de 2014 RJ 2785. Véase al respecto ORTEGA GIMENEZ, A.: *Extinción de la prestación por desempleo y salida del territorio español de persona extranjera (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2012)*, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 3, 2013.

¹⁶ STS de 22 y 23 de octubre de 2013 RJ 8427 y RJ 8111.

50 días¹⁷. Criterio que ha sido mantenido asimismo por la mayoría de los Tribunales Superiores de justicia¹⁸.

En efecto, según el artículo 231.1 LGSS, el desplazamiento o salida al extranjero del beneficiario de prestaciones de desempleo que pueda afectar a su disponibilidad efectiva para actividades formativas o para ocupaciones en el mercado de trabajo español, ha de ser comunicado a la entidad gestora o a los servicios de empleo antes de realizar el viaje. De no comunicarse con antelación por causa de imposibilidad o excesiva onerosidad, la información sobre la circunstancia del desplazamiento se ha de producir desde el lugar de destino a la mayor brevedad posible. Por razones obvias, este deber de comunicación previa rige también para la estancia con un máximo de quince días de duración al año prevista en el artículo 6.3 del RD 625/1985.

El mencionado artículo 231.1 LGSS se refiere a esta obligación de comunicación previa o inmediata al decir que las solicitudes o informaciones relevantes sobre protección del desempleo han de tener lugar “en el momento de la producción de dichas situaciones”, momento que se actualiza cuando existe un concreto programa de viaje que coloca al beneficiario fuera de la órbita de actuación de los servicios públicos de empleo y de la Administración de la Seguridad Social española. Por otra parte, la finalidad de la disposición lo exige también así: si no hay comunicación por anticipado (o comunicación inmediata en caso de que la información previa hubiera sido imposible o excesivamente onerosa), no hay modo de controlar el cumplimiento de los requisitos del derecho a la prestación; entre ellos, la voluntad de aceptar una oferta adecuada de trabajo o de formación en el territorio español, que en principio es el que delimita y al que se extiende la actuación de los servicios de empleo.

De acuerdo con el mismo precepto legal, las circunstancias sobrevenidas de cualquier clase (personales, familiares, de incidencias en los medios de transporte, etcétera) que puedan determinar o justificar una prolongación de la estancia en el extranjero más allá de lo inicialmente previsto deben también ser comunicadas de manera inmediata a la entidad gestora. Este deber de comunicación inmediata (y posterior documentación) de estancias más prolongadas en el extranjero por circunstancias sobrevenidas tiene su razón de ser en que las mismas afectan, al igual que ocurre con la salida o desplazamiento al extranjero, a la disponibilidad para actividades formativas o de trabajo en España.

¹⁷ STSJ de Canarias/Las Palmas de 29 de junio de 2012 AS 388135.

¹⁸ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 27 de febrero, 30 de octubre y 21 de noviembre de 2013 AS 797, JUR 345779 y AS 3024, STSJ de Madrid de 29 de noviembre y 21 de diciembre de 2012 AS 1240/2013 y AS 266/2013 y 22 de enero, 28 de febrero, 8 de mayo, 18 y 25 de junio y 30 de septiembre de 2013 AS 714, AS 128422, AS 2076, JUR 289810, JUR 290068 y JUR 356230, STSJ de Valencia de 5 de junio, 2 de julio y 4 de diciembre de 2013 JUR 258885, AS 2039 y JUR 176457/2014, STSJ de La Rioja de 31 de julio de 2013 AS 347/2014, STSJ de Andalucía/Granada de 11 de diciembre de 2013 AS 312/2014, STSJ de Andalucía/Málaga de 30 de mayo de 2013 JUR 250641 y 22 de mayo de 2014 JUR 196393, STSJ de Murcia de 16 de diciembre de 2013 JUR 10865, STSJ de Canarias/Las Palmas de 28 de junio de 2013 AS 2794 y 31 de enero de 2014 AS 907, STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 21 de junio de 2013 JUR 363929 y 20 de diciembre de 2013 JUR 116348, STSJ de Navarra de 1 de octubre de 2013 JUR 44361/2014, STSJ de Aragón de 2 de julio de 2014 AS 2034, STSJ de Cataluña de 4 de febrero, 11 de marzo, 30 de mayo, 3 y 11 de junio, 26 de septiembre, 21 de octubre y 21 de noviembre de 2013 AS 886, AS 2305, JUR 259876, JUR 259885, JUR 261278, AS 3120, AS 3199 y JUR 382895 y 16, 22 y 28 de enero y 6 de mayo de 2014 AS 397, AS 50024, JUR 50066 y AS 1609.

Los medios de información a utilizar por los beneficiarios de las prestaciones de desempleo para el cumplimiento de los deberes señalados serán los habituales en las relaciones de los administrados con el Servicio Público de Empleo Estatal y con las entidades gestoras de Seguridad Social. Entre ellos se incluyen los medios informáticos o electrónicos previstos en la legislación española.

El incumplimiento de las obligaciones de comunicar ex ante (para la salida programada) o inmediatamente ex post (para una eventual circunstancia sobrevenida) genera automáticamente la suspensión o pérdida temporal (“baja”) de la prestación de desempleo que corresponde a los días de estancia en el extranjero no comunicada: todos los días de estancia no comunicada si el incumplimiento ha sido total; o el exceso de días de estancia no comunicada, o no debidamente justificada, si el incumplimiento se refiere a una vuelta tardía.

Esta causa de suspensión de la prestación de desempleo no se menciona expresamente en el artículo 212 LGSS, pero responde a la razón de ser común que inspira a la mayor parte de dichas causas de suspensión de la protección. Se trata casi siempre de situaciones temporales no prolongadas en las que el beneficiario no está a disposición de los servicios de empleo españoles para actividades formativas o de trabajo, pero que no alcanzan la entidad o la gravedad de las causas de extinción de la prestación establecidas en el artículo 213 LGSS¹⁹.

Además, la duración de estos desplazamientos se puede verificar mediante la comprobación de los datos que figuran en la Dirección General de Policía, Servicio de Fronteras, respecto las fechas de salida y regreso a España del beneficiario de la prestación por desempleo, siendo una cuestión de orden público propio de las competencias de la función policial fronteriza, sin que constituya una vulneración del derecho a la protección de datos²⁰ o mediante los sellos de salida y entrada que figuren en el propio pasaporte del beneficiario²¹.

En este sentido, también cabe destacar ahora que aun cuando lo habitual será que estos casos se protagonicen por extranjeros, que tendrán obligaciones personales, económicas y familiares en sus países de origen, que deberán atender o simplemente visitar aunque sea de vacaciones cada cierto tiempo, el supuesto se aplica de forma unitaria tanto para nacionales como para extranjeros. A pesar de que para los parados nacionales y, especialmente en los tiempos que corren, será difícil y excepcional que se trasladen al extranjero por vacaciones durante un periodo de 15 días y, por lo tanto, tengan ocasión de hacer uso de este permiso o vacaciones retribuidas.

Asimismo, el hecho de señalar distintos grupos de población a los efectos de realizar dicho control no implica ninguna discriminación, ni aun cuando se mencionara el grupo en atención a la nacionalidad puesto que ello no supone sino reflejar un rasgo identificador útil para unos mejores resultados en su control y vigilancia de la legalidad en el reconocimiento y disfrute de las prestaciones; no supone otorgar relevancia alguna a la nacionalidad de

¹⁹ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 15 de enero de 2014 AS 631, STSJ de Cataluña de 29 de enero de 2013 AS 92297 y 3 de marzo de 2014 AS 1057y STSJ de Madrid de 21 de julio de 2014 AS 2254.

²⁰ STSJ de Cataluña de 6 de mayo de 2014 AS 1609.

²¹ STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 2013 AS 3199.

beneficiario y sí solo para la investigación y control administrativo. El uso de esa forma de delimitación de los colectivos para proceder al control no es en sí misma discriminatoria²².

De este modo aglutinando todos los posibles supuestos y sus consecuencias, nos podemos encontrar ante:

a) una prestación “mantenida” en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno;

b) una prestación “extinguida”, con la salvedad que se indica a continuación, en los supuestos de prolongación del desplazamiento al extranjero que comporte “traslado de residencia”, es decir por más de los noventa días que determinan en la legislación de extranjería el paso de la estancia a la residencia temporal;

c) una prestación “suspendida” en el supuesto particular del artículo 6.3 del RD 625 985 (redacción RD 200/2006) y ahora en el art. 212.1 f) de “búsqueda o realización de trabajo” o “perfeccionamiento profesional” en el extranjero por tiempo inferior a doce meses”;

d) una prestación “suspendida”, en todos los demás supuestos en que se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a noventa días, con la consiguiente ausencia del mercado de trabajo español del beneficiario de la prestación de desempleo siempre que *esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora. Si bien, como se puede observar en este último caso, respecto al periodo de 15 días, donde sólo se requiere la comunicación al Servicio Público de Empleo, aquí se requiere además la autorización del mismo. De lo contrario la estancia estaría injustificada y lo percibido tendría el carácter de indebido y, por lo tanto, reintegrable.*

Cabe recordar finalmente que las causas de suspensión y extinción de la prestación por desempleo contributiva, son aplicables, de conformidad con el art. 219 de la LGSS, asimismo, a los subsidios por desempleo del nivel no contributivo.

Criterio que se mantiene asimismo para las prestaciones de Renta Activa de Inserción²³. Si bien, en el caso de las RAI el periodo de suspensión para la búsqueda o realización de trabajo, formación o cooperación internacional sigue siendo de seis meses²⁴.

4. LA SOLUCIÓN DE LA LEY 1/2014

Ahora bien, como señala la doctrina²⁵, se podía entender que la antigua regulación del supuesto en el art. 6 del RD 625/1985 era un exceso de la normativa reglamentaria, en tanto

²² STC 126/1986 de 28 de octubre.

²³ STSJ de Cataluña de 16 de abril de 2013 JUR 197187 y 11 de junio de 2014 JUR 224316.

²⁴ Art. 9.3 del RD 1369/2006.

²⁵ ÁLVAREZ CORTES, J.C.: *La condición de residencia como causa de suspensión o extinción de la protección por desempleo: La influencia de la doctrina judicial en el legislador*, Revista Temas Laborales, nº. 124, 2014, págs. 255-258.

y en cuanto además de desarrollar sanciones previamente establecidas por Ley, esto es especificando, determinando o precisando los supuestos en que se producía la extinción de la prestación, fue más allá en un claro exceso de la norma reglamentaria, al establecer supuestos que producían la suspensión de la prestación y que no se contenían en la norma legal. Vulnerando de forma meridiana los principios de legalidad y tipicidad de los arts. 25 y 53 de la CE.

Por ello, aun cuando paradójicamente este problema no se había puesto de manifiesto con anterioridad por parte de la jurisprudencia, no obstante, el legislador vino a promulgar la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, dando nueva redacción a las letras f) y g) del art. 212 de la LGSS, para recoger expresamente estos supuestos de suspensión que habían sido creados por la jurisprudencia. Así, ahora, los citados preceptos establecen como causas de suspensión de la prestación:

En los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, por un período continuado inferior a doce meses, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea.

En los supuestos de estancia en el extranjero por un período, continuado o no, de hasta 90 días como máximo durante cada año natural, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora.

No tendrá consideración de estancia ni de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 231.1.

Entre dichas obligaciones, a los efectos que ahora nos interesan, se encuentran:

b) Proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones y comunicar a los Servicios Públicos de Empleo autonómicos y al Servicio Público de Empleo Estatal, el domicilio y, en su caso, el cambio del domicilio, facilitado a efectos de notificaciones, en el momento en que éste se produzca.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando no quedara garantizada la recepción de las comunicaciones en el domicilio facilitado por el solicitante o beneficiario de las prestaciones, éste estará obligado a proporcionar a los Servicios Públicos de Empleo autonómicos y al Servicio Público de Empleo Estatal los datos que precisen para que la comunicación se pueda realizar por medios electrónicos.

c) Participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, que determinen los servicios públicos de empleo, o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos y aceptar la colocación adecuada que le sea ofrecida por los servicios públicos de empleo o por dichas agencias.

d) Renovar la demanda de empleo en la forma y fechas en que se determine en el documento de renovación de la demanda y comparecer, cuando haya sido previamente requerido, ante la Entidad Gestora, los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos.

e) Solicitar la baja en las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones.

f) Reintegrar las prestaciones indebidamente percibidas.

g) Devolver a los servicios públicos de empleo, o, en su caso, a las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos, en el plazo de cinco días, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por los mismos.

h) Inscribirse como demandante de empleo, mantener la inscripción y cumplir las exigencias del compromiso de actividad en los términos establecidos en el artículo 27 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

i) Buscar activamente empleo, participar en acciones de mejora de la ocupabilidad, que se determinen por los servicios públicos de empleo competentes, en su caso, dentro de un itinerario de inserción.

Los beneficiarios de prestaciones acreditarán ante al Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo autonómicos, cuando sean requeridos para ello, las actuaciones que han efectuado dirigidas a la búsqueda activa de empleo, su reinserción laboral o a la mejora de su ocupabilidad. Esta acreditación se efectuará en la forma en que estos organismos determinen en el marco de la mutua colaboración. La no acreditación tendrá la consideración de incumplimiento del compromiso de actividad.

Sin perjuicio de acreditar la búsqueda activa de empleo, la participación en las acciones de mejora de la ocupabilidad que se correspondan con su profesión habitual o sus aptitudes formativas según lo determinado en el itinerario de inserción será voluntaria para los beneficiarios de prestaciones contributivas durante los treinta primeros días de percepción, y la no participación en las mismas no conllevará efectos sancionadores.

Finalmente, como se puede observar, ahora se exige expresamente la obligación del beneficiario de comunicar a la entidad gestora la salida y, además, que ésta la autorice. Por lo tanto, al hacer referencia a la entidad gestora, el competente a efectos de comunicaciones y autorizaciones en estos casos será el servicio público de empleo estatal y no el autonómico.

5. CONCLUSIONES

En consecuencia, podemos concluir destacando que:

Si la salida es ocasional, por un tiempo máximo acumulado de 15 días naturales dentro de cada año natural, la prestación se mantiene. Además, a diferencia de los demás casos, en este supuesto, no se establece expresamente la obligación de comunicar la salida a

la Oficina Pública de Empleo, ni mucho menos de recabar previamente su autorización. Simplemente se mantiene el deber del beneficiario de seguir cumpliendo con las obligaciones del art. 231 de la LGSS, que además se pueden realizar, por el breve lapso de tiempo en cuestión, por medios electrónicos. Esto es así, porque se crea para el beneficiario una especie de permiso retribuido para asuntos familiares o vacaciones retribuidas para atender a cuestiones personales, de 15 días al año, durante las cuales no tienen que dar explicaciones ni pedir autorización. Lo cual se podría considerar como una fuente de discriminación indirecta para beneficiarios nacionales, frente a los extranjeros, ya que los primeros no tendrán por regla general familiares o asuntos personales o económicos en el extranjero que atender y, por lo tanto, difícilmente podrán aprovecharse de este permiso, resultando difícil que un parado simplemente se vaya de vacaciones al extranjero durante 15 días y más en los tiempos que corren. En cualquier caso, sería conveniente que se comunique al Servicio Público de Empleo, aunque dicha comunicación podría ser “a posterior”, a efectos de control y sobre todo para saber que ya ha disfrutado de este periodo excepcional.

Si se trata de una estancia en el extranjero por un periodo continuado o no, superior a 15 días y hasta 90 días naturales, como máximo, dentro de cada año natural, la prestación se suspende, siempre que se haya comunicado previamente al servicio público de empleo y haya sido autorizado por éste. Aquí ya se contempla expresamente ahora, tanto la comunicación, como la autorización del SPE. Es de señalar que la normativa habla expresamente de entidad gestora de la prestación. Luego el competente para autorizar dichas salidas será el Servicio Público de Empleo Estatal y no los servicios públicos de empleo autonómicos correspondientes. Lo habitual será que se exija la comunicación y autorización previa a la salida. No obstante, cuando se deba a causas perentorias e imprevistas, como por ejemplo accidente grave de un familiar, se podrá comunicar y autorizar de forma sobrevenida, estando ya desplazado el beneficiario, siempre que, efectivamente, se demuestre el caso de fuerza mayor. De lo contrario, de no existir causas perentorias de fuerza mayor, a pesar de ser un desplazamiento inferior de 90 días, se perderán los días de prestación durante los cuales el beneficiario hubiera estado desplazado sin autorización. Pero sólo los días coincidentes con el desplazamiento no autorizado. En consecuencia, si al regresar a España todavía le quedasen días de prestación por disfrutar, una vez descontados los coincidentes con la salida al extranjero no autorizada, podrá seguir disfrutando de la prestación.

Por un periodo superior a 90 días, sólo se considera causa de suspensión del abono de la prestación en los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario acredite que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, por un período continuado inferior a doce meses, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea. Se puede reanudar la prestación una vez retornado el beneficiario siempre que se inscriba como demandante de empleo y solicite la reanudación de la prestación dentro del plazo de 15 días desde la fecha efectiva del retorno y se acredite efectivamente que el motivo de la salida responde a las causas señaladas. En este sentido, estas causas se acreditarán de la siguiente forma:

Cuando el traslado haya sido por búsqueda de empleo: se deberá presentar un documento que acredite la búsqueda de empleo, incluyendo el certificado de haber estado inscrito en los servicios de empleo del país correspondiente.

Cuando el traslado sea debido al desempeño de un trabajo en un país extranjero: se deberá presentar el formulario U1 o, en su caso, el E-301 cumplimentado por el organismo competente del país de la UE/EEE/Suiza o los certificados expedidos por las áreas y dependencias provinciales correspondientes de las Delegaciones y Subdelegaciones de Gobierno que corresponda, si la colocación tuvo lugar en países fuera del ámbito de la UE/EEE/Suiza.

Cuando el traslado traiga su causa en el perfeccionamiento profesional o la cooperación internacional: Se deberá presentar un certificado del centro oficial de formación o certificado de la organización de cooperación internacional con la que ha colaborado.

Ahora bien, como ya hemos señalado, el criterio mantenido por la jurisprudencia y ahora formalizado en la LGSS, tras la Ley 1/2014, responde a una concepción clásica de la contingencia por desempleo. Desde la cual se entiende que la situación de paro o desempleo de personas con capacidad y disponibilidad para el trabajo está referida a un determinado ámbito geográfico: El mercado de trabajo español. Ya que se entiende que, fuera del ámbito del mercado de trabajo español, las entidades gestoras de los servicios públicos de empleo no tienen facultad para cumplir con sus funciones: de una parte facilitar la reincorporación del beneficiario a la situación de ocupado, y de otra parte, controlar la subsistencia de los requisitos que justifican la protección por desempleo (falta de empleo, voluntad de trabajo, búsqueda activa de empleo). Control que sólo resulta posible si se reside en el territorio nacional o si, estando fuera de él, se establecen medidas específicas a través de normas internacionales de coordinación²⁶.

Sin embargo, dicho concepto queda ya algo desfasado y anticuado y no se corresponde con la realidad, en pleno siglo 21, donde la mayoría de las gestiones se pueden realizar vía internet, on-line, precisamente a través de la Sede Electrónica del SPE. De tal forma que se puede, a través de medios electrónicos, recibir citaciones, renovar la demanda de empleo, buscar ofertas de empleo, recibir ofertas de empleo, remitir tu Currículum a empresas, publicar anuncios y responder a los mismos y gestionar las candidaturas a ofertas a través de la agenda.

Por ello presuponer que porque el beneficiario esté desplazado en otro país no se puede llevar a cabo las funciones de buscar trabajo y comprobar el cumplimiento de los requisitos que justifiquen la necesidad de continuar la protección, es simplemente sancionar hechos que todavía no han ocurrido, sino que se presuponen que ocurrirán, esto es, que el beneficiario no podrá acudir a una cita o una entrevista de trabajo (cuando hoy día hay vuelos “low-cost” mediante los cuales el beneficiario puede retornar a España en cuestión de horas y a precios muy económicos que posibilitarían acudir a un requerimiento o a una entrevista de trabajo a pesar de estar desplazado en otro país). Esto suponiendo que el SPE le haga llegar ofertas. Además, en el caso de no acudir a la cita o la entrevista de trabajo, la

²⁶ STS de 17 de enero de 2012 JUR 2446/2011.

propia LISOS lo sanciona con la suspensión o pérdida de parte de la prestación, pero no con la extinción. Por ejemplo, rechazo de oferta de empleo adecuado, es necesario que se rechacen tres para que se produzca la extinción de la prestación. Por lo tanto, se estaría sancionando la mera estancia fuera del país, por un tiempo superior a 90 días, con una sanción más grave que el incumplimiento de las propias obligaciones que dicha estancia, supuestamente pudiera impedir.

Además, cabe recordar ahora que, la *falta de comparecencia* del interesado ante la Entidad Gestora con motivo de un *control de presencia* no es constitutiva de infracción alguna que pueda dar lugar a la extinción de la prestación. El artículo 231.1 d) de la Ley General de la Seguridad Social obliga a los beneficiarios de prestaciones de desempleo a comparecer en las oficinas de la Entidad Gestora cuando sean requeridos para ello. A tales efectos, el requerimiento de comparecencia deberá ser legal y para ello se exige que tenga una causa legítima, esto es, un objeto, que es requisito esencial de todo acto, para actividades de orientación, reinserción o formación profesional o para la atención de ofertas de empleo. De lo contrario, si sólo se trata de un control de presencia, una comparecencia como una forma de “fichar” del beneficiario, esto es, como una medida cautelar, se trataría de una limitación de la libertad personal que carecería de causa y por tanto de legalidad y que no podría acarrear sanción alguna²⁷.

Por todo ello, sin dejar de reconocer que, obviamente sería necesario que el beneficiario estuviera inscrito en los distintos servicios públicos de empleo de los distintos países en que estuviera desplazado, para posibilitar las distintas actuaciones de coordinación que fueran necesarias, no obstante, en la actualidad, no se justifica que una estancia superior de 90 días, siempre comunicada, suponga la extinción de la prestación, pues esto es contrario al principio de libertad de circulación de los ciudadanos de la UE y, como hemos destacado, desproporcionado, en tanto y en cuanto se sanciona de forma más severa la mera salida del país del beneficiario, con la extinción definitiva de la prestación, que el propio incumplimiento de las obligaciones del beneficiario que permanece en el país, sólo con la suspensión o pérdida de parte de la prestación. Tampoco pone de manifiesto la voluntad del beneficiario de cambiar de residencia, esto es, trasladarse, que en todo caso debería probarse por los servicios públicos de empleo.

²⁷ STSJ de León/Valladolid de 30 de junio de 2011 JUR 1192.

Derecho
comparado y
Derecho
Extranjero en
Seguridad
Social y
materias
conexas

LABORUM

El «*Amicus Curiae*» en el Contencioso Judicial Norteamericano de Seguridad Social*

The «*Amicus Curiae*» in American Litigation on Social Security

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO
FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

ALBERTO ARUFE VARELA

CATEDRÁTICO ACREDITADO DE DERECHO DEL TRABAJO
FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

Resumen

El *amicus curiae* es un sujeto procesal de mucha actualidad en España, también en la jurisdicción laboral, especialmente tras la modificación operada en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, al efecto de incorporar dicha figura. En este trabajo, se analiza su presencia en lo que los autores consideran como grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos en materia de seguridad social. La autoridad incuestionable del Derecho de los Estados Unidos en materia de *amicus curiae* se deriva del hecho de que la presencia de esta figura en procesos judiciales aparece constatada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en fecha tan temprana como 1823.

Abstract

The *amicus curiae* is a procedure person in fashion in Spain, including the social jurisdiction, namely after the amendment of our Civil Procedure Act, to the effect of incorporating such a figure. In this work, its presence in what the authors consider as great cases of the Supreme Court of the United States on social security is analyzed. The unquestionable prestige of the Law of the United States about the topic of the *amicus curiae* derives from the fact that the existence of this figure in judicial proceedings is registered by the Supreme Court of the United States as early as in 1823.

Palabras clave

amicus curiae; sujetos procesales; Derecho comparado; Estados Unidos; seguridad social

Keywords

amicus curiae; procedure parties; Comparative Law; United States; social security

1. EL «*AMICUS CURIAE*» Y SU NATURALEZA JURÍDICO-PROCESAL

1. En España, la figura del *amicus curiae* posee plena actualidad jurídico-procesal, por causa de la promulgación del Reglamento CE núm. 1/2003 del Consejo, de 16 diciembre 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. A pesar de que el artículo 15, apartado 3, de este Reglamento comunitario –que es el precepto regulador de la figura¹– entró en vigor (y en consecuencia, resultaba directamente invocable ante los tribunales nacionales de todos los Estados miembros) el día

* Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal DER 2012-38745, otorgado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ Sobre el tema, véase WRIGHT, K., «European Commission interventions as *amicus curiae* in national competition cases: the preliminary reference in X BV», *European Competition Law Review*, núm. 30-7 (2009), págs. 309 y ss.

1 mayo 2004², no resultaba fácil el encaje de la figura en nuestro ordenamiento procesal común. Este hecho explica que se aprovechara la promulgación de la Ley 15/2007, de 3 julio, de Defensa de la Competencia, al efecto de realizar los oportunos retoques en nuestro ordenamiento procesal nacional. Los retoques en cuestión consistieron en añadir un nuevo artículo 15.bis a la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil³. En este nuevo precepto, las afirmaciones clave son las tres siguientes: 1) «La Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias podrán intervenir, sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información o presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia»⁴; 2) «Con la venia del correspondiente órgano judicial, podrán presentar también observaciones verbales»⁵; y 3) «A estos efectos, podrán solicitar al órgano jurisdiccional competente que les remita o haga remitir todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate»⁶.

2. Tras este impacto, es claro que han comenzado a arreciar los pronunciamientos judiciales sobre la figura del *amicus curiae* en todos los órdenes jurisdiccionales españoles, incluida la jurisdicción laboral. En nuestra opinión, es evidente que los jueces españoles no tienen todavía una noción precisa del significado de la figura en cuestión. Por ello mismo, nos parece imprescindible delimitar los contornos de dicho sujeto procesal, afinando en el asunto de cuál pueda ser su verdadera naturaleza jurídica. Y a este efecto, tomaremos como punto de referencia y de apoyo el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos —a cuyas fuentes reguladoras del tema nos referiremos más abajo, con algún detalle⁷—, pues a pesar de tratarse de una figura nacida en el ordenamiento jurídico inglés prerrevolucionario, también comprobaremos luego que la propia figura parece haber mutado en el ordenamiento jurídico inglés actual (hasta el punto incluso de habersele cambiado su denominación tradicional), aparte el hecho de que el desarrollo de la misma sólo cabe calificarlo de verdaderamente esplendoroso en los Estados Unidos. Con esta referencia comparatista tan clara, nos parece que la figura del *amicus curiae* está construida sobre la base de tres ideas clave. En primer lugar, aunque actúe en el pleito, no lo hace en absoluto en concepto de parte del mismo, ni como parte principal (esto es, como actor o demandado, o como recurrente o recurrido, o incluso, como ejecutante o ejecutado), ni tampoco como parte secundaria o accesorial (esto es, a título de «coadyuvante», tal y como se prevé en procesos laborales, por ejemplo, para el sindicato del afiliado-parte⁸; o tampoco a título de «interviniente», como en los casos en que

² Cfr. artículo 45 del Reglamento en cuestión.

³ Cfr. disposición adicional segunda de la citada Ley 15/2007.

⁴ Apartado 1, inciso primero.

⁵ *Ibidem*, inciso segundo.

⁶ *Ibidem*, inciso tercero.

⁷ Véase *infra*, núms. 5 y 6.

⁸ Al respecto, véase artículo 177, apartado 2, de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, a cuyo tenor «En aquellos casos en los que corresponda al trabajador, como sujeto lesionado, la legitimación activa como *parte principal*, podrán personarse como *coadyuvantes* el sindicato al que éste pertenezca, cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, así como, en supuestos de discriminación, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado».

el Ministerio Fiscal es «parte» en procesos laborales⁹, o también, en los de las entidades gestoras y servicios comunes de la seguridad social, o en los del Fondo de Garantía Salarial, supuesto que puedan figurar a título de «intervinientes», siempre en procesos laborales¹⁰). En segundo lugar, su participación en el proceso se lleva a cabo por iniciativa propia (esto es, no por causa de que haya sido requerido a participar por el juez), lo que impide reconducir a esta figura no sólo los «informes» preceptivos del Ministerio Fiscal, cuando este último no es parte del correspondiente proceso¹¹, sino también los «informes de expertos» que el juez o tribunal puede recabar de oficio, por ejemplo, en procesos laborales¹². En tercer lugar, sobre la base de que las pruebas se refieren a los hechos y no al Derecho, las observaciones (normalmente, escritas) efectuadas por un *amicus curiae* no constituyen ningún medio de prueba, lo que impide reconducir a su actuación, por ejemplo, la «prueba pericial» de nuestros procesos laborales¹³, supuesto que la misma se referirá normalmente a la prueba de hechos (en el caso del citado Reglamento comunitario 1/2003, se trata de que las observaciones del *amicus curiae* faciliten una «aplicación coherente» por los tribunales nacionales de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea)¹⁴. Esto despejado, no queda más remedio que impugnar ciertas afirmaciones muy recientes de tribunales españoles, incluidos nuestros tribunales laborales, relativas a los *amici curiae*.

3. Así, por ejemplo, creemos que se equivoca una Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 2 junio 2014¹⁵, cuando afirma que «no existe, todavía, en nuestro Derecho la figura del “amicus curiae”, aunque la propensión de esta Sala a dar validez, a la hora de definir conceptos jurídicos tales como el acto de servicio o el acto de servicio de armas, a las opiniones vertidas por mandos militares parece presagiar la pronta recepción de esta figura, tan frecuente en algunos órganos judiciales internacionales, en nuestro actuar cotidiano»¹⁶, pues este *dictum* parece olvidar –como afirma un Auto de la Sala de lo

⁹ Así, siempre según la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, es el caso del proceso de impugnación de convenios colectivos (artículos 164, apartado 6, y 165, apartado 4), del proceso de impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito de los estatutos sindicales (artículo 167, apartado 2), del proceso de impugnación de los estatutos sindicales (artículo 173, apartado 3) y del proceso de tutela de los derechos de libertad sindical (artículo 177, apartado 3), teniendo en cuenta que el Ministerio Fiscal puede intervenir en posición «de conformidad u oposición, respecto de la pretensión» sostenida por las partes principales (artículo 166, apartado 1).

¹⁰ Así, respecto de las entidades gestoras y servicios comunes de la seguridad social, la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, afirma que «Las entidades u organismos gestores y la Tesorería General de la Seguridad Social, podrán personarse y ser tenidas por parte, con plenitud de posibilidades de alegación y defensa, incluida la de interponer el recurso o remedio procesal que pudiera proceder, en los pleitos en materia de prestaciones de Seguridad Social y, en general, en los procedimientos en los que tengan interés por razón del ejercicio de sus competencias, sin que tal *intervención* haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones» (artículo 141, apartado 1, párrafo primero); y respecto del Fondo de Garantía Salarial, la propia Ley indica que «El Fondo de Garantía Salarial, cuando resulte necesario en defensa de los intereses públicos que gestiona y para ejercitar las acciones o recursos oportunos, podrá comparecer como parte en cualquier fase o momento de su tramitación, en aquellos procesos de los que se pudieran derivar prestaciones de garantía salarial, sin que tal *intervención* haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones» (artículo 23, apartado 1).

¹¹ Cfr. artículos 5, apartado 3, y 213, apartado 3, inciso segundo, de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social.

¹² Cfr. artículo 95 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social.

¹³ Cfr. artículo 93 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social.

¹⁴ Cfr. artículo 15, apartado 3, párrafo primero, de dicho Reglamento.

¹⁵ *Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2014/4300.

¹⁶ Fundamento de Derecho séptimo, párrafo segundo.

Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 17 enero 2014¹⁷— que «la interpretación razonable del artículo 15 bis.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a los singulares antecedentes del recurso y atendiendo a la finalidad y el sentido de la intervención de la Comisión Europea en este tipo de procesos de defensa de la competencia, en los que la Comisión no se constituye como una parte procesal propiamente dicha, sino que interviene en el proceso en la calidad de “*amicus curiae*” que asiste al Tribunal aportando información objetiva sobre la interpretación del derecho de la competencia, implica que no sea aplicable el rigor de los plazos preclusivos que incumbe a las partes procesales»¹⁸. Supuesta la existencia de la figura en nuestro ordenamiento procesal, creemos igualmente que yerra una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 julio 2013¹⁹, cuando afirma —asimilando los *amici curiae* a los coadyuvantes e intervinientes— que «la ley claramente define el papel del sindicato que interviene a través de esa posibilidad [ex artículo 17, apartado 2, de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social], otorgándole una posición que va más allá de la mera intervención adhesiva, para conferirle rango de parte procesal, y no de mero interviniente, coadyuvante o “*amicus curiae*”»²⁰. En fin, también yerra —aunque a su pesar, puesto que las observaciones escritas de un *amicus curiae* no constituyen ningún medio de prueba, incluida la documental privada— una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 25 abril 2012²¹, cuando afirma que «el informe que se ha aportado con la demanda no se tiene como prueba pericial», sino que «se trata de un informe elaborado por un Catedrático de Derecho Civil basado en valoraciones jurídicas y no en valoraciones para las que se requieran conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos ajenos al Derecho», de manera que «como tal informe tampoco se asemeja a una suerte de *amicus curiae* —sólo admitido en el caso del artículo 15.bis de la LEC— es por lo que se tiene como documental privada»²², evidenciándose así la existencia de una laguna en nuestra legislación procesal común (y también, por supuesto, en nuestra legislación procesal laboral).

2. LA REGULACIÓN PROCESAL INGLESA Y NORTEAMERICANA, FEDERAL Y ESTATAL, DEL «*AMICUS CURIAE*»

4. Como tantas y tantas otras instituciones jurídicas, el *amicus curiae* forma parte del legado jurídico inglés heredado, a partir de 1776, por los Estados Unidos²³. A partir de esta fecha, el *amicus curiae* inglés y el *amicus curiae* norteamericano acabaron transitando por caminos divergentes, hasta el punto incluso —con el objetivo de poner fin a su confuso régimen jurídico, en la jurisprudencia ordinaria inglesa— de que se elaborase en 2001 un «Memorandum» en el Reino Unido, que hasta le cambió a esta institución procesal inglesa su

¹⁷ Aranzadi WESTLAW, referencia JUR 2014/20041.

¹⁸ Razonamiento jurídico tercero, párrafo segundo.

¹⁹ Aranzadi WESTLAW, referencia RJ 2013/6738.

²⁰ Fundamento de Derecho segundo, apartado 4, párrafo tercero.

²¹ Aranzadi WESTLAW, referencia JT 2012/1069.

²² Fundamento jurídico décimo.

²³ En nuestra opinión, el artículo doctrinal clásico sobre el tema, que hemos procurado seguir, es KRISLOV, S., «The *amicus curiae* brief: from friendship to advocacy», *Yale Law Journal*, núm. 72 (1963), págs. 694 y ss.

tradicional denominación jurídica, sustituyéndola por la de «propugnante a la Corte»²⁴. En el Derecho inglés actualmente vigente, el precepto clave sobre el tema es hoy la Regla núm. 35 (rotulada «Propugnante a la Corte y asesores [*Advocate to the Court and assessors*]») de las llamadas Reglas de la Corte Suprema del Reino Unido, aprobadas por Decreto Legislativo núm. 1603 de 2009, en la que se afirma –con un lenguaje y un contenido que nada tiene que ver con el Derecho norteamericano regulador del mismo asunto– lo siguiente: 1) «La Corte [Suprema del Reino Unido] puede exigir al funcionario competente que designe, o puede ella misma designar, un propugnante a la Corte para que ayude a la Corte [*to assist the Court*] con alegaciones jurídicas [*with legal submissions*]»²⁵; 2) «la Corte puede, a exigencia de las partes o por su propia iniciativa, designar uno o más asesores independientes, especialmente cualificados, para que ayuden a la Corte como asesores sobre cualquier materia técnica [*on any technical matter*]»²⁶; y 3) «Los costes y gastos de cualquier propugnante a la Corte o asesor serán costas en el recurso»²⁷.

5. Tras la entrada en vigor de la Constitución federal norteamericana de 1787, la jurisprudencia de las Cortes estatales (esto es, las de los diversos Estados federados) y de las Cortes federales (encabezadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos) comenzó, como es lógico, a reflejar la existencia de *amici curiae*. Con seguridad, el primer caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el tema es *Green v. Biddle* (1823)²⁸, relativo a un asunto sobre declaración de existencia de derechos reales, y fallado durante el mandato del más famoso de los Jueces-Presidentes de la misma (esto es, John MARSHALL). Tras este primer caso, la institución acabó siendo regulada, tanto por la legislación procesal de los diversos Estados federados²⁹, como por la legislación reguladora de las Cortes federales – irradiando luego su influencia por el mundo, especialmente en muy diversas cortes y tribunales internacionales³⁰ –, aunque siempre con la peculiaridad de que el *amicus curiae* sólo podía actuar ante las Cortes (estatales o federales) concededoras de recursos, pero no ante las Cortes de cognición o de primera instancia (esto es, en casos federales, las Cortes federales de Distrito). En relación con las Cortes federales concededoras de recursos, la regulación de nuestra institución se produjo en el siglo XX. Sobre la base de que en la Corte Suprema de los Estados Unidos hay un antes y un después –marcado por la regulación del «*certiorari*», que de algún modo evoca nuestra casación/amparo, en 1925–, la primera regulación de la figura del *amicus curiae* en las Reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos se produjo en 1939³¹. En cambio, la existencia de una regulación común de la figura

²⁴ Cfr. BELLHOUSE, J. y LAVERS, A., «The modern amicus curiae: a role in arbitration», *Civil Justice Quarterly*, núm. 23 (2004), págs. 187 y ss.

²⁵ Apartado (1).

²⁶ Apartado (2).

²⁷ Apartado (3).

²⁸ Referencia oficial 21 U.S. 1 (1823).

²⁹ Al respecto, véase SMITH, A.M., «The history and evolution of amicus curiae in West Virginia», *West Virginia Lawyer*, julio-septiembre (2013), págs. 42 y ss.

³⁰ Al respecto, véase BARTHOLOMEUSZ, L., «The amicus curiae before international courts and tribunals», *Non-state Actors and International Law*, núm. 5-3 (2005), págs. 209 y ss. Acerca de su impacto en muy diversas jurisdicciones continentales europeas, siempre sobre la base de la falta de influencia en este asunto del Derecho comunitario, véase KOICHEVAR, S., «Amici curiae in civil Law jurisdictions», *Yale Law Journal*, vol. 122 (2013), págs. 1653 y ss.

³¹ Véase SOLIMINE, M.E., «The Solicitor General unbound: Amicus curiae activism and deference in the Supreme Court», *Arizona State Law Journal*, núm. 45 (2013), págs. 1189 y ss.

a nivel de las Cortes federales de apelaciones, también llamadas Cortes federales de Circuito (supuesto que extienden su jurisdicción a alguno de los trece circuitos federales, actualmente existentes en los Estados Unidos) es muy posterior, puesto que en 1967 «solamente cinco circuitos regulan en la actualidad la presentación del informe de un *amicus curiae*»³². Por causa de su superior autoridad e incuestionable influencia práctica, sólo nos interesa considerar la regulación del tema en las vigentes Reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuya versión vigente fue aprobada el 19 abril 2013³³, y en las que el precepto clave es la Regla núm. 37 (rotulada «Informe para un *Amicus Curiae* [*Brief for an Amicus Curiae*]»).

6. Se trata de un precepto muy denso, dividido en seis apartados con numeración arábica, presididos por la doble regla general –que viene a ser, en realidad, una sola regla– de que «el informe de un *amicus curiae* que llama la atención de la Corte sobre una materia relevante, no llamada ya a su atención por las partes, puede ser de considerable ayuda para la Corte»³⁴, y de que «el informe de un *amicus curiae* que no sirve a este propósito sobrecarga la Corte, y no se favorece su presentación»³⁵. En lo esencial, su compleja regulación puede resumirse así: 1) la presentación del informe del *amicus curiae* (que puede redactarse «en apoyo de alguna o de ninguna de las partes»³⁶, indicando «si sugiere confirmación o revocación»³⁷) requiere «el consentimiento escrito de todas las partes [*written consent of all parties*]»³⁸, teniendo en cuenta –si alguna de las partes no lo otorga– que cabe pedir a la Corte que «conceda permiso para presentarlo [*grants leave to file*]»³⁹, aunque «dicha clase de petición no se favorece [*such a motion is not favored*]»⁴⁰; 2) supuesto que pueda presentarse, el informe indicará si «alguna de las partes realizó una contribución monetaria orientada a financiar la preparación o presentación del informe [*a party made a monetary contribution intended to fund the preparation or submission of the brief*], e identificará a cualquier persona distinta del *amicus curiae*, sus afiliados o su abogado, que realizó dicha clase de contribución monetaria [*shall identify every person other than the amicus curiae, its members, or its counsel, who made such a monetary contribution*]»⁴¹; y 3) las exigencias relativas al consentimiento de las partes o a la revelación de las fuentes financieras del informe no se aplican «si el informe se presenta en nombre de los Estados Unidos por el Procurador General [*if the brief is presented on behalf of the United States by the Solicitor General*]»⁴² (o entre otros muchos supuestos de *amici curiae* de carácter público, si el informe se presenta «en nombre de un Estado [federado], Mancomunidad, Territorio o Posesión, cuando se

³² Véase «Notes» a la Regla núm. 29 de las Reglas Federales del Procedimiento de Apelación.

³³ Se pueden localizar y manejar en el sitio oficial en Internet de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ubicado en www.supremecourt.gov.

³⁴ Apartado 1, inciso primero.

³⁵ *Ibidem*, inciso segundo.

³⁶ Apartado 2, letra (a).

³⁷ Apartado 3, letra (a).

³⁸ Apartado 2, letra (a).

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Apartado 2 (b).

⁴¹ Apartado 6.

⁴² Apartado 4.

presente por su Fiscal General»⁴³. Como cualquier otro escrito presentado a la Corte Suprema de los Estados Unidos, el informe de un *amicus curiae* también está sujeto a exigencias formales de redacción muy estrictas, así como a sus correspondientes límites de palabras (*word limits*), siendo la regla general que este informe no puede contener más de nueve mil palabras⁴⁴.

3. EL CONTENCIOSO JUDICIAL FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

7. En los Estados Unidos, a diferencia de lo que ocurre en materia laboral –regulada no sólo por Leyes laborales federales, sino también por Leyes laborales estatales (esto es, de cada uno de los cincuenta Estados federados)–, en materia de seguridad social, en cambio, sólo existe legislación federal o central (por cierto, al igual que sucede en Alemania)⁴⁵. Esta resulta trae causa del diferente fundamento constitucional que tienen la legislación laboral y la legislación de seguridad social en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, dado que la promulgación de legislación laboral federal se apoya en el párrafo tercero de la sección 8 del artículo 1 de dicha Constitución (sobre la competencia del Congreso de los Estados Unidos para «regular el comercio con naciones extranjeras, y entre varios Estados [federados], y con las tribus indias», que permite distinguir entre «comercio interestatal» y «comercio intraestatal»), mientras que la promulgación de la legislación de seguridad social se apoya en el párrafo primero de la sección 8 del artículo 1 de la propia Constitución Federal, a cuyo tenor «el Congreso tendrá poder para establecer y recaudar Impuestos, Deberes, Tributos y Exacciones, para pagar las Deudas y procurar la Defensa común y el Bienestar general de los Estados Unidos; pero todos los Deberes, Tributos y Exacciones serán uniformes en todos los Estados Unidos»⁴⁶. Al amparo de este último precepto, se promulgó la Ley federal norteamericana de Seguridad Social (*Social Security Act*) de 1935, donde aparece regulado –en congruencia con el carácter federal del Derecho norteamericano de seguridad social– el contencioso federal relativo a la misma.

8. Este contencioso aparece regulado en la sección 205(g) de la Ley⁴⁷, que es un precepto construido sobre la doble base, de un lado, de que el beneficiario de la seguridad social está obligado a agotar una vía administrativa previa (que concluye con la «decisión final» del Director de la agencia federal encargada de gestionar las cotizaciones y prestaciones de la seguridad social norteamericana, esto es, el «Comisionado de Seguridad Social»); y de otro lado, tras haberse agotado esta vía administrativa previa, de que el beneficiario de seguridad social tiene que plantear demanda ante las cortes federales de primera instancia (esto es, ante las Cortes federales de Distrito), que son cortes de Derecho

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Cfr. apartado 5.

⁴⁵ Sobre el Código alemán de Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch*), véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 19 y ss.

⁴⁶ Literalmente, en su inglés original, «the Congress shall have the power to lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States».

⁴⁷ Sobre él, desde un punto de vista hiperpráctico, véase CANAVAN, M.J. (Pub.), *Federal Procedural Forms. Lawyers Edition*, vol. 15, Thomson West (Danvers-Massachusetts, 2002), § 60:260 y ss.

común (esto es, conecedoras no sólo de asuntos de seguridad social, sino también de asuntos laborales, civiles, criminales o contencioso-administrativos), mediante el ejercicio de la correspondiente acción de Derecho común (que es, en el caso de los asuntos de seguridad social, una «acción civil»). Al respecto, las palabras clave del precepto aparecen contenidas en los dos primeros incisos del mismo. Según ellos, «toda persona, tras la decisión final del Comisionado de Seguridad Social adoptada tras una audiencia en que fue parte, con independencia de la cuantía del litigio, puede obtener la revisión de dicha decisión por medio de una acción civil planteada en los sesenta días siguientes a habersele enviado comunicación de dicha decisión o en el tiempo adicional que el Comisionado de Seguridad Social pueda permitir»⁴⁸, y además, «dicha acción se planteará en la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el distrito judicial en que el demandante resida, o tenga su lugar de negocio principal o, si no reside o tiene su lugar de negocio principal dentro de cualquier distrito judicial, en la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia»⁴⁹.

9. Lógicamente, el fallo de la Corte federal de Distrito resulta recurrible, en apelación, ante alguna de las Cortes federales de Circuito ya mencionadas, afirmando a este respecto la citada sección 205(g) que «el fallo de la Corte [de Distrito] será definitivo, salvo que se someta a revisión del mismo modo que un fallo en otras acciones civiles [*the judgement of the court shall be final except that it shall be subject to review in the same manner as a judgement in other civil actions*]»⁵⁰. A su vez, frente al fallo de la Corte de apelaciones del Circuito federal, cabe la posibilidad de recurrir ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, aunque la admisión a trámite de este último recurso (técnicamente denominado «*certiorari*», al que ya aludimos antes)⁵¹ resulte rigurosamente excepcional, dado que dicha admisión «será concedida sólo por razones graves [*compelling reasons*]», entre las cuales —«aunque ni decisivas ni completamente medidoras del arbitrio de la Corte [Suprema de los Estados Unidos]— se cuenta la relativa a que «una Corte de Apelaciones de los Estados Unidos haya dictado sentencia en conflicto con la sentencia de otra Corte de Apelaciones de los Estados Unidos sobre la misma materia importante [*on the same important matter*]»⁵². Como es fácil suponer, la rigidez de la Corte Suprema de los Estados Unidos a la hora de admitir a trámite los asuntos de que conoce (en principio, alrededor de sólo un centenar de ellos en cada año judicial) contribuye a reforzar la autoridad de la doctrina establecida en ellos (en principio, cualquier caso decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos es siempre un «gran caso»), aunque en materia de seguridad social se impone realizar algún tipo de selección para poder tratarlos (que permitiría hablar de grandes casos de seguridad social al cuadrado o, incluso, al cubo), dada la masa imponente de casos sobre seguridad social que la Corte Suprema de los Estados Unidos viene decidiendo desde la entrada en vigor de la Ley federal norteamericana de Seguridad Social de 1935.

⁴⁸ Inciso primero.

⁴⁹ Inciso segundo.

⁵⁰ Inciso octavo.

⁵¹ Véase *supra*, núm. 5.

⁵² Respecto de todo ello, véase Regla 10 de las citadas Reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Sobre el «*certiorari*», véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., págs. 87-88.

4. EL CONTENCIOSO DE LA SEGURIDAD SOCIAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

10. La necesaria selección de grandes casos sobre seguridad social (grandes, recuérdese, al cuadrado o al cubo) de la Corte Suprema de los Estados Unidos, imprescindible para poder realizar estudios intensivos u horizontales de la misma –como éste sobre el *amicus curiae* en el contencioso judicial norteamericano de la seguridad social–, figura ya hecha en una publicación nuestra relativa a veintisiete de ellos⁵³, en la que los mismos aparecen cronológicamente enmarcados dentro de un *dies a quo* y un *dies ad quem* muy concretos, que no parecen dejar margen razonable a ningún otro tipo de opción. El *dies a quo* está representado por la famosa «trilogía» de seguridad social (esto es, por lo casos *Carmichael v. Southern Coal & Co.*⁵⁴, *Steward Machine Co. v. Davies*⁵⁵ y *Helvering v. Davies*⁵⁶), fallados los tres el mismo día (exactamente, el 24 mayo 1937), que confirmaron la constitucionalidad de la Ley federal norteamericana de Seguridad Social, promulgada sólo dos años antes, y que permitieron que la misma haya podido celebrar ya su septuagésimosexto cumpleaños. En cuanto *dies ad quem*, está marcado por la decisión del caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012)⁵⁷, relativo al derecho a la asistencia sanitaria –que es un derecho parcialmente extravagante respecto de la Ley federal norteamericana de Seguridad Social–, en el que se confirmó la constitucionalidad del núcleo duro de una Ley popularmente llamada «ObamaCare» en los Estados Unidos, cuyo propósito era conseguir una «cobertura casi universal» del seguro de asistencia sanitaria.

11. Descontados estos cuatro casos, otros dieciocho casos más de nuestra selección se refieren frontalmente al contenido de la Ley federal norteamericana de Seguridad Social, desglosados del siguiente modo. En primer lugar, seis de tratan de aspectos instrumentales regulados en dicha Ley, refiriéndose uno a la naturaleza jurídica de la relación de seguridad social [Caso *Flemming v. Nestor* (1960)]⁵⁸, otro a la distribución de competencias entre Federación y Estados federados [caso *Blessing v. Freestone* (1997)]⁵⁹, al efecto de esclarecer el deber de colaboración de los Estados federados en programas federales de seguridad social no directamente aplicables al beneficiario, y los cuatro restantes a la afiliación, cotización y protección de la relación de seguridad social [casos *United States v. Cleveland Indians Baseball Co.* (2001)⁶⁰, *Washington State Dept. of Social and Health Services v. Guardianship Estate of Keffeler* (2003)⁶¹, *Doe v. Chao* (2004)⁶² y *Lockhart v. United States*

⁵³ Véase ARUFE VARELA, A., *El Derecho de la seguridad social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier (Barcelona, 2014), en prensa.

⁵⁴ Referencia oficial 301 U.S. 495.

⁵⁵ Referencia oficial 301 U.S. 548.

⁵⁶ Referencia oficial 301 U.S. 619.

⁵⁷ Referencia oficial 567 U.S. ___.

⁵⁸ Referencia oficial 363 U.S. 603.

⁵⁹ Referencia oficial 520 U.S. 329.

⁶⁰ Referencia oficial 532 U.S. 200.

⁶¹ Referencia oficial 537 U.S. 371.

⁶² Referencia oficial 540 U.S. 614.

(2005)⁶³]. En segundo lugar, otros seis se refieren a prestaciones contributivas reguladas en la Ley, y más en concreto, a vejez [caso *Califano v. Webster* (1971)]⁶⁴, supervivientes [casos *Matthews v. Lucas* (1976)⁶⁵ y *Califano v. Goldfarb* (1977)⁶⁶] e incapacidad permanente [casos *Richardson v. Perales* (1971)⁶⁷, *Cleveland v. Policy Management Systems Corp.* (1999)⁶⁸ y *Barnhart v. Thomas* (2003)⁶⁹]. En tercer lugar, otros tres más tratan sobre prestaciones no contributivas de la Ley, concernientes al programa de ayuda de familias necesitadas con niños [caso *Dandridge v. Williams* (1970)]⁷⁰, a las exclusiones del programa de la renta de seguridad complementaria [caso *Schweiker v. Wilson* (1981)]⁷¹ y al desarrollo reglamentario del programa de la renta de seguridad complementaria [caso *Sullivan v. Zebley* (1990)]⁷². Y en cuarto lugar, tres ulteriores afrontan aspectos procedimentales y procesales de la Ley, relativos a la vía administrativa previa [caso *Sims v. Apfel* (2000)]⁷³, al proceso ante las Cortes federales de Derecho común [caso *Sullivan v. Finkelstein* (1990)]⁷⁴ y a los honorarios de abogado [caso *Gisbrecht v. Barnhart* (1990)]⁷⁵.

12. Aunque para cualquier jurista norteamericano, teórico o práctico (y por supuesto, también para los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos), «seguridad social» sea única y exclusivamente la materia regulada en la Ley federal de Seguridad Social de 1935, pensamos que nuestra selección de casos quedaría incompleta sin traer a colación algunos relativos ciertos bloques temáticos, usualmente considerados en Europa como de seguridad social o muy próximos a la misma. Dentro de este conjunto de casos «extravagantes», incluimos los cinco siguientes. En primer lugar, dos relativos a la protección por desempleo [casos *Illinois v. Campbell* (1946)⁷⁶ y *Hobbie v. Unemployment Appeals Comm'n of Florida* (1987)]⁷⁷, que se considera en los Estados Unidos competencia no de la Federación, sino de los Estados federados. En segundo lugar, otros dos sobre protección por accidente de trabajo y enfermedad profesional [casos *Richardson v. Belcher* (1971)⁷⁸ y *Sun Ship, Inc. v. Pennsylvania* (1980)⁷⁹], cuyo régimen competencial resulta totalmente asimilable en los Estados Unidos al del desempleo, remontándose incluso la protección por accidente de trabajo en los Estados federados a muchos años antes de la promulgación de la Ley federal de Seguridad Social de 1935. Y en tercer lugar –quedando así completada nuestra lista de veintisiete grandes casos–,

⁶³ Referencia oficial 546 U.S. 142.

⁶⁴ Referencia oficial 430 U.S. 313.

⁶⁵ Referencia oficial 427 U.S. 495.

⁶⁶ Referencia oficial 430 U.S. 199.

⁶⁷ Referencia oficial 402 U.S. 389.

⁶⁸ Referencia oficial 526 U.S. 795.

⁶⁹ Referencia oficial 540 U.S. 20.

⁷⁰ Referencia oficial 397 U.S. 471.

⁷¹ Referencia oficial 450 U.S. 221.

⁷² Referencia oficial 493 U.S. 521.

⁷³ Referencia oficial 530 U.S. 103.

⁷⁴ Referencia oficial 496 U.S. 617.

⁷⁵ Referencia oficial 535 U.S. 789.

⁷⁶ Referencia oficial 329 U.S. 362.

⁷⁷ Referencia oficial 480 U.S. 136.

⁷⁸ Referencia oficial 404 U.S. 78.

⁷⁹ Referencia oficial 447 U.S. 715.

uno relativo a la Ley federal de planes y fondos de pensiones, muy litigada en los Estados Unidos, que es el caso *Central Laborers' Pension Fund v. Heinz* (2004)⁸⁰.

5. EL «AMICUS CURIAE» EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE SEGURIDAD SOCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

13. Sobre la base de que en diecinueve de los veintisiete grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos a que acabamos de referirnos existe constancia de la participación de *amici curiae*, en todos y cada uno de estos diecinueve casos se trataba de *amici curiae* privados, bien participando solos, bien participando en concurrencia con *amici curiae* públicos, a los que nos referiremos más adelante. En dieciocho de estos diecinueve casos, se trató de una participación consentida por las partes litigantes, puesto que no consta en ellos que la Corte Suprema de los Estados Unidos tuviese que otorgar su permiso, al efecto de desbloquear la falta de consentimiento de las mismas. Este permiso sí consta, en cambio, en el caso *Carmichael v. Southern Coal & Co.*⁸¹ –primero de la «trilogía» en que se cuestionaba la constitucionalidad o no de la Ley federal norteamericana de Seguridad Social y de una del Estado de Alabama, promulgada en aplicación de la misma–, en el que aparece utilizada la expresión «por permiso de la Corte [*by leave of Court*], los Sres. John S. Coleman y William B. White presentaron un informe, como *amici curiae*, impugnando la validez de las Leyes [*filed a brief, as amici curiae, challenging the validity of the Acts*]⁸², aunque la falta de consentimiento de las partes litigantes aquí no nos parece indubitada en absoluto, pues la propia Corte Suprema de los Estados Unidos emplea la misma fórmula ritual («*by leave of Court*») para referirse a quienes presentaron su informe «en nombre de los Estados Unidos, como *amicus curiae*, apoyando la validez de las Leyes [*on behalf of the United States, as amicus curiae, supporting the validity of the Acts*]⁸³, debiendo tenerse en cuenta que se trata de un caso muy antiguo, anterior incluso al primer tratamiento expreso del tema en las citadas Reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos (de acuerdo con las cuales, como antes se indicó, un *amicus curiae* público no necesita en absoluto el consentimiento de las partes litigantes)⁸⁴. Acerca de la supuesta imparcialidad de estos *amici curiae*, al menos en dos de estos casos consta expresamente que se trataba de «amigos» (así, mutilando su determinante «de la Corte») que apoyaban las pretensiones de alguna de las partes («la Empresa y su *amicus* que la apoya»⁸⁵, «los apelados y sus *amici* que los apoyan»⁸⁶), lo que de algún modo indicia la existencia de prejuicios de parcialidad, que a nosotros no nos extrañan (recuérdese que el *amicus* tiene que expresar en su informe si urge la confirmación o, por el contrario, la desestimación del recurso), dado que –sin discusión posible– la única imparcial en los casos es precisamente la Corte. En fin, todo tipo de sujetos privados puede teóricamente figurar como *amici curiae*, sean personas físicas o personas

⁸⁰ Referencia oficial 541 U.S. 739.

⁸¹ Referencia oficial 301 U.S. 495.

⁸² Pág. 504.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Véase *supra*, núm. 6.

⁸⁵ Caso *United States v. Cleveland Indians Baseball Co.* (2001), pág. 205.

⁸⁶ Caso *Schweiker v. Wilson* (1981), pág. 238.

jurídicas (entre estas últimas, por ejemplo, hemos encontrado en los diecinueve casos en cuestión asociaciones de abogados⁸⁷, universidades privadas⁸⁸ o sindicatos⁸⁹).

14. Tomando como referencia los diecinueve casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos en que aparecen *amici curiae* privados, resulta que en once de ellos consta también la participación de *amici curiae* públicos. Pueden ser eventualmente muchísimos, como sucedió en el caso *Blessing v. Freestone* (1997), en el que en apoyo del recurrente – que era el Estado de Arizona– presentaron sus informes hasta cuarenta y tres Estados federados (esto es, todos los Estados federados restantes, salvo los de Arkansas, Kentucky, Minnesota, Missouri, New Mexico, West Virginia y Wisconsin), más el Distrito de Columbia, American Samoa, Guam y Virgin Islands, con el resultado –por cierto– de que prosperaron las pretensiones del Estado federado recurrente, y tan apoyado. Siempre dentro de esta casuística, los Estados Unidos figuran como *amicus curiae* en siete de dichos casos, actuando siempre a través del Procurador General de los Estados Unidos y sus ayudantes (por ejemplo, en el caso recién citado, al estar vacante dicho importantísimo cargo, se afirma que «Patricia A. Millet [por aquel entonces Ayudante del Procurador General] defendió la causa [*argued the cause*] por los Estados Unidos como *amicus curiae* urgiendo la confirmación [*urging affirmance*]. Con ella, estuvieron en el informe Dellinger, Procurador General en funciones; Hunger, Ayudante del Fiscal General; Kneedler, Viceprocurador General; William Kanter y Alfred Mollin») ⁹⁰. La doctrina científica norteamericana que ha estudiado la intervención del Procurador General de los Estados Unidos como *amicus curiae*, ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, afirma que esta última tiende a fallar en consonancia con lo argumentado por dicho altísimo representante del Gobierno federal, arriesgando incluso a exhibir porcentajes sobre el tema (según ella, «apoyó a la parte vencedora desde el 53% [en 1980] hasta el 85% de los casos en que apareció como *amicus curiae*» ⁹¹). En la casuística sobre seguridad social que venimos analizando, ese apoyo del Procurador General de los Estados Unidos a la parte que acabó resultando vencedora se produjo en cinco de los siete casos en que intervino como *amicus curiae* (y por tanto, en un 71 por ciento de los mismos).

15. Aunque no esté expresamente previsto en las Reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la doctrina científica norteamericana ha estudiado el supuesto de hecho relativo a que sea la propia Corte Suprema quien «invite» a un *amicus curiae* a participar en el caso, lo que –siempre según esta doctrina científica– suele ocurrir cuando la parte

⁸⁷ Por ejemplo, la «American Bar Association» [Caso *Richardson v. Perales* (1971), pág. 389]; la «National Employment Lawyers Association» [caso *Cleveland v. Policy Management Systems Corp.* (1999), pág. 797; y caso *Central Laborers' Pension Fund v. Heinz* [2004], pág. 740]; la «Association of Trial Lawyers of America» [caso *Gisbrecht v. Barnhart* (2002), pág. 792]; o la «American Trial Lawyers Association» [caso *Richardson v. Belcher* (1971), pág. 78].

⁸⁸ Por ejemplo, el «Anti-Poverty Project of the Edwin F. Mandel Legal Aid Clinic of the University of Chicago Law School» [Caso *Blessing v. Freestone* (1997), pág. 332].

⁸⁹ Por ejemplo, la «Major League Baseball Players Association» [caso *United States v. Cleveland Indians Baseball Co.* (2001), pág. 204]; los «United Mine Workers of America» [caso *Richardson v. Belcher* (1971), pág. 78]; o el «Local No. 6, Industrial Union of Marine and Shipbuilding Workers of America, AFL-CIO» [caso *Sun Ship, Inc. v. Pennsylvania* (1980), pág. 716].

⁹⁰ Pág. 331.

⁹¹ Véase SOLIMINE, M.E., «The Solicitor General unbound: Amicus curiae activism and deference in the Supreme Court», cit., págs. 1225.

vencedora en segunda instancia «abandona» el caso ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, concluyendo que esta última debería poner fin a dicho tipo de «invitaciones»⁹². En la casuística sobre seguridad social que venimos manejando, la «invitación» en cuestión sólo aparece reflejada en el caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012), relativo al mencionado «ObamaCare», en el que se afirma que «designamos [*we appointed*] a H. Bartow Farr III para informar y defender en apoyo [*to brief and argue in support*] del fallo del decimoprimer Circuito [esto es, la decisión recurrida], con respecto a la separabilidad [de los Títulos de la Ley federal cuya constitucionalidad se cuestionaba], y a Robert A. Long para informar y defender la tesis de que la Ley Anti-interdictos impide las presentes impugnaciones al mandato individual [esto es, a la obligación individual de asegurarse la asistencia sanitaria]»⁹³. Las dos personas físicas mencionadas eran abogados de reconocido prestigio, acostumbrados a actuar en las vistas orales ante la Corte Suprema de los Estados Unidos (en consecuencia, dos de los que allí se conocen popularmente con el nombre de «*superlawyers*»), afirmando la propia Corte que «ambos *amici* han cumplido diligentemente sus responsabilidades asignadas [*both amici have ably discharged their assigned responsibilities*]»⁹⁴.

⁹² Véase GOLDMAN, B.P., «Should the Supreme Court stop inviting amici curiae to defend abandoned lower court decisions?», *Stanford Law Review*, vol. 63 (2011), págs. 907 y ss.

⁹³ Pág. 11, nota 2, inciso primero.

⁹⁴ *Ibidem*, inciso segundo.

Crónica
legislativa de
Seguridad
Social y
materias
conexas

MARÍA NIEVES MORENO VIDA
CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

LABORUM

1. Real Decreto-Ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo.- BOE 20 diciembre 2014

Este Real Decreto se enmarca en el Acuerdo que firmaron, el 29 de julio de 2014, el Gobierno, las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y los sindicatos CCOO y UGT, donde adoptaron propuestas para la negociación tripartita para fortalecer el crecimiento económico y el empleo, y que recogía la voluntad de impulsar medidas en distintos ámbitos, desde un renovado protagonismo del diálogo social. Una de las iniciativas recogidas en el Acuerdo tripartito con carácter prioritario era el diseño, con la colaboración de las comunidades autónomas, de un programa de activación para el empleo con un contenido específico de orientación, formación, recualificación y/o reconocimiento de la experiencia laboral que, acompañado de una medida de protección, contribuyera a facilitar la reinserción laboral a los desempleados de larga duración con cargas familiares.

En desarrollo de esta previsión, el 15 de diciembre de 2014, Gobierno e Interlocutores Sociales firmaron el Acuerdo sobre el Programa Extraordinario de Activación para el Empleo, destinado a mejorar la empleabilidad y dotar de nuevas oportunidades al citado colectivo de trabajadores desempleados, dadas sus mayores dificultades de colocación (de manera coherente, además, con las Recomendaciones específicas del Consejo de la Unión Europea de 8 de julio de 2014 relativas al Programa Nacional de Reformas de 2014 de España).

En la Exposición de Motivos se señala que el programa pretende evitar el riesgo de permanencia en situación de desempleo de sus beneficiarios y contribuir a su activación e inserción eficaz en el mercado de trabajo, mientras se pone a su disposición una ayuda económica que permita afrontar una situación personal difícil en la transición de vuelta al entorno laboral.

El real decreto-ley consta de nueve artículos, cuatro disposiciones adicionales y siete disposiciones finales.

El artículo 1 se refiere al Programa de Activación para el Empleo como un programa específico y extraordinario de carácter temporal, dirigido a personas desempleadas de larga duración que cumplan con una serie de requisitos. Los beneficiarios del programa son personas con responsabilidades familiares que han estado vinculadas con el mercado laboral en el pasado y que son demandantes de empleo en la actualidad pero que, sin embargo, han quedado fuera del ámbito de la protección por desempleo hace al menos seis meses (desempleados de larga duración) y que tengan responsabilidades familiares.

Los rasgos esenciales del Programa son los siguientes:

-Los requisitos que deben cumplir los desempleados para acceder al programa (art. 2) se refieren a diversos aspectos: que hayan transcurrido al menos seis meses desde que los desempleados agotaran la Renta Activa de Inserción, el Programa Temporal de Protección e Inserción o el Programa de Recualificación Profesional de las Personas que Agoten su Protección por Desempleo; estar inscrito como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo competente a fecha 1 de diciembre de 2014 y la permanencia en dicha situación durante 360 días en los 18 meses inmediatamente anteriores; carecer del derecho a la

protección contributiva o asistencial por desempleo, o a la renta activa de inserción; carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional; acreditar responsabilidades familiares; así como cumplir con determinadas obligaciones de activación.

-Se reconoce (art. 6) a los Servicios Públicos de Empleo, con sus medios propios o con la colaboración público-privada, como los encargados de elaborar el itinerario individual y personalizado de empleo, asignar un tutor individual y, en definitiva, guiar a los beneficiarios en el proceso de retorno al empleo.

-Los beneficiarios deberán cumplir con una serie de obligaciones de activación (art. 3): suscribir un compromiso de actividad, acreditar acciones de búsqueda activa de empleo, y participar en las acciones de mejora de la empleabilidad y búsqueda activa de empleo previstas en el itinerario individual y personalizado de empleo.

-De forma complementaria, el programa ofrece una ayuda económica de acompañamiento (art. 7) que tendrá una duración máxima de seis meses y su cuantía será igual al 80 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en cada momento.

-Uno de los aspectos más novedosos de este programa es que los beneficiarios puedan compatibilizar un contrato por cuenta ajena, a tiempo completo o parcial y de duración indefinida o temporal, con la percepción de la ayuda de acompañamiento (art. 8). De esta manera, se permite la formalización de un contrato con una empresa privada y que el empresario descuente la cuantía de la ayuda económica del importe del salario que corresponda percibir al trabajador legal o convencionalmente, durante un máximo de cinco meses.

Además, a esta contratación le serán de aplicación las bonificaciones o reducciones en las cuotas a la Seguridad Social que correspondan según la regulación vigente, si bien la cuantía de la ayuda económica a descontar del importe del salario en concurrencia con medidas de apoyo público distintas de las citadas bonificaciones o reducciones en las cuotas a la Seguridad Social, no podrá superar el 80 % del coste del salarial anual correspondiente al contrato que se hubiera formalizado, sin incluir las cuotas a la Seguridad Social.

-En los artículos 4 y 5 se regulan los aspectos procedimentales tanto para incorporarse al programa como para que se tenga por producida una baja definitiva o temporal en dicho programa y en la percepción de la ayuda. Es especialmente relevante que para ser admitidos en el programa y obtener el reconocimiento de la ayuda económica de acompañamiento las personas desempleadas deban presentar la solicitud de incorporación al programa entre el 15 de enero de 2015 y el 15 de abril de 2016.

-La financiación de la ayuda económica se incluirá dentro de la acción protectora por desempleo y se realizará con cargo al presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal (art. 9).

En cuanto a las disposiciones adicionales recogidas en este real decreto-ley, cabe señalar que la Disp. Adic. Primera habilita al Servicio Público de Empleo Estatal a desarrollar el procedimiento de concesión y pago de las ayudas, así como a establecer los mecanismos necesarios de coordinación e intercambio de información con los Servicios Públicos de Empleo de las comunidades autónomas y las agencias de colocación cuando actúen en colaboración con aquellos. Al Servicio Público de Empleo Estatal le corresponde la gestión y el pago de la ayuda económica prevista en el programa de activación, y los Servicios Públicos de Empleo de las comunidades autónomas serán competentes para asignar el itinerario individual y personalizado de empleo y las acciones de mejora de la empleabilidad (Disp. Adic. Segunda).

Las Disp. Finales segunda, tercera, cuarta y quinta llevan a cabo las siguientes modificaciones legislativas:

-el apartado 2 de la Disp. Trans. octava de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ampliando hasta el 30-6-15 la posibilidad de concertar contratos para la formación y el aprendizaje cuando no exista título de formación profesional o certificado de profesionalidad relacionados con el trabajo efectivo a realizar, o centros formativos disponibles para su impartición.

-se modifica el art. 2.1.b) del RD 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de Renta Activa de Inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, para incorporar obligaciones de búsqueda activa de empleo, aceptación de oferta de empleo adecuada, participación en acciones de empleabilidad y precisiones en cuanto a la salida al extranjero.

-se modifican los arts. 32.1.c) y 33.2 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, en lo relativo a la recaudación de prestaciones por desempleo indebidamente percibidas y al procedimiento para la exigencia de responsabilidad empresarial en caso de que el solicitante de la prestación por desempleo no figure dado de alta en la SS.

-se supresión de la letra c) del apartado 4 y se modifica el apartado 5 del art. 21 bis de la Ley de Empleo (Ley 56/2003, de 16 de diciembre), en lo referente a la instrumentación de la colaboración de las agencias de colocación.

La Disp. Adic. cuarta regula los supuestos de fuerza mayor en los que la TGSS puede reconocer a determinadas empresas, afectadas por una suspensión de contratos de trabajo o reducción de jornada, la exoneración del pago de hasta el cien por cien de la aportación empresarial prevista en el art. 214.2 LGSS con la finalidad de favorecer el mantenimiento del empleo. En estos casos, es imprescindible que las empresas asuman unos compromisos básicos vinculados a realizar la reinversión necesaria para el restablecimiento de las actividades afectadas por la causa de fuerza mayor y a mantener en el empleo al cien por cien de los trabajadores afectados por la suspensión de contrato o la reducción de jornada. La exoneración a las empresas del pago de las cuotas empresariales de la Seguridad Social tendrá una duración máxima de 12 meses destacando que, cuando dentro del plazo de 12 meses se extinguiera algún contrato temporal por la expiración del plazo convenido o por la realización de la obra o servicio objeto del contrato, las empresas podrán seguir

beneficiándose de la exoneración por el tiempo que reste hasta los 12 meses siempre que suscriba con el trabajador afectado por la extinción un contrato por tiempo indefinido. La TGSS, previa solicitud de la empresa, podrá prorrogar por otros 12 meses la exoneración reconocida a las empresas siempre que resulte acreditado tanto que la empresa sigue cumpliendo los requisitos que determinaron el reconocimiento inicial de la exoneración, como que ha puesto en marcha los compromisos adquiridos en cuanto a la necesaria reinversión en la empresa y el mantenimiento en el empleo de los trabajadores afectados por la suspensión o reducción.

2. Resolución de 15 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se procede a la actualización de la cuantía máxima correspondiente a los medicamentos pertenecientes a los grupos ATC de aportación reducida, y se actualizan los límites máximos de aportación mensual para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria. BOE 23 diciembre 2014

La Ley 29/2006, de 26 de julio, establece unos porcentajes de aportación sobre el precio de venta de los medicamentos, proporcionales al nivel de renta del usuario, entre el 60% y el 10% con topes de aportación para determinadas categorías de medicamentos y de asegurados con la finalidad de garantizar la continuidad de los tratamientos de carácter crónico, y con exención de aportación para determinados tipos de usuarios y sus beneficiarios. Conforme a lo dispuesto en dicha Ley, a los medicamentos pertenecientes a los grupos ATC de aportación reducida les corresponde una aportación del 10% del PVP con una aportación máxima que se actualizará, de forma automática, cada mes de enero de acuerdo con la evolución del IPC. La actualización se formalizará mediante resolución de la unidad responsable de farmacia del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Por otra parte, la Disp. Adic. sexagésima séptima de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de PGE para el año 2013, establece que la actualización de los límites máximos de la cuantía de aportación mensual de los usuarios en la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud a la que se refiere el artículo 8 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, se realice de forma automática, cada mes de enero en función del índice de precios al consumo de los doce meses anteriores.

Mediante esta Resolución se procede a actualizar la aportación máxima aplicable para los medicamentos pertenecientes a los grupos ATC de aportación reducida, de acuerdo con la variación producida en el IPC en los doce meses anteriores, es decir, en el periodo comprendido entre diciembre de 2013 y noviembre de 2014 (quedando en 4,24 euros), y actualizar los límites máximos de aportación mensual para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria, de acuerdo con el incremento producido en el IPC en el mismo periodo:

a) Renta inferior a 18.000 euros: límite máximo de aportación mensual 8,23 euros.

b) Renta igual o superior a 18.000 euros e inferior a 100.000: límite máximo de aportación mensual 18,52 euros.

c) Renta superior a 100.000 euros: límite máximo de aportación mensual 61,75 euros.

3. Real Decreto 1084/2014, de 19 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado.- BOE 24 de diciembre de 2014

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, fundamentalmente a través de sus art. 31.1, 34.3 y 35.4, y la Disp. Adic. cuarta del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, previeron en su momento la necesidad de regular, a través de una normativa específica para las Administraciones Públicas, determinadas cuestiones tales como los derechos de participación y representación, la organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas, la definición de funciones y niveles de cualificación del personal que las lleve a cabo y el establecimiento de adecuados instrumentos de control que sustituyan a las obligaciones en materia de auditorías, contenidas en el capítulo V del citado RSP, que no son de aplicación a las Administraciones Públicas.

Al cumplimiento de este mandato en la Administración General del Estado respondió inicialmente el RD 1488/1998, de 10 de julio, de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado. Posteriormente, se aprobó el RD 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado, que derogó el citado RD 1488/1998, introduciendo una importante actualización del mismo, motivada fundamentalmente por los cambios normativos producidos, tanto en materia de prevención de riesgos laborales como en materia de órganos de representación en las Administraciones Públicas.

Se lleva a cabo ahora una modificación del RD 67/2010, de 29 de enero, motivada fundamentalmente por el contenido del Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, adoptado el 29 de octubre de 2012, sobre asignación de recursos y racionalización de las estructuras de negociación y participación, en lo que concierne a la elección y los créditos horarios asignables a los Delegados de Prevención, por un lado, y a la constitución de los Comités de Seguridad y Salud, por otro, que han de adaptarse, con las excepciones que se indican, a la nueva definición de «centro de trabajo», que se hace coincidente con las nuevas unidades electorales. Dicho Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, a su vez, trae causa de las previsiones del RD-ley 20/2012, de 23 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, cuyo artículo 10 remitió expresamente a las Mesas Generales de Negociación en cuanto a la posibilidad de llegar a acuerdos en esta materia, especialmente por lo que se refiere al ejercicio de las funciones de representación y negociación.

Esta modificación, que afecta básicamente a los artículos 4, 5 y 6, se completa con otras propuestas de modificación cuyo objetivo es introducir mejoras en el texto del RD 67/2010, de 29 de enero; en particular, por lo que se refiere al artículo 10, en el que se introducen modificaciones relativas al planteamiento y requisitos de las auditorías de prevención, a fin de mejorar la aplicabilidad y eficacia de este instrumento de control preventivo. A tales efectos, se refuerza la utilización de las auditorías internas, como instrumento imprescindible en el proceso de la gestión preventiva, se promueve la utilización

de una metodología común de referencia y se concreta el apoyo y el asesoramiento externo necesario, a cargo del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, para hacer efectiva la mejora continua que predica la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Se introducen también otras modificaciones, entre las que destacan las medidas que se plantean para optimizar los recursos disponibles en materia de vigilancia de la salud; el fortalecimiento de la coordinación general de la prevención de riesgos laborales en la Administración General del Estado por parte de la Dirección General de la Función Pública; la mejora de la integración de la actividad preventiva, a través de la exigencia de un seguimiento específico del cumplimiento de los Planes de Prevención por parte de la máxima autoridad de los Departamentos y Organismos; el compromiso de poner en marcha un Plan integral de Formación, en materia de prevención, que incluya todos los contenidos de carácter transversal en esta materia, con el objeto de mejorar la calidad y el impacto de la acción formativa; o, finalmente, una mejora en la participación de los trabajadores, a través de una clarificación en los mecanismos de consulta, participación y negociación en esta materia.

4. Ley 34/2014, de 26 de diciembre, de medidas en materia de liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social.- BOE 27 de diciembre de 2014

Mediante esta ley se procede a establecer un nuevo sistema de liquidación de cuotas que sustituirá al tradicional modelo de autoliquidación y que permitirá, según declara la Exposición de Motivos, mejorar la gestión liquidatoria y recaudatoria de los recursos del sistema, en el marco de los avances tecnológicos en la gestión de la Seguridad Social.

El nuevo modelo de liquidación de cuotas que se implanta, a efectuar directamente por la TGSS, se caracteriza por un cálculo individualizado de la cotización correspondiente a cada trabajador, dentro del código de cuenta de cotización en el que figure en alta y elaborado en función de la información que ya obra en poder de dicho organismo y de aquella otra que ha de ser proporcionada por el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar.

Los objetivos perseguidos por la Ley son los siguientes:

a) Simplificar el cumplimiento de la obligación de cotizar, con la consiguiente reducción de cargas administrativas, al eliminarse la duplicidad actualmente existente en la aportación de datos a la Seguridad Social por los empresarios. En el nuevo sistema de liquidación tan solo deberán comunicarse aquellos datos de los que no disponga ya la TGSS y que resulten imprescindibles para efectuar aquella.

b) Reducir costes para la Seguridad Social, al tratarse de un sistema tramitado en su totalidad a través de medios electrónicos.

c) Conseguir una mayor efectividad en el control de aspectos determinantes para la correcta gestión liquidatoria y recaudatoria de la Seguridad Social, tales como la aplicación de beneficios en la cotización y de compensaciones por el pago de prestaciones de incapacidad temporal, así como de otras peculiaridades que inciden en el cálculo de la cotización de los trabajadores.

d) Lograr una mejora de la calidad de la información utilizada para la liquidación de cuotas.

El nuevo sistema de liquidación directa de cuotas por la TGSS constituye una modificación de gran envergadura, al afectar a la práctica totalidad de los procesos asociados al cálculo y a la transmisión de la misma, así como al tratamiento y control de la recaudación y al seguimiento de los cobros y de la deuda. Por ello, la presente ley procede a su implantación de forma progresiva, previendo que su aplicación inicial será simultánea a la del actual modelo de autoliquidación de cuotas, hasta la total incorporación de los sujetos responsables de su ingreso en aquel; asimismo, pervivirá el sistema de liquidación simplificada de cuotas para los supuestos en los que se prevea legalmente.

-En el artículo primero de la Ley se modifican diversos artículos de la sección tercera del capítulo III del título I del texto refundido de la LGSS, en la que se contienen las normas generales sobre recaudación en el sistema de la Seguridad Social, introduciendo asimismo un nuevo artículo 32 bis en la citada sección tercera.

-El artículo segundo aborda la reforma de determinados apartados de los artículos 21, 22, 23, 39 y 50 de la LISOS, relativos todos ellos a infracciones en materia de Seguridad Social, tanto a efectos de su adaptación al nuevo sistema de liquidación directa de cuotas implantado por esta ley como para tipificar como infracción grave el incumplimiento de la obligación empresarial de comunicar a la TGSS el importe de todos los conceptos retributivos abonados a los trabajadores, contenida en el artículo 109.3 de la LGSS, y como infracción muy grave la ocultación o falseamiento de los hechos determinantes de la responsabilidad derivada en el pago de cuotas.

-El artículo tercero modifica el artículo 19 del texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, aprobado por el Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, al objeto de permitir la aplicación en dicho régimen especial de la obligación establecida en el citado artículo 109.3 de la LGSS, dado que este último precepto forma parte de su título II, referente al RGSS.

-La disposición adicional primera hace referencia a las garantías de información en materia de cotización, dentro del nuevo sistema de liquidación directa de cuotas, y la segunda prevé la elaboración de un estudio sobre el alcance que, en orden a las prestaciones, pudiera tener la rectificación de las bases de cotización.

-En la disposición transitoria única se contempla el mantenimiento del sistema de autoliquidación de cuotas hasta que culmine el proceso de implantación gradual del nuevo sistema de liquidación directa, en los términos previstos en la disposición final segunda de esta ley, que regula las condiciones de implantación del citado sistema de liquidación directa.

5. Real Decreto 1106/2014, de 26 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2015.-BOE 27 de diciembre de 2014

Se procede mediante este RD a establecer las cuantías que deberán regir a partir del 1 de enero de 2015, tanto para los trabajadores fijos como para los eventuales o temporeros, así

como para los empleados de hogar. Las nuevas cuantías representan un incremento del 0,5 por ciento respecto de las vigentes entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2014.

El salario mínimo para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, queda fijado en 21,62 euros/día o 648,60 euros/mes, según que el salario esté fijado por días o por meses.

6. Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.- BOE 29 de diciembre de 2014

Las hasta ahora denominadas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social pasan a denominarse como Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.

Esta ley, manteniendo absoluto respeto a su carácter de entidades privadas, tiene por finalidad regular en su integridad el régimen jurídico de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social y de las funciones que desarrollan como entidades asociativas privadas colaboradoras en la gestión de la protección pública.

La ley, según la Exposición de Motivos, moderniza el régimen jurídico de aplicación, de dos formas: por un lado, se articulan distintos mecanismos para que la gestión se desarrolle con la debida eficacia y eficiencia, y, por otro lado, se confiere mayor relevancia y distintas facultades a los destinatarios de la colaboración, los trabajadores por cuenta ajena protegidos, las empresas asociadas y los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

La ley modifica para ello la LGSS, porque el régimen jurídico de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social debe ubicarse junto con las instituciones que integran el Sistema. A tal efecto se modifica la Subsección 2.ª de la Sección Cuarta del Capítulo VII del Título I, lugar donde se alberga el régimen jurídico de aquellas.

El apartado Uno del artículo único de la Ley comprende 11 artículos que sustituyen en su integridad al articulado de la mencionada Subsección 2.ª. Destacan los siguientes aspectos:

-En primer lugar, se define la naturaleza jurídica de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, así como las funciones que las mismas desarrollan en colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a quien corresponde su titularidad. Asimismo, se detallan las diferentes contingencias o prestaciones que gestionan, en concordancia con el artículo 72 de la LGSS, que las distribuye en función de la clase de vínculo con la Mutua, convenio de asociación o documento de adhesión.

-También se aclara que todas las prestaciones y servicios que las Mutuas dispensan son prestaciones y servicios de la Seguridad Social y, por tanto, sujetos al régimen jurídico de aplicación común. Asimismo, se establece que la prestación de asistencia sanitaria deriva de la cobertura de las contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales). Se trata, por tanto, de una prestación contributiva, prevista con tal carácter en la LGSS. También se aclara que las Mutuas pueden realizar las actividades preventivas de

Seguridad Social a favor de los empresarios asociados y de los trabajadores autónomos adheridos que protejan las contingencias profesionales, entre las que se incluyen las actividades de asesoramiento a las empresas asociadas al objeto de que adapten sus puestos de trabajo y estructuras para la recolocación de los trabajadores que hayan sufrido una incapacidad sobrevenida.

-Se atribuye a la jurisdicción del orden social el conocimiento de las reclamaciones que tengan por objeto prestaciones de la Seguridad Social, incluidas las asistenciales, o se fundamenten en la gestión de las mismas, como son las de carácter indemnizatorio, superando así las incertidumbres existentes.

-El artículo 71 modifica la regulación de la estructura interna de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social estableciendo los órganos de gobierno, su composición y funciones. Se regula la figura del Presidente y la posición que ocupa dentro de la Mutua. En aplicación de un principio de transparencia, se atribuyen a los empresarios asociados las facultades de impugnación de acuerdos lesivos o contrarios a derecho, así como la exigencia de responsabilidad directa a los miembros de los distintos órganos directivos. Se regulan los supuestos que originan la responsabilidad personal y directa, atribuyéndose ésta al autor de los actos que incurra en dolo o culpa grave, posponiendo al rango de subsidiaria la responsabilidad mancomunada.

-Se articula la participación de los agentes sociales a través de las Comisiones de Control y Seguimiento, a las que se incorpora una representación de las asociaciones profesionales de los trabajadores autónomos.

-Se regulan los aspectos económicos, estableciendo las distintas clases de recursos que se transfieren a las Mutuas por la TGSS para su mantenimiento y el ejercicio de sus funciones. Estos recursos consisten en cuotas de la Seguridad Social, así como los rendimientos y plusvalías que aquellas generan, resultantes de su inversión en los activos autorizados

-Con la finalidad de permitir el aprovechamiento de los centros asistenciales adscritos a las Mutuas, se facilita su utilización por los Servicios Públicos de Salud, por las Entidades Gestoras y por otras Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. A tal efecto se establece que dichos ingresos generarán crédito en el presupuesto de gastos de la Mutua que preste el servicio, en los conceptos correspondientes a los gastos de la misma naturaleza.

-Se regula el resultado económico y las reservas a constituir con cargo a éste. Se establece la obligación de limitar, con un nivel máximo de cobertura, tanto la dotación de la Reserva de Estabilización de las Contingencias Profesionales como la correspondiente a la Reserva de Estabilización por Cese de Actividad de los trabajadores autónomos y se mantiene la limitación existente en la Reserva de Estabilización ahora denominada de Contingencias Comunes.

-Se define el destino del excedente resultante para cada una de las contingencias una vez descontadas las reservas correspondientes. Así el 80 por ciento del excedente proveniente de contingencias profesionales se destinará al Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social, anteriormente denominado Fondo de Prevención y

Rehabilitación, situado en la TGSS, y cuyos fondos se aplicarán, entre otras funciones, a actividades en investigación, desarrollo e innovación que mejoren las técnicas y tratamientos terapéuticos y rehabilitadores para la recuperación de los trabajadores y a incentivar acciones en prevención. Del 20 por ciento restante, la mitad debe dirigirse a la Reserva complementaria y el otro 10 por ciento a la Reserva de asistencia social. En cuanto al excedente por la gestión de las contingencias comunes, éste debe incorporarse íntegramente al Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

-Se regulan los supuestos de medidas cautelares, su contenido y efectos, las causas que originan la responsabilidad mancomunada de los empresarios asociados y su forma de exigirse, así como las causas de disolución y liquidación de las Mutuas y los procedimientos correspondientes.

El apartado Dos del artículo único modifica la disposición adicional undécima de la LGSS, que regula las particularidades de la gestión por las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

-Se facilita a las Mutuas la facultad de realizar las actividades de control y seguimiento desde la baja médica. Se regula la figura de la propuesta de alta médica, debidamente fundamentada, estableciéndose un procedimiento de plazos breves.

-La coordinación entre las Mutuas y los Servicios Públicos de Salud se concretará en la articulación de procedimientos de incorporación de la información clínica generada por las Mutuas a la historia clínica electrónica de los pacientes atendidos, a los efectos de evitar duplicidades y generar sinergias con los Servicios Públicos de Salud.

-Se preserva la colaboración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social con los organismos competentes de las Comunidades Autónomas mediante la suscripción de convenios que han demostrado ser instrumentos de gran eficacia en la mejora de la gestión y del control de la incapacidad temporal.

La disposición final primera modifica el artículo 32 de la LPRL al objeto de impedir que las Mutuas puedan desarrollar, directa o indirectamente, funciones de los Servicios de Prevención Ajenos. Las Mutuas deberán desvincularse totalmente de esta actividad y a tal efecto, la disposición transitoria tercera regula el plazo para realizar la desinversión en las mencionadas sociedades, que vencerá el 31 de marzo de 2015, y la forma de acreditar su cumplimiento.

La disposición final segunda modifica el régimen jurídico del sistema de protección de los trabajadores autónomos frente al cese de actividad, regulado en la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, destacando lo siguiente:

-Se suavizan los requisitos y formalidades que en la actualidad se exigen y que impiden en la práctica el legítimo disfrute del derecho.

-Se amplía su ámbito a beneficiarios excluidos del mismo y que sin embargo se encuentran en la situación de necesidad.

-Se elimina la obligación de proteger las contingencias profesionales para acceder a la protección, porque supone una carga económica para el autónomo que no guarda relación financiera ni material con el sistema de protección por cese de actividad; serán las normas del Régimen Especial correspondiente las que regulen el carácter voluntario u obligatorio de la protección frente a las contingencias profesionales según aconsejen las características y riesgos de la actividad.

-Se mantiene el carácter voluntario de acceso al sistema de protección. No obstante, la disposición adicional segunda establece que en el plazo de cinco años el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados un estudio sobre la evolución de los principales parámetros que configuran el sistema de protección para, en función de sus resultados, valorar la conveniencia de convertirlo en obligatorio o mantener su carácter voluntario, así como para valorar su régimen financiero.

-Se modifica el sistema de financiación, para dotarlo de seguridad jurídica, objetividad y transparencia, y se establece una fórmula matemática que se aplicará para adaptar el tipo de cotización según sus necesidades financieras, situándolo entre un mínimo del 2,2 por ciento y un máximo del 4 por ciento, que no se podrá rebasar.

-Se reduce el excesivo nivel de pérdidas que en la actualidad se exige al autónomo para incurrir en la situación de necesidad, entre el 20 y el 30 por ciento de los ingresos, para situar el requisito en el 10 por ciento. La situación de pérdidas a la que se refiere la letra a) 1.º del apartado 1 del artículo 5, se acreditará mediante la entrega de la documentación contable, de la forma que se determine reglamentariamente en atención a las distintas obligaciones de mantenimiento de registros contables o fiscales de los autónomos, así como de las declaraciones del IVA, IRPF y demás documentos preceptivos.

-Se amplía la cobertura a los autónomos que por las características de su actividad se asimilan a los trabajadores económicamente dependientes, pero que carecen de la calificación legal por ausencia de las formalidades establecidas al efecto.

7. Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.- BOE 30 de diciembre de 2014

De acuerdo con la Exposición de Motivos, la LPGE para 2015 pretende conseguir tres objetivos: garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas, fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española y reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria. En ese marco, se consideran objetivos prioritarios reducir el déficit público y el cumplimiento de los compromisos de consolidación fiscal con la Unión Europea.

De conformidad con dichos objetivos declarados, de la regulación de la LPGE para 2015 destacan los siguientes aspectos:

1) Título I. El Capítulo III, «De la Seguridad Social», regula la financiación de la asistencia sanitaria, a través del Presupuesto del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y de las aportaciones del Estado al Instituto de Mayores y Servicios Sociales y al Instituto Social de la Marina, así como aquellas que se destinen a la Seguridad Social, para atender la financiación de los complementos para mínimos de pensiones.

2) Título II, relativo a la «Gestión Presupuestaria». En el Capítulo II relativo a la «Gestión presupuestaria de la Sanidad y de los Servicios Sociales», se recogen competencias específicas en materia de modificaciones presupuestarias en el ámbito del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y del Instituto de Mayores y Servicios Sociales y se incluyen normas sobre la aplicación de remanentes de tesorería en el presupuesto del Instituto de Mayores y Servicios Sociales.

3) Título III, «De los gastos de personal».

El art. 20 define lo que constituye sector público a estos efectos y se establece la siguiente regulación:

-En 2015 las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar incremento respecto de 2014.

-Las Administraciones, Sociedades y Entidades del Sector Público no podrán realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos e seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación.

- No obstante, siempre que no se produzca incremento de la masa salarial de la administración de referencia, pueden: realizar contratos de seguro colectivo que incluyan la cobertura de contingencias distintas a la de jubilación; realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivo que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación siempre que dichos planes o contratos hubieran sido suscritos con anterioridad a 31 de diciembre de 2011.

- La masa salarial del personal laboral no podrá incrementarse en 2015. Estará integrada por las retribuciones salariales y extrasalariales y los gastos de acción social devengados por dicho personal e 2014. Se exceptúan las prestaciones e indemnizaciones a la Seguridad Social; las cotizaciones a la Seguridad Social a cargo del empleador; las indemnizaciones por traslados, suspensiones y despidos; las indemnizaciones o suplidos por gastos realizados por el trabajador.

- Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retribuidos deberán experimentar la oportuna adecuación y devienen inaplicables las cláusulas que establezcan cualquier tipo de incremento.

El art. 21 se refiere a la oferta de Empleo Público u otro instrumento similar de gestión de la provisión de necesidad de personal:

-No se procederá en el sector público, a excepción de las sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público y consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos Públicos, a la incorporación de nuevo personal, salvo la derivada de procesos selectivos correspondientes a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores. Esta limitación no se aplicará en determinados sectores y administraciones en los que se fijará la tasa de reposición hasta un 50 por ciento.

-No se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos, salvo casos excepcionales para

cubrir necesidades urgentes e inaplazables, restringidos a sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

4) Título IV, “De las pensiones públicas”.

-Índice de revalorización de pensiones: Las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como de Clases Pasivas del Estado, experimentarán en 2015 con carácter general un incremento del 0,25 por ciento, en los términos que se indican en los artículos correspondientes de esta Ley.

-Determinación inicial de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado y la determinación inicial de las pensiones especiales de guerra.

-Limitaciones en el señalamiento inicial de las pensiones públicas, estableciendo que el importe a percibir como consecuencia del señalamiento inicial de las pensiones públicas enumeradas en el artículo 42 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, no podrá superar, durante el año 2015, la cuantía íntegra de 2.560,88 euros mensuales, sin perjuicio de las pagas extraordinarias que pudieran corresponder a su titular, cuya cuantía también estará afectada por el citado límite.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, si el pensionista tuviera derecho a percibir menos o más de 14 pagas al año, incluidas las extraordinarias, dicho límite mensual deberá ser adecuado, a efectos de que se alcance o no supere la cuantía íntegra anual de 35.852,32 euros.

-Revalorización y modificación de los valores de las pensiones públicas (art. 41): Las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, así como las pensiones de Clases Pasivas del Estado, experimentarán en el año 2015 un incremento del 0,25 por ciento, de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de esta Ley, sin perjuicio de las excepciones contenidas en los artículos siguientes de este capítulo y de los importes de garantía que figuran en el precedente artículo 39, respecto de las pensiones reconocidas al amparo de la legislación especial de la guerra civil.

-Pensiones no revalorizables (art. 42): En el año 2015 no se revalorizarán las pensiones públicas siguientes:

a) Las pensiones abonadas con cargo a cualquiera de los regímenes o sistemas de previsión enumerados en el artículo 42 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, cuyo importe íntegro mensual, sumado, en su caso, al importe íntegro mensual de las otras pensiones públicas percibidas por su titular, exceda de 2.560,88 euros íntegros en cómputo mensual. Esto no será aplicable a las pensiones extraordinarias del Régimen de Clases Pasivas del Estado y del sistema de la Seguridad Social originadas por actos terroristas, ni a las pensiones excepcionales derivadas de atentados terroristas.

b) Las pensiones de Clases Pasivas reconocidas a favor de los Camineros del Estado causadas antes del 1 de enero de 1985, con excepción de aquellas cuyo titular sólo percibiera esta pensión como tal caminero.

c) Las pensiones de las Mutualidades integradas en el Fondo Especial de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado que, a 31 de diciembre de 2014, hubieran ya alcanzado las cuantías correspondientes al 31 de diciembre de 1973.

-Limitación del importe de la revalorización de las pensiones públicas (art.43): Para el año 2015 el importe de la revalorización de las pensiones públicas no podrá suponer un valor íntegro anual superior a 35.852,32 euros.

-Complementos para mínimos (art. 44):

Reconocimiento de complementos para mínimos en las pensiones de Clases Pasivas: Tendrán derecho a percibir los complementos económicos necesarios para alcanzar la cuantía mínima los pensionistas de Clases Pasivas del Estado que no perciban, durante 2015, ingresos de trabajo o de capital o que, percibiéndolos, no excedan de 7.098,43 euros al año.

-Determinación inicial y revalorización de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social.

-Para el año 2015, la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, se fijará en 5.136,60 euros íntegros anuales.

-Para el año 2015, se establece un complemento de pensión, fijado en 525,00 euros anuales, para el pensionista que acredite fehacientemente carecer de vivienda en propiedad y tener, como residencia habitual, una vivienda alquilada al pensionista cuyo propietario no tenga con él relación de parentesco hasta tercer grado, ni sea cónyuge o persona con la que constituya una unión estable y conviva con análoga relación de afectividad a la conyugal. En el caso de unidades familiares en las que convivan varios

-Pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez: A partir del 1 de enero del año 2015, la cuantía de las pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, no concurrentes con otras pensiones públicas, queda fijada en cómputo anual en 5.682,60 euros

5) Título VIII, Cotizaciones sociales:

-Bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional durante el año 2015 (art. 103):

Las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, a partir de 1 de enero de 2015, serán los siguientes:

1. Topes máximo y mínimo de las bases de cotización a la Seguridad Social: El tope máximo de la base de cotización en cada uno de los Regímenes de la Seguridad Social que lo tengan establecido, queda fijado, a partir de 1 de enero de 2015, en la cuantía de 3.606,00 euros mensuales.

2. Durante el año 2015, las bases de cotización en los Regímenes de la Seguridad Social y respecto de las contingencias que se determinan en este artículo, tendrán como tope mínimo las cuantías del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementadas en un sexto, salvo disposición expresa en contrario.

3. Bases y tipos de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social:

a) Las bases mínimas de cotización, según categorías profesionales y grupos de cotización, se incrementarán, desde el 1 de enero de 2015 y respecto de las vigentes en 31 de diciembre de 2014, en el mismo porcentaje en que aumente el salario mínimo interprofesional.

Las bases mínimas de cotización aplicables a los trabajadores con contrato a tiempo parcial se adecuarán en orden a que la cotización en esta modalidad de contratación sea equivalente a la cotización a tiempo completo por la misma unidad de tiempo y similares retribuciones.

b) Las bases máximas, cualquiera que sea la categoría profesional y grupo de cotización, durante el año 2015, serán de 3.606,00 euros mensuales o de 120,20 euros diarios.

c) Los tipos de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social serán, durante el año 2015, los siguientes:

-Para las contingencias comunes el 28,30 por ciento, siendo el 23,60 por ciento a cargo de la empresa y el 4,70 por ciento a cargo del trabajador.

-Para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se aplicarán los porcentajes de la tarifa de primas incluida en la Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, siendo las primas resultantes a cargo exclusivo de la empresa.

d) Durante el año 2015, para la cotización adicional por horas extraordinarias se aplicarán los siguientes tipos de cotización:

-Cuando se trate de las horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor, el 14,00 por ciento, del que el 12,00 por ciento será a cargo de la empresa y el 2,00 por ciento a cargo del trabajador.

-Cuando se trate de las horas extraordinarias no comprendidas en el párrafo anterior, el 28,30 por ciento, del que el 23,60 por ciento será a cargo de la empresa y el 4,70 por ciento a cargo del trabajador.

4. Se regula igualmente la base máxima de cotización por contingencias comunes aplicable a los representantes de comercio, artistas, profesionales taurinos.

5. Cotización en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social:

a) Las bases mínimas de cotización, según categorías profesionales y grupos de cotización, se incrementarán, desde el 1 de enero de 2015 y respecto de las vigentes en 31 de diciembre de 2014, en el mismo porcentaje en que aumente el salario mínimo interprofesional.

b) Las bases máximas, cualquiera que sea la categoría profesional y grupo de cotización, durante el año 2015, serán de 3.063,30 euros mensuales.

c) Durante el año 2015, el importe de la base mensual de cotización de los trabajadores agrarios por cuenta ajena incluidos en este Sistema Especial será, durante los períodos de inactividad dentro del mes natural, el establecido para la base mínima por contingencias comunes correspondiente al grupo 7 de la escala de grupos de cotización del Régimen General de la Seguridad Social. A estos efectos, se entenderá que existen períodos de inactividad dentro de un mes natural cuando el número de jornadas reales realizadas durante el mismo sea inferior al 76,67 por ciento de los días naturales en que el trabajador figure de alta en el Sistema Especial en dicho mes.

6. Cotización en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos:

a) La base máxima de cotización será de 3.606,00 euros mensuales. La base mínima de cotización será de 884,40 euros mensuales.

b) La base de cotización de los trabajadores autónomos que, a 1 de enero de 2015, tengan una edad inferior a 47 años, será la elegida por ellos dentro de las bases máxima y mínima fijadas en el apartado anterior. Igual elección podrán efectuar aquellos trabajadores autónomos que en esa fecha tengan una edad de 47 años y su base de cotización en el mes de diciembre de 2014 haya sido igual o superior a 1.926,60 euros mensuales, o que causen alta en este Régimen Especial con posterioridad a la citada fecha.

Los trabajadores autónomos que a 1 de enero de 2015 tengan 47 años de edad, si su base de cotización fuera inferior a 1.926,60 euros mensuales, no podrán elegir una base de cuantía superior a 1.945,80 euros mensuales, salvo que ejerciten su opción en tal sentido antes del 30 de junio de 2015, lo que producirá efectos a partir de 1 de julio del mismo año, o que se trate del cónyuge superviviente del titular del negocio que, como consecuencia del fallecimiento de éste, haya tenido que ponerse al frente del mismo y darse de alta en este Régimen Especial con 47 años de edad, en cuyo caso no existirá esta limitación.

La base de cotización de los trabajadores autónomos que, a 1 de enero de 2015, tuvieran 48 o más años cumplidos, estará comprendida entre las cuantías de 953,70 y 1.945,80 euros mensuales, salvo que se trate del cónyuge superviviente del titular del negocio que, como consecuencia del fallecimiento de éste, haya tenido que ponerse al frente del mismo y darse de alta en este Régimen Especial con 45 o más años de edad, en cuyo caso, la elección de bases estará comprendida entre las cuantías de 884,40 y 1.945,80 euros mensuales.

No obstante, los trabajadores autónomos que con anterioridad a los 50 años hubieran cotizado en cualquiera de los Regímenes del sistema de la Seguridad Social por espacio de cinco o más años, se regirán por las siguientes reglas:

a) Si la última base de cotización acreditada hubiera sido igual o inferior a 1.926,60 euros mensuales, habrán de cotizar por una base comprendida entre 884,40 euros mensuales y 1.945,80 euros mensuales.

b) Si la última base de cotización acreditada hubiera sido superior a 1.926,60 euros mensuales, habrán de cotizar por una base comprendida entre 884,40 euros mensuales y el importe de aquélla, incrementado en un 0,25 por ciento, pudiendo optar, en caso de no alcanzarse, por una base de hasta 1.945,80 euros mensuales.

7. Base de cotización a la Seguridad Social durante la percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo y durante la percepción de la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos:

a) La base de cotización para Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional en todos los Regímenes de la Seguridad Social que tengan cubiertas las mismas, será la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

b) A partir de 1 de enero de 2015, los tipos de cotización serán los siguientes:

-Para la contingencia de desempleo:

Contratación indefinida, incluidos los contratos indefinidos a tiempo parcial y fijos discontinuos, así como la contratación de duración determinada en las modalidades de contratos formativos en prácticas y para la formación y el aprendizaje, de relevo, interinidad y contratos, cualquiera que sea la modalidad utilizada, realizados con trabajadores discapacitados: el 7,05 por ciento, del que el 5,50 por ciento será a cargo del empresario y el 1,55 por ciento a cargo del trabajador.

Contratación de duración determinada a tiempo completo: el 8,30 por ciento, del que el 6,70 por ciento será a cargo del empresario y el 1,60 por ciento a cargo del trabajador.

Contratación de duración determinada a tiempo parcial: el 8,30 por ciento, del que el 6,70 por ciento será a cargo del empresario y el 1,60 por ciento a cargo del trabajador.

B)

-Para la cotización al Fondo de Garantía Salarial, el 0,20 por ciento a cargo exclusivo de la empresa. El tipo aplicable para la cotización al Fondo de Garantía Salarial en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social será el 0,10 por ciento, que será a cargo exclusivo de la empresa.

-Para la cotización por Formación Profesional, el 0,70 por ciento, siendo el 0,60 por ciento a cargo de la empresa y el 0,10 por ciento a cargo del trabajador. El tipo aplicable para la cotización por Formación Profesional en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social será el 0,18 por ciento, del que el 0,15 por ciento será a cargo de la empresa, y el 0,03 por ciento a cargo del trabajador.

-Para la protección por cese de actividad el tipo será del 2,20 por ciento.

6) Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

La Disp. Adic. 10ª establece un régimen excepcional de disposición de los activos del Fondo de Reserva de la Seguridad Social: Durante los ejercicios 2015 y 2016 no resultará de aplicación el límite del 3 por ciento fijado con carácter general en la Ley 28/2003, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social. Se autoriza la disposición del Fondo de Reserva hasta un determinado límite fijado en esta Ley. El importe de esta disposición del Fondo de Reserva de la Seguridad Social se destinará al pago de las obligaciones relativas a las pensiones de carácter contributivo y demás gastos necesarios para su gestión.

7) La Disp. Adic. 12ª regula la recuperación de la paga extraordinaria y adicional del mes de diciembre de 2012.

8) Contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas en 2015.

En virtud de las Disps. Adics. 15ª, 16ª y 17ª, y con el objetivo declarado de profundizar en el proceso de consolidación fiscal, las sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público y consorcios participados mayoritariamente por Administraciones y Organismos del Sector Público, no podrán proceder a la contratación de nuevo personal. Excepcionalmente para casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables se podrán realizar contrataciones temporales.

Esta limitación no será de aplicación cuando se trate de contratación de personal, funcionario o laboral, con una relación preexistente de carácter fija e indefinida en el sector público estatal, autonómico o local en el que, respectivamente esté incluida la correspondiente sociedad mercantil, fundación o consorcio.

Además, las sociedades mercantiles públicas que hayan tenido beneficios en los últimos tres ejercicios podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 50 por ciento de su tasa de reposición. En el caso de las sociedades mercantiles estatales, la contratación indefinida de personal requerirá, en todo caso, informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y del accionista mayoritario.

9) La Disp. Adic. Vigésima establece limitaciones a las retribuciones de los cargos directivos y restante personal de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y de sus centros mancomunados.

10) Extensión al Régimen de Clases Pasivas del Estado de la regulación establecida en el apartado 2 del artículo 163 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Disp. Adic. Vigésima Quinta).

A las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado que se causen a partir de 1 de enero de 2015, les será aplicable lo establecido en el apartado 2 del artículo 163 LGSS, relativo al acceso a la jubilación a una edad superior a la que sea legalmente aplicable. Se trata, así, de homogeneizar las normas aplicables a ambos regímenes en relación con el cálculo de la pensión de jubilación en los supuestos de prolongación del servicio activo.

11) Prestaciones familiares de la Seguridad Social (Disp. Adic. Vigésima sexta).

A partir de 1 de enero de 2015, la cuantía de las prestaciones familiares de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, así como el importe del límite de ingresos para el acceso a las mismas, regulados en la LGSS, será, con carácter general, en cómputo anual de 291 euros, regulándose de forma específica las cuantías relativas a los supuestos de hijo o menor acogido con discapacidad. No se produce, pues, variación en la cuantía respecto al ejercicio anterior.

12) La Disp. Adic. Vigésima séptima regula los subsidios económicos contemplados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y pensiones asistenciales: Subsidio de garantía de ingresos mínimos, 149,86 euros/mes; Subsidio por ayuda de tercera persona, 58,45 euros/mes; Subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte 63,10 euros/mes.

Por otro lado, las pensiones asistenciales reconocidas en virtud de lo dispuesto en la Ley 45/1960, de 21 de julio de 1960 y en el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, se fijarán en la cuantía de 149,86 euros íntegros mensuales, abonándose dos pagas extraordinarias del mismo importe que se devengarán en los meses de junio y diciembre.

Las pensiones asistenciales serán objeto de revisión periódica, a fin de comprobar que los beneficiarios mantienen los requisitos exigidos para su reconocimiento y, en caso contrario, declarar la extinción del derecho y exigir el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

13) La Disp. Adic. Vigésima novena lleva a cabo el aplazamiento de la aplicación de la Disposición adicional trigésima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

Se refiere esta Disposición a la pensión de viudedad a favor de pensionistas con 65 o más años que no perciban otra pensión pública. La Ley 27/2011 había establecido que la cuantía de la pensión equivaldría al resultado de aplicar sobre la base reguladora el 60 por ciento. Su aplicación sería progresiva y homogénea en un plazo de 8 años, a partir de 1 de enero de 2012, habiéndose aplazado nuevamente dicha aplicación en virtud de esta Ley.

14) Incremento para el año 2015 de las prestaciones de gran invalidez del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (Disp. Adic. Trigésima).

Las prestaciones de gran invalidez del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, causadas hasta el 31 de diciembre de 2014, experimentarán en 2015 un incremento del 0,25 por ciento.

15) Fondo de Cohesión Sanitaria (Disp. Adic. Sexagésima novena)

Se suspende la aplicación de los apartados a, b, c y d del artículo 2.1 del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula el Fondo de Cohesión Sanitaria.

A partir del 1 de enero de 2015, el importe de los gastos por la asistencia sanitaria prestada a pacientes residentes en España derivados entre Comunidades Autónomas e Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y a asegurados desplazados a España en estancia temporal, con derecho a asistencia a cargo de otro Estado, prestada al amparo de la normativa internacional en esta materia, contemplada en el artículo 2.1.a), b), c) y d) del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, así como los relativos a la asistencia sanitaria cubierta por el Fondo de Garantía Asistencial creado por el artículo 3 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, se satisfará en base a la compensación de los saldos positivos o negativos resultantes de las liquidaciones realizadas por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a través del Instituto Nacional de la Seguridad Social, relativos a cada Comunidad Autónoma e Instituto Nacional de Gestión Sanitaria tomando como período de referencia la actividad realizada en el año anterior.

16) Suspensión de la aplicación de determinados preceptos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (Disp. Adic. Septuagésima tercera).

Durante 2015 se suspende nuevamente la aplicación del artículo 7.2, del artículo 8.2.a), del artículo 10, del artículo 32.3, párrafo primero y de la Disposición transitoria primera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, es decir la aplicación del nivel de protección acordado entre la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas.

17) Determinación del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) para 2015 (Disp. Adic. Octogésima cuarta).

Se mantienen para 2015 las mismas cuantías que para el año 2014:

- a) El IPREM diario, 17,75 euros.
- b) El IPREM mensual, 532,51 euros.
- c) El IPREM anual, 6.390,13 euros.
- d) En los supuestos en que la referencia al salario mínimo interprofesional ha sido sustituida por la referencia al IPREM en aplicación de lo establecido en el Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, la cuantía anual del IPREM será de 7.455,14 euros cuando las correspondientes normas se refieran al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, salvo que expresamente excluyeran las pagas extraordinarias; en este caso, la cuantía será de 6.390,13 euros.

18) Reducción en la cotización a la Seguridad Social en los supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, así como en los supuestos de enfermedad profesional (Disp. Adic. Octogésima quinta).

Se mantiene en los mismos términos de ejercicios anteriores la reducción del 50 por ciento en la cotización empresarial en supuestos en que, por razón de riesgo durante el

embarazo o riesgo durante la lactancia natural, la trabajadora, en virtud de lo previsto en el art. 26 LPRL, sea destinada a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado y en aquellos casos en que, por razón de enfermedad profesional, se produzca un cambio de puesto de trabajo en la misma empresa o el desempeño, en otra distinta, de un puesto de trabajo compatible con el estado del trabajador.

19) Reducción de cotizaciones en las personas que prestan servicios en el hogar familiar (Disp. Adic. Octogésima sexta).

Se prorrogan durante el ejercicio 2015 los beneficios en la cotización a la Seguridad Social reconocidos en la Disposición transitoria única de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

20) Medidas de apoyo a la prolongación del periodo de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos en los sectores de turismo, comercio vinculado al mismo y hostelería (Disp. Adic. Octogésima séptima).

Las empresas, excluidas las pertenecientes al sector público, dedicadas a actividades encuadradas en los sectores de turismo, comercio vinculado al mismo y hostelería que generen actividad productiva en los meses de marzo y de noviembre de cada año y que inicien y/o mantengan en alta durante dichos meses la ocupación de los trabajadores con contratos de carácter fijo discontinuo, podrán aplicar una bonificación en dichos meses del 50 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como por los conceptos de recaudación conjunta de Desempleo, FOGASA y Formación Profesional de dichos trabajadores.

21) Gestión de las acciones, medidas y programas establecidos en la letra h) del artículo 13 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (Disp. Adic. Octogésima octava).

El Servicio Público de Empleo Estatal, de conformidad con lo establecido en el artículo 13.h) de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, realizará la gestión de las acciones, medidas y programas financiados con cargo a la reserva de crédito de su presupuesto de gastos, para financiar las siguientes actuaciones:

- a) Acciones y medidas cuya ejecución afecte a un ámbito geográfico superior al de una Comunidad Autónoma, cuando éstas exijan la movilidad geográfica de las personas desempleadas o trabajadoras participantes en las mismas a otra Comunidad Autónoma distinta a la suya, o a otro país y precisen de una coordinación unificada.
- b) Acciones y medidas dirigidas tanto a las personas demandantes de empleo como a las personas ocupadas, para la mejora de su ocupación mediante la colaboración del Servicio Público de Empleo Estatal con órganos de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos, para la realización de acciones formativas, entre otras aquellas, que tengan como objetivo la generación de empleo de calidad y la mejora de oportunidades de las personas trabajadoras, en particular cuando se desarrollen en el marco de planes, estrategias o programas de ámbito estatal, y ejecución de obras y

servicios de interés general y social relativas a competencias exclusivas del Estado.

- c) Acciones y medidas de intermediación y políticas activas de empleo cuyo objetivo sea la integración laboral de trabajadores inmigrantes, realizadas en sus países de origen, facilitando la ordenación de los flujos migratorios.
- d) Programas que se establezcan con carácter excepcional y duración determinada cuya ejecución afecte a todo el territorio nacional, siendo imprescindible su gestión centralizada a los efectos de garantizar la efectividad de las mismas, así como idénticas posibilidades de obtención y disfrute a todos los potenciales beneficiarios.

22) Financiación de la formación profesional para el empleo (Disp. Adic.Octogésima novena).

Sin perjuicio de otras fuentes de financiación, los fondos provenientes de la cuota de formación profesional se destinarán a financiar el subsistema de formación profesional para el empleo regulado por el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, incluyendo los programas públicos de empleo y formación establecidos en su artículo 28, todo ello con el objeto de impulsar y extender entre las empresas y los trabajadores ocupados y desempleados una formación que responda a sus necesidades y contribuya al desarrollo de una economía basada en el conocimiento. Se regula en esta Disposición el régimen aplicable a esta financiación.

Además, las empresas que cotizan por la contingencia de formación profesional dispondrán de un crédito para la formación de sus trabajadores de acuerdo con lo establecido en el Capítulo II del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, que resultará de aplicar a la cuantía ingresada por la empresa en concepto de formación profesional durante el año 2014 el porcentaje de bonificación que, en función del tamaño de las empresas, se establece a continuación:

- a) Empresas de 6 a 9 trabajadores: 100 por ciento.
- b) De 10 a 49 trabajadores: 75 por ciento.
- c) De 50 a 249 trabajadores: 60 por ciento.
- d) De 250 o más trabajadores: 50 por ciento.

Las empresas de 1 a 5 trabajadores dispondrán de un crédito de bonificación por empresa de 420 euros, en lugar de un porcentaje. Asimismo, podrán beneficiarse de un crédito de formación, en los términos establecidos en la citada normativa, las empresas que durante el año 2015 abran nuevos centros de trabajo, así como las empresas de nueva creación, cuando incorporen a su plantilla nuevos trabajadores. En estos supuestos las empresas dispondrán de un crédito de bonificaciones cuyo importe resultará de aplicar al número de trabajadores de nueva incorporación la cuantía de 65 euros.

Las empresas que durante el año 2015 concedan permisos individuales de formación a sus trabajadores dispondrán de un crédito de bonificaciones para formación adicional al crédito anual que les correspondería de conformidad con lo establecido en el párrafo primero de este apartado, por el importe que resulte de aplicar los criterios determinados por Orden del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. El crédito adicional asignado al conjunto de las

empresas que concedan los citados permisos no podrá superar el 5 por ciento del crédito establecido en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal para la financiación de las bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social por formación profesional para el empleo.

23) Aplazamiento de la aplicación de la Disposición adicional vigésima octava de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (Disp. Adic. Nonagésima).

Se aplaza la aplicación de lo establecido en la Disposición adicional vigésima octava de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que preveía la presentación de un proyecto de ley para el cómputo, a efectos de Seguridad Social, del período de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria (para compensar la interrupción de la carreras de cotización que se produjo).

24) Integración de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (Disp. Adic. Nonagésima primera).

Los miembros del Cuerpo de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, así como los del Cuerpo de Aspirantes, que ingresen en tales Cuerpos a partir de 1 de enero de 2015, quedarán integrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

Dicha integración se producirá en los términos y condiciones establecidos en dicho Régimen Especial.

25) La Disp. Derogatoria Única lleva a cabo la derogación de la Disposición adicional quincuagésima octava de la LGSS, que preveía la ampliación de la cobertura por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales a todos los Regímenes de la Seguridad Social respecto de los trabajadores que causasen alta a partir de 1 de enero de 2013. La aplicación de esta Disposición fue aplazada por la LGPE para 2013 y para 2014 y finalmente se deroga.

26) Modificación del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (Disp. Final Primera).

Con efectos de 1 de enero de 2015 y vigencia indefinida se modifica el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, en los siguientes términos:

-El artículo 9 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado queda redactado como sigue: «Artículo 9. Derecho de opción por razón de incompatibilidad. En los casos en que asista a una persona derecho al cobro de más de una prestación de Clases Pasivas o de éstas con otra prestación del sistema público de protección social que, de acuerdo con las normas de este texto o con la legislación vigente en cada momento, sean incompatibles en su percibo simultáneo o en el de que, estando en el disfrute de una prestación, adquiriese derecho a otra u otras incompatibles con ella, el interesado podrá ejercer el derecho de opción por el cobro de la prestación que estime más conveniente.»

-Se suprime el último párrafo del apartado cuarto del artículo 38 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

-Se modifica el apartado 2 del artículo 43 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, que queda redactado en los siguientes términos: «2. Lo establecido en los números 4 y 5 del precedente artículo 33 será de aplicación igualmente en los supuestos de orfandad.»

27) Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (Disp. Final Tercera).

Con efectos de 1 de enero de 2015 y vigencia indefinida, se añaden dos nuevos párrafos a la letra a) de la regla tercera del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la LGSS, que pasa a tener la siguiente redacción:

«a) La base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se calculará conforme a la regla general. Para las prestaciones por maternidad y por paternidad, la base reguladora diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365. Para la prestación por incapacidad temporal, la base reguladora diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización a tiempo parcial acreditadas desde la última alta laboral, con un máximo de tres meses inmediatamente anteriores al del hecho causante, entre el número de días naturales comprendidos en el periodo. La prestación económica se abonará durante todos los días naturales en que el interesado se encuentre en la situación de incapacidad temporal.»

28) Modificación de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida (Disp. Final Décima).

Se da nueva redacción a la disposición final segunda de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, para establecer su entrada en vigor a partir del 1 de enero de 2016.

29) Modificación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (Disp. Final Décima sexta).

Se modifica la Disposición final décima de la Ley 27/2011, para establecer su entrada en vigor el 1 de enero de 2016. Dicha Disposición modifica la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo, estableciendo que la actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial. Estos últimos estarán incluidos en el Régimen de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos y se prevé que la Ley podrá establecer un sistema de cotización a tiempo parcial para los trabajadores autónomos, para determinadas actividades o colectivos y durante determinados periodos de su vida laboral. En su defecto, se aplicará la disposición adicional séptima de la LGSS sobre normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial.

8. Real Decreto 1103/2014, de 26 de diciembre, sobre revalorización y complementos de pensiones para el año 2015 y otras normas en materia de Clases Pasivas.- BOE 31 de diciembre de 2014

Mediante este RD se desarrollan, en materia de Clases Pasivas, las previsiones contempladas en la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 (dentro de su título IV y disposiciones concordantes), estableciendo la revalorización de las pensiones en un 0,25 por ciento, cualquiera que sea su legislación reguladora, salvo las excepciones legalmente previstas en la referida ley. Asimismo, se fijan en este RD las reglas y el procedimiento para efectuar la revalorización y el sistema de concesión de complementos económicos para las pensiones mínimas.

Debido a sus especiales características, en un capítulo independiente se establece la revalorización de las pensiones de Clases Pasivas reconocidas al amparo de los reglamentos de la Unión Europea.

Por otro lado, se armonizan con la Seguridad Social los requisitos para la acreditación de la vivencia exigidos a los pensionistas de Clases Pasivas residentes en el extranjero. Asimismo, a fin de agilizar el procedimiento de reintegro de percepciones indebidas, se modifican determinados preceptos del Real Decreto 1134/1997, de 11 de julio, por el que se regula el procedimiento de reintegro de percepciones indebidas y otras normas en materia de clases pasivas.

9. Real Decreto 1107/2014, de 26 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2015.- BOE 31 de diciembre de 2014

De acuerdo con las previsiones legales de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 (dentro de su título IV), este RD establece una revalorización general de las pensiones de la Seguridad Social, incluido el límite máximo de percepción de pensiones públicas, del 0,25 por ciento.

Igualmente, se fija una revalorización del 0,25 por ciento de las cuantías mínimas de las pensiones del sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, de las pensiones no contributivas de dicho sistema, así como de las pensiones no concurrentes del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez. Asimismo, se actualizan las cuantías de las asignaciones a favor de hijos con discapacidad con 18 o más años.

El importe de la pensión, una vez revalorizada, estará limitado a la cantidad de 2.560,88 euros, entendiéndose esta cantidad referida al importe de una mensualidad ordinaria, sin perjuicio de las pagas extraordinarias que pudieran corresponder. Dicho límite mensual será objeto de adecuación en aquellos supuestos en que el pensionista tenga derecho o no a percibir 14 pagas al año, comprendidas en uno u otro caso, las pagas extraordinarias, a los efectos de que la cuantía no supere o pueda alcanzar, respectivamente, 35.852,32 euros, en cómputo anual.

Las pensiones que excedan de 2.560,88 euros mensuales no se revalorizarán, salvo lo señalado en el apartado 2.

La revalorización de las pensiones de gran invalidez se efectuará aplicando las reglas previstas en el apartado 1 de manera separada a la pensión y al complemento. A los efectos del límite máximo señalado en el apartado 2, se computará únicamente la pensión sin complemento.

Se regulan también los complementos por mínimos de las pensiones contributivas, que se causarán cuando la suma, en cómputo anual, de los rendimientos referidos en el apartado anterior y los correspondientes a la pensión resulte inferior a la suma de 7.098,43 euros más el importe, también en cómputo anual, de la cuantía mínima fijada para la clase de pensión de que se trate. Se establecen, además, los complementos por mínimos en función de las diferentes modalidades de convivencia y dependencia económica.

Se establece la revalorización de las pensiones reconocidas en aplicación de normas internacionales, a la cual será de aplicación, respecto de la pensión teórica, el límite máximo y el complemento por mínimos.

Para las pensiones reconocidas al amparo de los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social, será de aplicación lo previsto en el artículo 50 del Reglamento (CEE) n.º 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y en el artículo 58 del Reglamento (CE) n.º 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

Se regula finalmente la financiación de la revalorización de las pensiones, y su gestión y reconocimiento del derecho a la revalorización.

La revalorización de las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva se lleva a cabo fijando para el año 2015, la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez, en su modalidad no contributiva, en 5.136,60 euros íntegros anuales. Para el año 2015, tendrá un importe de 525,00 euros anuales el complemento de pensión establecido en favor del pensionista que acredite fehacientemente carecer de vivienda en propiedad y tener, como residencia habitual, una vivienda alquilada al pensionista cuyo propietario no tenga con él relación de parentesco hasta tercer grado ni sea cónyuge o persona con la que constituya una unión estable y conviva con análoga relación de afectividad a la conyugal. En el caso de unidades familiares en las que convivan varios perceptores de pensiones no contributivas, solo podrá percibir el complemento el titular del contrato de alquiler o, de ser varios, el primero de ellos.

En la Disposición adicional primera se regula la revalorización de las pensiones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Por último, la Disposición adicional quinta regula las prestaciones familiares de la Seguridad Social, conforme a lo dispuesto en la disposición adicional vigésima sexta de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de PGE para 2015.

Crónica de
Doctrina
Judicial y
Novedades
Bibliográficas

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
PROFESORA DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA.

LABORUM

Crónica de Doctrina Judicial

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO)

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

STC núm. 8/2014, de 9 de junio de 2014 (BOE núm. 162, de 4 de julio de 2014). Conflicto constitucional (RTC 2014\88). Conflicto positivo de competencia 6767-2007. Planteado por la Junta de Galicia en relación con el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo.

Competencias en materia laboral y de seguridad social: atribución de competencias de gestión de subvenciones al Servicio Público de Empleo Estatal e invocación de la competencia estatal sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social que vulneran las competencias autonómicas (STC 244/2012). Voto particular.

STC núm. 112/2014, de 7 de julio de 2014 (BOE núm. 189, de 5 de agosto de 2014). Conflicto constitucional (RTC 2014\112). Conflicto positivo de competencia 6735-2007. Planteado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid en relación con diversos preceptos del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo.

Competencias en materia laboral y de seguridad social: atribución de funciones ejecutivas al Servicio Público de Empleo Estatal que vulnera las competencias de la Comunidad de Madrid (STC 88/2014). Voto particular.

STC núm. 123/2014, de 21 de julio de 2014 (BOE núm. 198, de 15 de 2014). Conflicto Constitucional (RTC 2014\123). Conflicto positivo de competencia 6869-2007. Planteado por el Consell de la Generalitat Valenciana, en relación con el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo.

Competencias en materia laboral y de seguridad social: atribución de funciones ejecutivas al Servicio Público de Empleo Estatal que vulnera las competencias autonómicas (STC 88/2014). Voto particular.

4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES)

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN

STS de 19 de abril de 2014. RCUd 522/2013 (RJ 2014\3869). Prestación por riesgo durante el embarazo. Naturaleza jurídica a efectos de la responsabilidad subsidiaria del pago de la prestación. Aunque por disposición legal tiene naturaleza profesional y su anticipo corresponde a la mutua aseguradora en caso de insolvencia empresarial, no hay responsabilidad subsidiaria del INSS, como en las contingencias profesionales propiamente dichas.

6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

STS de 20 de mayo de 2014. RCUd 2201/2013 (RJ 2014\3627). Reclamación de cantidad. Vacaciones no disfrutadas por encontrarse el trabajador en situación de incapacidad temporal: procede el abono de las mismas a la extinción de la relación laboral aunque no se hubiera prestado servicios ningún día en el año.

STS de 3 de junio de 2014. RCUd 2588/2013 (RJ 2014\3373). Incapacidad permanente: flexibilización exigencia requisito alta o asimilada.- Se debe tener por cumplido requisito estar en alta cuando éste concurría al iniciarse acontecer que conduce al hecho causante situación de incapacidad permanente y es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar formalmente en alta o asimilada.- Reitera doctrina, entre otras, SSTs/IV 26-enero-1998 (rcud 1385/1997) y 25-julio-2000 (rcud 4436/1999).

STS de 10 de junio de 2014. RCUd 2546/2013 (RJ 2014\3935). En el supuesto que decide de la sentencia anotada, la actora, encuadrada en el RETA, inicia un proceso de IT el 12-04-11, y el 30-04-11 causa baja en el RETA por cese de actividad, el 23-06-11 es dada de alta en su IT, y el 24-6-11 da a luz, solicitando la prestación por maternidad que el INSS de niega por entender que en el momento del hecho causante no se encontraba en situación asimilada al alta, si bien, deducida la pertinente demanda su pretensión es estimada. EL TS comparte tal parecer y recuerda que la doctrina tradicional de la Sala sobre la cuestión debatida, contempla de manera pacífica que en el caso de prestaciones por maternidad con baja en el RETA por cese de actividad previo, concurre como situación asimilada al alta el período de gracia de 90 días. Señala al efecto que la existencia en el RETA de una situación asimilada al alta específica de dicho Régimen, cual es la establecida en el art. 29 del D 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, que no sólo pervive sino que es incluida en fecha relativamente reciente en el art. 36.1.15 del 3 RD. 84/1996 de 26 de enero que aprobó el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, conduce a entender aplicable esta singular situación de asimilación al alta a los efectos de causar derecho al subsidio de maternidad.

STS de 23 de junio de 2014. RCU 1257/2013 (RJ 2014/4761). Indemnización de daños y perjuicios. El actor sufrió un accidente laboral, por el que percibió prestaciones de incapacidad temporal e Incapacidad Permanente Total. Además, el INSS impuso a la empresa un recargo del 30% en las prestaciones por falta de medidas de seguridad. El actor interpone demanda reclamando una indemnización de daños y perjuicios derivados del AT y el TSJ estima en parte su pretensión. El TS, reunido en Pleno, analiza la doctrina relativa a la valoración de la IP para las indemnizaciones de las lesiones permanentes, teniendo en cuenta que el Baremo no la regula de manera independiente, sino en la Tabla IV como uno de los “factores de corrección”. En concreto, tratándose de una IP hay que distinguir: a) lucro cesante: debe descontarse las prestaciones de Seguridad Social a cargo del empresario y mejoras voluntarias, pero no el recargo; b) el daño moral, el factor de corrección de la Tabla IV sólo atiende al daño moral que supone la IP. Por tanto, a dicha indemnización ha de sumarse la propia de las secuelas y en su caso la de los daños morales complementarios; debiéndose por ello estimar el RCU e incrementar la indemnización a favor del actor por aplicación de tales criterios. Concurre Voto Particular de cinco Magistrados.

STS de 14 de julio de 2014. RCU 3038/2013 (RJ 2014/4057). La sentencia comentada, recordando doctrina previa, declara la compatibilidad de dos pensiones de incapacidad permanente absoluta en dos regímenes distintos de Seguridad Social –primero en el régimen general y luego, por agravación de una inicial incapacidad permanente total por accidente de trabajo, en REM–, cuando ha existido sucesión en actividades laborales que dieron lugar al alta en dos regímenes diferentes de la Seguridad Social si el beneficiario reúne los requisitos legales exigidos en cada uno de ellos y ello con independencia de que se tengan en cuenta para la agravación dolencias ya valoradas en la incapacidad permanente declarada en el otro Régimen. Destaca la Sala que se trata de un supuesto distinto al analizado en TS 5-710 Rec 3367/09, en el que no se partía de cotizaciones suficientes no superpuestas en los distintos Regímenes y se resolvía sobre el tratamiento unitario del estado incapacitante.

Señala el TS en su Fundamento de Derecho Segundo, letra b) que: *En la igualmente referida STS/IV 20-enero-2011 (RJ 2011, 2105) se sistematiza la doctrina de esta Sala, señalando que << La cuestión planteada, que versa sobre el alcance que haya de darse al art. 122LGSS, ha sido resuelta reiteradamente por la Sala... El mencionado precepto establece la incompatibilidad de las pensiones del Régimen General entre sí “cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas”. La tesis del INSS es que ha de aplicarse tal precepto sin distinción, aun cuando se esté en el caso, como aquí sucede, de que las dos pensiones coincidentes en el mismo beneficiario se hayan lucrado, cada una de ellas, en atención exclusivamente a las cotizaciones de regímenes distintos >>, señala que << Como hemos recordado en las dos reciente antes aludidas (SSTTSS de 12-5-2010 (RJ 2010, 5252) y 15-7-2010 (R. 3316/09 y 4445/09), “el ordenamiento de la Seguridad Social no contiene reglas de incompatibilidad de prestaciones de alcance general para todo el sistema”, pues lo que hace el art. 122 LGSS no es sino indicar el mecanismo que rige en el propio régimen General al que se refiere (así lo hemos indicado en las STS de 18-12-2002 (RJ 2003, 2345), R. 173/02, y 5-2-2008 (RJ 2008, 2778), R. 462/07), del mismo modo que, dentro del RETA, lo contempla el art. 34 del Decreto 2530/1970 (RCL 1970, 1501 y 1608). De ahí que esta Sala IV se haya venido pronunciando en múltiples ocasiones a favor de la compatibilidad de*

pensiones de incapacidad permanente generadas en distintos regímenes, como puede observarse en las STS de 29-12-1992 (RJ 1992, 10375), R. 128/92, 20-1-1993 (RJ 1993, 102), R. 1729/91, y 15-3-1996 (RJ 1996, 2074), R. 1316/1995, entre otras >>; recuerda que << Los criterios generales sobre los que se asienta esta doctrina, tal como hizo nuestra precitada sentencia de 15-7-2010 (JUR 2010, 327331), pueden resumirse así: “ a) Los preceptos sobre incompatibilidad de pensiones son normas internas de cada régimen.- b) La incompatibilidad se rige por el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución (así lo recuerda la STS de 5.2.2008 -rcud. 462/2007).- c) En caso de concurrencia de pensiones, lo “jurídicamente correcto” en tal supuesto es reconocer “la nueva pensión”, ya que así se permite que el asegurado “ejercite el derecho de opción que le atribuye el art. 122 de la LGSS “ (STS de 18.12.2002 -rcud. 173/2002).- d) La misma naturaleza contributiva del sistema “determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que las mismas pueden ser aprovechadas, así, en la Disposición Adicional 38ª LGSS “ (STS de 10.5.2006 (RJ 2006, 7989) -rcud. 4521/2004) ” >>; concluyendo que << En suma, en el presente caso, al igual que en nuestro referido precedente, “se trata de la concurrencia de dos pensiones de incapacidad permanente total generadas en regímenes distintos, como consecuencia de cotizaciones no simultáneas y suficientes en cada uno de ellos para lucrarlas, por lo que no le son aplicables ni el art. 122LGSS antes mencionado, ni la Disposición Adicional 38ª del mismo texto legal, en tanto que se refiere a la pluriactividad, cuestión ajena a este litigio”.

STS de 15 de julio de 2014. RCU 2442/2013 (RJ 2014\4421). La sentencia anotada da lugar al recurso de su razón y anula la sentencia recurrida a los efectos de que la sala de suplicación resuelva sobre el grado de incapacidad inferior subsidiariamente pretendido. En el caso, la sentencia recurrida entendió que las dolencias padecidas por la solicitante no le impedían el correcto desempeño de las principales tareas propias de su profesión, no hallándose por tanto en situación de incapacidad permanente total, si bien, guardo silencio sobre la pretensión de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual interesada con carácter subsidiario. La Sala IV con cita y parcial reproducción de doctrina previa sobre la incongruencia como causa de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, afirma que existe una incongruencia omisiva “por error”, pues pese a pedirse en la demandada subsidiariamente la declaración de incapacidad permanente parcial no se entró en su examen, lo que supuso un quebrantamiento del deber referido a decidir “sobre todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate”, lo que determina la anulación de la sentencia recurrida.

STS de 16 de septiembre de 2014. RCU 2431/2013 (RJ 2014\5212). Se trata de un Recurso de Casación para la unificación de doctrina. Prestación por incapacidad permanente (IP). Reconocida por el INSS la IP total, la demanda solicitaba la IP absoluta con una base reguladora superior a la concedida en vía administrativa. La sentencia del Juzgado estima íntegramente la demanda pero la Sala de Suplicación la revoca sin analizar la cuestión de la base reguladora. El único motivo de casación admitido invoca como contraste una sentencia del Tribunal Constitucional. Nulidad de la sentencia recurrida por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial.

STS de 30 de septiembre de 2014. Err. Jud. 9/2013 (RJ 2014\5055). Error judicial. El actor había interpuesto demanda contra el INSS, TGSS, Mutua y empresa sobre determinación de la contingencia de la IPT reconocida. La sentencia del Juzgado de Instancia desestima la demanda y advierte que contra la misma cabe recurso de suplicación, que no fue interpuesto por el actor. El actor interpone demanda de error judicial al entender que dicha sentencia aprecia la caducidad por no constar en autos la notificación de la resolución administrativa, cuando dicha notificación consta en un folio determinado que no fue apreciado por el juzgador. El TS examina los requisitos del procedimiento de error judicial entendiendo que el error debe ser imputable de forma culpable e injustificada al Tribunal que lo cometió, que ha de dimanar de una resolución judicial firme injusta o equivocada y viciada de un error patente, indubitado e incontestable y que el daño producido ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, debiendo además haber agotado quien lo invoca todos los recursos que prevé la ley, incluso el RCU. En este caso, el actor no agotó el recurso de suplicación contra la sentencia de Instancia, por lo que no es posible acudir a esta vía del error, teniendo además en cuenta que la demanda está caducada al haber transcurrido más de tres meses desde la notificación de la sentencia referida.

6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad

STS de 10 de junio de 2014. RCU 2546/2013 (RJ 2014\3935). RETA. A efectos de prestación por maternidad es situación asimilada al alta la de la trabajadora en los 90 días siguientes a la baja en el sistema incluso tras la promulgación del RD 295/2009. Principio de especialidad de la norma aplicable.

STS de 19 de mayo de 2014. RCU 522/13 (RJ 2014\3869). Prestación por riesgo durante el embarazo. Naturaleza jurídica a efectos de la responsabilidad subsidiaria del pago de la prestación. No procede exigir la responsabilidad subsidiaria del INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, en el caso de insolvencia empresarial, al no tratarse de una prestación de naturaleza “preventiva” y no “lesiva”, cuya cualidad de “profesional” no se predica de la contingencia sino solo de la prestación.

STS de 10 de junio de 2014. RCU 2546/13 (RJ 2014\3935). RETA. A efectos de prestación por maternidad es situación asimilada al alta la de la trabajadora en los 90 días siguientes a la baja en el sistema incluso tras la promulgación del RD 295/2009. Principio de especialidad de la norma aplicable.

STJUE de 22 de octubre de 2014, Asunto C-252/13. Comisión contra Países Bajos. Incumplimiento de Estado – Directivas 2002/73/CE y 2006/54/CE – Igualdad de trato entre hombres y mujeres – Empleo y ocupación – Acceso al empleo – Reintegración tras un permiso de maternidad – Requisitos de forma del escrito de interposición del recurso – Exposición coherente de las imputaciones – Formulación inequívoca de las pretensiones.

El Tribunal de Justicia (Sala Sexta) decide:

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Condenar en costas a la Comisión Europea.

6.3. Jubilación

STEDH de 24 de abril de 2014, Caso Marija Bozic contra Croacia (TEDH 2014\25). Protección de la propiedad: Injerencia ilegal: respeto de los bienes: jurisdicción y proceso social: pensión de jubilación: reconocimiento tardío del derecho: privación del pago por periodo de once años: ausencia de compensación por parte de las autoridades nacionales pese a haber reconocido su error: injerencia en el disfrute pacífico de los bienes prevista por ley, que no persigue un objetivo legítimo, que constituye una carga excesiva para la demandante y que no supone un justo equilibrio entre el interés general y sus derechos: violación existente.

En su fundamento jurídico número 56 y 57 este tribunal ha declarado que: ... el riesgo de cualquier error cometido por una autoridad estatal, debe ser asumido por el Estado y los errores no deben ser remediados a expensas de la persona en cuestión (véase, *Gashi contra Croacia*, núm. 32457/05, ap. 40, *de 13 de diciembre de 2007 [JUR 2007, 351854]*; y *Gladysheva contra Rusia*, núm. 7097/10, ap. 80, *de 6 de Diciembre de 2011 [JUR 2011, 416823]*). Las conclusiones alcanzadas por la Oficina Central en 2012, conducen inevitablemente a la conclusión de que la demandante estaba cualificada para recibir una pensión de jubilación, ya en noviembre de 2000. Por lo tanto, la Oficina Central admitió efectivamente sus propios errores cometidos durante su gestión en la situación previa de la demandante. En este sentido, el Tribunal considera que los errores cometidos por las autoridades estatales, deben atenderse en beneficio de las personas afectadas, en especial cuando otros intereses privados en conflicto, se encuentran en juego.

Otra importante consideración por parte del Tribunal, es si el derecho de la demandante a obtener una prestación, se ha infringido de manera que conlleve al deterioro de la esencia de su derecho de pensión (véase, *Kjartan Asmundsson [TEDH 2004, 75]*, op.cit., ap. 39; y *Domalewski contra Polonia (dec.)*, núm. 34610/97, TEDH 1999-V). A este respecto, el Tribunal no puede pasar por alto el hecho de que, a pesar de que la pensión de la demandante fue concedida de acuerdo con la ley (véase, supra, ap.55), la injerencia en el disfrute de la prestación, le privó del pago de la pensión correspondiente a 128 meses, que la demandante esperaba razonablemente recibir entre noviembre de 2000 y agosto de 2011. En opinión del Tribunal, la injerencia en cuestión constituye una carga en la demandante, individual y excesiva (véase, *Sporrong y Lönnroth [TEDH 1982, 5]*, op.cit., ap. 73). Dicha carga se podría haber disminuido únicamente si en el año 2013, la demandante hubiera sido capaz de obtener su pensión a partir de la fecha inicial, es decir, desde noviembre de 2000. Dado que esta opción fue excluida en virtud de la legislación croata, el Tribunal considera que la esencia del derecho a una pensión por parte de la demandante se ha visto dañado.

STS de 17 de julio de 2014. RCU 2298/13 (RJ 2014\4537). Acceso a suplicación. Prestaciones seguridad social. Determinación de la cuantía. Diferencias sobre prestación previamente reconocida. Improcedencia por razón de la cuantía: prestaciones de Seguridad Social por razón de jubilación. Se reclaman las diferencias entre la pensión reconocida y la pensión pretendida: las diferencias anuales no exceden de 3000 euros y no concurre afectación general.

STJUE de 26 de junio de 2014, Caso Sukhanov E Ilchenko contra Ucrania (JUR 2014\176909). PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD: Injerencia ilegal: respeto de los

bienes: pensión de jubilación: reducción e interrupción del suplemento especial aplicado a los «hijos de la guerra»: necesidad de determinación del importe del suplemento por parte del Gabinete de Ministros: inactividad: existencia de una expectativa legítima: injerencia injustificada: violación existente

STS de 17 de junio de 2014. RCU 1441/2013 (RJ 2014\3774). Se plantea si es correcta la jubilación forzosa a los 65 años del trabajador que ha acordado la empleadora y en concreto si las medidas para el sostenimiento del empleo que contiene el Convenio Colectivo para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos, industriales, droguería, perfumería y afines responde o a las exigencias de la DA 10ª, en la redacción de la Ley 14/2005. La Sala IV recuerda doctrina que señala que la vinculación supone un expreso enlace entre cese y medidas acordadas y, aunque pueden estar en un precepto diferente al que regula la jubilación obligatoria, ha de constar de forma clara su relación con la misma. Por ello basta con que en distintos lugares del Convenio se regulen medidas que favorezcan la estabilidad del empleo, su fomento, incremento y calidad dado que el Convenio constituye un todo, donde todas sus cláusulas están relacionadas. En el caso resulta que, además de la no amortización del puesto de trabajo ocupado por el jubilado que se deriva del art. 84 del Convenio como principal medida de protección y preservación del empleo, otros preceptos contemplan dicha cuestión como la transformación de contratos temporales en indefinidos y, en general, se dirigen a favorecer la calidad del empleo existente, lo que permite justificar la jubilación forzosa en los términos de la DA 10ª.

6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

STC núm. 92/2014 de 10 junio de 2014 (BOE núm. 162, de 4 de julio de 2014). Recurso de inconstitucionalidad (RTC 2014\92). Cuestión interna de inconstitucionalidad 693-2013. Planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 174.1 de la Ley general de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Prohibición de discriminación por razón de sexo: constitucionalidad del precepto legal que limita el reconocimiento de la pensión de viudedad al cónyuge supérstite (STC 41/2013). Voto particular.

Fundamenta el TC lo siguiente: *Dentro de ese amplio margen de apreciación, el legislador en la LGSS de 1994 decidió perfilar una pensión de viudedad que si bien, como este Tribunal ha tenido ocasión de señalar, no responde a la existencia de una situación de necesidad, sino “a la compensación de un daño cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges)” (STC 41/2013, FJ 4), se restringe a los supuestos en los que existe un vínculo matrimonial entre causante y beneficiario como forma singular de protección de la unión familiar que cumple con determinados requisitos legales, que son los del matrimonio. No estaba, pues, entonces concebida la pensión de viudedad como una institución llamada, sin más, a compensar el daño de la minoración de ingresos sufrida por el superviviente de una pareja, sino a compensar ese daño cuando se producía en el ámbito de la familia sustentada en el previo matrimonio.*

Las uniones de hecho heterosexuales resultaban excluidas del acceso a la pensión porque pudiendo acceder al matrimonio decidían libremente no hacerlo y, por tanto, no cumplir con los requisitos legales, debiendo, por tanto, correr con las consecuencias de ello (STC 184/1990 [RTC 1990, 184], FJ 1). Las uniones homosexuales quedaban fuera de la esfera de protección porque la configuración del matrimonio en aquel momento –lo que habría de cambiar después– era una configuración clásica o tradicional del mismo, que respondía a la idea de que uniones homosexuales y heterosexuales tenían una funcionalidad distinta dentro de la sociedad. Conviene recordar a estos efectos que, como tuvimos ocasión de señalar, la extensión de la pensión de viudedad a quienes convivían de forma estable extramatrimonialmente estaba lejos de ser la pauta en la legislación internacional y en el Derecho comparado en aquel momento [STC 184/1990 (FJ 5)]. Es más, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que tuvo ocasión de pronunciarse, en el caso Mata Estévez c. España, sobre la conformidad al derecho a la igualdad y a la no discriminación del sistema español que vinculaba el acceso a la pensión de viudedad a la previa existencia de vínculo matrimonial, afirmó, en su sentencia de 10 de mayo de 2001, que tal regulación no era discriminatoria puesto que perseguía un fin legítimo –“a saber, la protección de la familia fundada en los vínculos del matrimonio”– y existía una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin en cuestión. El Tribunal estimó, pues, que el trato diferenciado dispensado a las relaciones homosexuales entraba dentro del legítimo margen de apreciación del Estado. Idea que ha reiterado más recientemente, en su sentencia de 24 de junio de 2010 (JUR 2010, 211641) (caso Schalk and Kopf c. Austria, § 108), en la cual ante la alegación de los demandantes de que si un Estado ofrece a las parejas de un mismo sexo un medio de reconocimiento alternativo al matrimonio, está obligado a otorgarles un estatus que se corresponda a todos los efectos con el propio de la institución matrimonial, el Tribunal afirma no compartir ese argumento, al entender que “los Estados disfrutaban de un cierto margen de apreciación respecto de la situación concreta derivada de los medios alternativos de reconocimiento”.

Así lo ha sostenido también este Tribunal que, recientemente, en su STC 41/2013 (RTC 2013, 41) (FJ 3), recordaba que “se ha venido considerando de forma reiterada por nuestra doctrina que la exclusión de las parejas de hecho de la protección dispensada en materia de pensión de viudedad por el sistema público de Seguridad Social no resulta contraria a la Constitución, sin perjuicio de que, como también hemos tenido ocasión de advertir en esa misma doctrina, tampoco existe obstáculo constitucional alguno a que el legislador pueda extender la protección de la pensión de viudedad a las uniones de hecho estables, heterosexuales u homosexuales”.

Ha de ser, por tanto, el legislador (...) al hilo de los cambios sociales, cuál es el momento en que procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance. Así lo ha hecho el legislador con posterioridad, tanto con la regulación del matrimonio homosexual en la Ley 13/2005, de 1 de julio (RCL 2005, 1407), por la que se modifica el Código Civil (LEG 1889, 27) en materia de derecho a contraer matrimonio, lo que permite a los cónyuges supervivientes de matrimonios homosexuales solicitar la correspondiente pensión de viudedad, como con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre (RCL 2007, 2208), que extiende este beneficio, con ciertas limitaciones y requisitos, a todas las parejas de hecho estables, tanto heterosexuales como homosexuales, previendo, además, en su Disposición adicional 3ª, su aplicación a situaciones acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor. Una decisión de política legislativa ciertamente legítima (STC 41/2013

[RTC 2013, 41], FJ 3), como también lo era, no obstante, la anterior, que ninguna tacha ofrecía, por las razones ya expuestas, desde la perspectiva del art. 14 CE (RCL 1978, 2836).

Por su parte el voto particular a esta sentencia sostiene que: ... fundamentar la exclusión en lo que se califica como distinta funcionalidad de la unión de hecho homosexual frente a la familia sustentada en el previo matrimonio me parece emplear un argumento sencillamente inaceptable en el juicio de constitucionalidad que se nos demandaba. Dicha distinción, que no aparece mínimamente explicada, desconoce la doctrina consolidada de este Tribunal que ha negado la posibilidad de considerar que la Constitución permita diferenciar, sin justificación suficiente, entre familia tradicional fundada en el matrimonio y otros tipos de familia (así, en la STC 222/1992, de 11 de diciembre [RTC 1992, 222], FJ 5). En aquella ocasión el Tribunal una vez consideró que la Constitución no impone una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales se preguntó si, a pesar de ello, cabía diferenciar en atención a la idea de la familia matrimonial (que no es otra cosa que la que ahora aparece como familia sustentada en el previo matrimonio). La respuesta fue que para poder considerar admisible esa diferencia de trato es necesaria una justificación más allá de la de que se trata de una pareja vinculada por matrimonio. Por tanto, la justificación de la diferencia de trato en la distinta funcionalidad que cumplen las uniones heterosexuales matrimoniales, sin mayor argumentación, no es constitucionalmente admisible. Para poder considerar admisible una diferencia de trato entre la unión fundada en el matrimonio y otro tipo de uniones es necesaria una justificación específica, más allá de la de que se trata de una unión con una funcionalidad distinta, sea esta cuál fuere y que la mayoría no estima necesario explicar.

Tampoco comprendo las alusiones de la Sentencia a la supuesta actuación retrospectiva de este Tribunal. Si con ello se pretende decir que la conclusión estimatoria está impedida por el hecho de que en 2014 no podríamos declarar la inconstitucionalidad de una norma aprobada en 1998, me parece que con ello la mayoría se impone una autolimitación incompatible con la función constitucional que este Tribunal tiene asignada, pues, tanto el entorno social como la doctrina de este Tribunal han evolucionado desde el año 1998, de manera que el test de razonabilidad de la norma ha de ser aplicado en el momento en el que la misma se enjuicia y conforme a los criterios actuales de enjuiciamiento. Pero, sobre todo, desconoce que el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes no tiene un sentido histórico sino una función nomofiláctica o de depuración del ordenamiento jurídico de Leyes inconstitucionales, finalidad a la que atienden tanto la cuestión como el recurso de inconstitucionalidad (en ese sentido, SSTC 90/1994, de 17 de marzo [RTC 1994, 90], FJ 2, o 102/1995, de 26 de junio [RTC 1995, 102], FJ 2).

Esto es, el cambio de circunstancias sobrevenido ha de ser necesariamente tenido en cuenta en la interpretación constitucionalmente admisible del precepto. En este sentido la necesidad de una interpretación evolutiva del texto constitucional ya ha sido reconocida por este Tribunal (STC 198/2012, de 6 de noviembre [RTC 2012, 198], FJ 12), según la cual "...el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta". Necesidad tanto mayor cuanto que se trata de un problema que, hasta la fecha, no se había planteado directamente ante este Tribunal y le

permite actualizar el sistema de valores que la Constitución consagra. Por lo demás, el examen de las normas atendiendo a las circunstancias presentes en el momento de su enjuiciamiento y no al momento en que la norma fue aprobada es práctica habitual de este Tribunal, como la resolución de controversias competenciales pone de manifiesto (así, en la STC 1/2003, de 16 de enero [RTC 2003, 1], 162/2009, de 29 de junio [RTC 2009, 162], y 159/2012, de 17 de septiembre [RTC 2012, 159]). Si esa es la práctica del Tribunal al resolver controversias competenciales, tanto más ha de serlo cuando lo que está en juego es la aplicación de las prohibiciones de discriminación del art. 14 CE...

STC núm. 93/2014, de 12 de junio de 2014 (BOE núm. 162, de 4 de julio de 2014). Recurso de inconstitucionalidad (RTC 2014\93). Recurso de amparo 6704-2004. Promovido por don Arturo F. L. respecto de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y de un Juzgado de lo Social de Gijón que desestimaron su demanda sobre pensión de viudedad.

Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a no padecer discriminación por razón de sexo: denegación de pensión de viudedad al supérstite de una unión homosexual (STC 92/2014). Voto particular.

STC núm. 98/2014, de 23 de junio de 2014 (BOE núm. 177, de 22 de julio de 2014). Recurso de Amparo (RTC 2014\98). Recurso de amparo 734-2005. Promovido por doña María Isabel Andrés Barquín en relación con las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y un Juzgado de lo Social de Málaga que desestimaron su demanda sobre pensión de viudedad.

Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a no padecer discriminación por razón de orientación sexual: denegación de pensión de viudedad al supérstite de una unión homosexual (STC 92/2014). Voto particular.

STC núm. 115/2014, de 8 de julio de 2014 (BOE núm. 189, de 5 de agosto de 2014). Recurso de Amparo (RTC 2014\115). Recurso de amparo 1326-2007. Promovido por don Miguel Bellido Valenzuela en relación con la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que desestimó su demanda sobre pensión de viudedad.

Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a no padecer discriminación por razón de orientación sexual: denegación de pensión de viudedad al supérstite de una unión homosexual (STC 92/2014). Voto particular.

STC núm. 116/2014, de 8 de julio de 2014 (BOE núm. 189, de 5 de agosto de 2014). Recurso de Amparo (RTC 2014\116). Recurso de amparo 2512-2007. Promovido por don Jesús Manuel García-Calvo Rodríguez en relación con la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que desestimó su demanda sobre pensión de viudedad.

Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a no padecer discriminación por razón de orientación sexual: denegación de pensión de viudedad al supérstite de una unión homosexual (STC 92/2014). Voto particular.

STC núm. 124/2014, de 21 de julio de 2014 (BOE núm. 198, de 15 de 2014). **Recurso de Amparo (RTC 2014\124).** Recurso de amparo 2201-2008. Promovido por don Guillermo Malcolm Mahoney Morton respecto de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y de un Juzgado de lo Social que desestimaron su demanda sobre pensión de viudedad.

Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a no padecer discriminación por razón de orientación sexual: denegación de pensión de viudedad al supérstite de una unión homosexual (STC 92/2014). Votos particulares.

STS de 20 de mayo de 2014. RCUd 1738/2013 (RJ 2014\3233). Viudedad. Necesidad constitución o inscripción formal pareja de hecho. Distinción: parejas de hecho formalizadas o “de derecho” y genuinas “parejas de hecho”, se mantiene tras STC 11-3-2014 e inconstitucionalidad párrafo quinto art. 174.3 LGSS.

STS de 12 de mayo de 2014. RCUd 2424/13 (RJ 2014\4211). Pensión de orfandad. Huérfana nacida de una pareja de hecho no formalizada, en la que el miembro supérstite no tiene derecho a pensión de viudedad por no haber estado casada, ni haber constituido pareja de hecho con el causante en los términos del art. 174.3 de la LGSS. En este caso la huérfana de padre no tiene derecho a un incremento de la pensión de orfandad del 52%. Interpretación de la expresión orfandad “absoluta”: es la falta de ambos progenitores o, en su caso, que a la ausencia de uno se añada que el otro sea desconocido o que el sobreviviente haya sido declarado responsable de violencia de género en los términos legalmente establecidos y cuando el que quede carezca de medios suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad siendo necesario acreditarlo en este caso.

STS de 20 de mayo de 2014. RCUd 1738/13 (RJ 2014\3233). Viudedad. Necesidad constitución o inscripción formal pareja de hecho. Distinción: parejas de hecho formalizadas o “de derecho” y genuinas “parejas de hecho”, se mantiene tras STC 11-3-2014 e inconstitucionalidad párrafo quinto art. 174.3 LGSS.

STEDH de 1 de julio de 2014, Caso Ruszkowska contra Polonia (TEDH 2014\46). PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN: Diferencias de trato legislativo: pensión de orfandad: discriminación en relación con el derecho a la protección de la propiedad de la distribución del importe entre hijos biológicos e hijos de acogida, tras la solicitud de disolución del acogimiento familiar: consideración en el reparto de los hijos en acogida que convivían con ellos en el momento del fallecimiento del padre: ausencia de pruebas del impacto en la situación económica de la demandante y sus hijos biológicos: discriminación inexistente.

En el Fundamento de Derecho número 48 y siguientes del TEDH ha declarado: *El Tribunal ha declarado que todos los principios que se aplican generalmente en los casos relativos al artículo 1 del Protocolo núm. 1 (RCL 1999, 1190, 1572) son igualmente relevantes cuando se refiere a beneficios sobre bienestar (Andrejeva contra Letonia [GS] [JUR 2009, 69380], núm. 55707/00, ap. 77, TEDH 2009ibid., ap. 54). Por tanto, el artículo 1 del Protocolo núm. 1 no garantiza en tanto que tal ningún derecho a convertirse en el propietario de un bien (véase Kopecký contra Slovakia [GS] [TEDH 2004, 62], núm. 44912/98, ap. 35 (b), TEDH 2004-IX). Ni garantiza como tal ningún derecho a una pensión*

de una cantidad concreta (véase, por ejemplo, Domalewski contra Polonia (dec.), núm. 34610/97, TEDH 1999-V; y Janković contra Croacia (dec.), núm. 43440/98, TEDH 2000-X). Asimismo, el artículo 1 del Protocolo núm. 1 no restringe en ningún modo la libertad de los Estados Contratantes de decidir si poner en marcha o no algún tipo de sistema de seguridad social, o de elegir el tipo o cuantía de la prestación a proveer conforme a dicho sistema. No obstante, si un Estado Contratante tiene una legislación en vigor que prevé el pago como un derecho a una prestación de bienestar –ya sea condicionada o no al previo pago de las contribuciones– que la legislación debe considerarse como generadora de un interés pecuniario que entra dentro del ámbito del artículo 1 del Protocolo núm. 1 para las personas que cumplan las condiciones (ver Stec y otros contra el Reino Unido (dec.) [TEDH 2006, 28] GC núms. 65731/01 y 65900/01, ap. 54, TEDH 2005-X y Muñoz Díaz contra España, núm. 49151/07, ap. 44, 8 de diciembre de 2009 [TEDH 2009, 140]).

(...) Debido a que la demandante se queja sobre desigualdades en el sistema de bienestar, el Tribunal señala que el artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio no incluye un derecho a adquirir una propiedad. No restringe la libertad de los Estados Contratantes a decidir si se aplica o no cualquier forma de sistema de seguridad social, o de elegir el tipo o cantidad de prestaciones a proveer bajo tal sistema. No obstante, si un Estado decide crear un esquema de prestaciones o pensiones, deberá hacerlo de tal manera que sea compatible con el artículo 14 del Convenio (véase Stec y Otros contra el Reino Unido [GS] [TJCE 2006, 28], ya citado, ap. 53, y Şerife Yiğit contra Turquía [GS] [TEDH 2009, 13], núm. 3976/05, ap. 58, 2 de noviembre de 2010).

STS de 21 de julio de 2014. RCU 2074/2013 (RJ 2014/4784). Viudedad: Disposición Transitoria 18ª LGSS. El fallecimiento posterior a 1 de enero de 2008 no está excluido del requisito de que entre el divorcio y el óbito hayan transcurrido menos de 10 años.

Tal y como declara el Alto Tribunal en su Fundamento de Derecho Segundo, apartado 2: *Esta Sala IV se ha pronunciado respecto de la interpretación de la Disp. Trans. 18ª LGSS (RCL 1994, 1825) en múltiples ocasiones... Ciertamente, como la sentencia recurrida reproduce, en la STS/4ª de 19 julio 2012 decíamos que “... la aplicación de esta Disposición Transitoria Decimoctava, que permite aplicar la exención del requisito de la pensión compensatoria a supuestos de separación o divorcio anteriores al 1/1/2008, exige que se den algunas condiciones (entre otras que entre la fecha de la separación o divorcio y la del fallecimiento del causante no hayan transcurrido más de diez años). Pero dicha Disposición Transitoria 18ª termina diciendo: “Lo dispuesto en esta Disposición Transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley “ (en la redacción actualmente vigente, que contiene ya la nueva redacción con efectos, en principio, a partir de 1 de enero de 2010): es decir, se adelanta en dos años la aplicación de la exención del requisito de la pensión compensatoria y sin condicionamiento alguno: los condicionamientos solamente jugarán para supuestos de fallecimientos anteriores al 1 de enero de 2008”. Pero el texto seguía diciendo: “Por lo tanto, en nuestro caso se aplica el artículo 174.2LGSS en su nueva redacción por haberse producido el fallecimiento el día 21 de agosto de 2009”.*

STEDH de 4 de septiembre de 2014, Caso Peter contra Alemania (TEDH 2014\62). PROCESO EQUITATIVO Y DILACIONES-PLAZO RAZONABLE: Complejidad del asunto: procedimiento laboral: pensión de viudedad de miembro superviviente de unión civil: planteamiento de recurso ante el Tribunal constitucional alemán para el examen de la constitucionalidad de la denegación de la aplicación retroactiva de la modificación legislativa llevada a cabo: transcurso de más de cuatro años y seis meses: duración inusualmente larga aunque no excesiva, al haberse decidido esperar a la resolución por el tribunal de una cuestión similar: violación inexistente. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO: Ámbito: en dilaciones procesales: existencia de recurso efectivo interno para hacer valer la queja de duración excesiva del proceso: el hecho de que no se les concediera la indemnización no hace el recurso no efectivo: violación inexistente

STS de 23 de septiembre de 2014. RCU 2339/2013 (RJ 2014\5127). Se suscita en el recurso que resuelve esta sentencia el caso de la ejecución de una sentencia firme que reconoce el derecho al incremento de una pensión de orfandad con la de viudedad por no existir beneficiario de esta última, cuando unos días después de interpuesta la demanda se reconoció en otra Dirección Provincial del INSS una pensión de viudedad a una persona distinta de la madre de la huérfana, y casi dos años más tarde, el INSS revisa la pensión de orfandad al constatar la existencia de la indicada pensión de viudedad, con reclamación de prestaciones indebidas. En suplicación se entiende que el fallo favorable a la demandante no puede dejarse sin efecto por la posterior resolución del INSS, toda vez que ya antes de la celebración del juicio en la instancia, se había reconocido pensión de viudedad a la que fue anterior cónyuge del causante. No obstante, la Sala no puede entrar en el fondo del asunto por faltar la contradicción precisa, pues los hechos analizados son distintos y además las sentencias aplican la misma doctrina, difiriendo tan solo en que la de contradicción se refiere a hechos que se consideran futuros y la recurrida a hechos calificados de presentes.

6.5. Prestaciones familiares

STJUE de 6 de noviembre de 2014, Asunto C-4/13. Caso Fassbender-Firman. Seguridad social – Reglamento (CEE) nº 1408/71 – Prestaciones familiares – Normas en caso de acumulación de derechos a prestaciones familiares.

El Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

El artículo 76, apartado 2, del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, tal como fue modificado por el Reglamento (CE) nº 1606/98 del Consejo, de 29 junio de 1998, debe interpretarse en el sentido de que autoriza al Estado miembro de empleo a establecer en su legislación una suspensión del derecho a las prestaciones familiares por parte de la institución competente cuando no se haya presentado una solicitud de prestaciones familiares en el Estado miembro de residencia. En esas circunstancias, si el Estado miembro de empleo establece en su legislación nacional tal suspensión del derecho a las prestaciones familiares, la institución competente estará obligada a aplicar esa suspensión, en virtud de dicho artículo

76, apartado 2, siempre que concurren los requisitos de aplicación de dicha suspensión fijados por esa legislación, sin disponer de una facultad de apreciación al respecto.

6.6. Desempleo

STS de 16 de julio de 2014. RCU 2387/13 (RJ 2014\4427). Subsidio de desempleo. Cómputo de rentas. Premio de 6000 euros obtenido en un concurso. No se computa por su totalidad sino conforme a la regla establecida, como fruto o renta, en el artículo 215.3.2 de la LGSS cito la STS de 28/09/2012 (r.c.u.d. 3321/2011).

El Alto Tribunal en su fundamento de Derecho sexto declara que: *La doctrina sentada es acorde con la interpretación jurisprudencial vigente del artículo 215-3-2 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825) que, a efectos de determinar el requisito de carencia de rentas que condiciona el derecho al subsidio de desempleo, considera rentas a los rendimientos del capital y de otros derechos o actividades económicas, así como a las plusvalías obtenidas y, a falta de datos, al porcentaje resultante de aplicar al valor del patrimonio un interés de la mitad del interés legal vigente. Este precepto corrobora que, cuando se trata de prestaciones no contributivas, para el cálculo de las rentas del beneficiario no puede computarse el valor del patrimonio heredado, sino la renta que produce, incluso cuando se vende, supuesto en el que sólo se computan como renta las plusvalías, cual ha reiterado este Tribunal en la sentencia antes citada y en la de 28 de octubre de 2010 (RJ 2010, 8466) (Rcud. 706/2010), así como en las que esta cita.*”.

No empecé lo anterior que en reciente reforma de las normas fiscales se haya impuesto directamente un gravamen sobre los premios obtenidos en juegos de azar que recae sobre la totalidad de su importe, ya que la naturaleza y caracteres del ingreso permanece idéntico y no cabe extrapolar el gravamen del 20% a una noción como es el cómputo de rentas dado que ni tan siquiera el artículo 215 se ha visto modificado. Deberá por lo tanto considerarse congruente con la anterior doctrina continuar valorando el ingreso del premio como renta, por un valor ideal en la forma establecida por el artículo 215.3 de la L.G.S.S., entendiendo como buena doctrina la aplicada por la sentencia recurrida. En consecuencia, se desestima el recurso, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, sin que haya lugar a la imposición de las costas, a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la L.J.S. Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del recurso.

STS de 16 de julio de 2014. RCU 2387/2013 (RJ 2014\4427). Reintegro de prestaciones. La demandante ha venido percibiendo el subsidio de desempleo hasta que por resolución del SPEE del año 2010 se acuerda su extinción y la percepción indebida de un determinado periodo, por estimar que ha percibido rentas superiores al 75% del SMI. En el año 2008 la actora percibió en concepto de premio de un juego la cantidad de 6.000 euros. EL TSJ estima su pretensión por entender que dicha cantidad no constituye renta a los efectos del subsidio de desempleo. El TS también deja sin efecto la resolución impugnada, dado que el concepto de “renta” se puede interpretar en dos sentidos: renta como producto o rendimiento que dimana de un bien, que se denomina capitalizado, denominado fruto civil, y renta como pago periódico de forma vitalicia, perpetua o temporal, ligado a un capital entregado al deudor. Y en este caso, el premio obtenido en un concurso no se obtiene en periodos regulares, sino que es no regular y por una sola vez, por lo que constituye una

ganancia patrimonial, no una renta. Y por tanto, se aplicará a su valor el 50% del tipo de interés legal del dinero vigente y no la totalidad de la ganancia obtenida.

6.7. Prestaciones Sanitarias

STJUE de 9 de octubre de 2014, Asunto C-268/13. Caso Elena Petru contra Casa Județeană de Asigurări de Sănătate Sibiu y Casa Națională de Asigurări de Sănătate (TJCE 2014)310). Cuestiones particulares de las prestaciones: Enfermedad y maternidad: Trabajadores por cuenta propia o ajena y miembros de sus familias: desplazamiento a otro Estado miembro para recibir la asistencia apropiada: autorización por la institución competente: derechos del trabajador (artículos 22.1 c) i) y 22.2 del Reglamento 1408/71]; requisitos: ser un tratamiento habitual en el Estado miembro de residencia del interesado e imposibilidad de ofrecer tratamiento similar y en tiempo oportuno en el Estado miembro de afiliación: inclusión: estimación: asistencia hospitalaria que no puede dispensarse en tiempo útil en el Estado miembro de residencia del asegurado debido a la falta de medicamentos y de material sanitario de primera necesidad, teniendo en cuenta el conjunto de hospitales de dicho Estado miembro y que pueda obtenerse en tiempo útil.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara: *El artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento (CEE) n° 1408/71 (LCEur 1997, 199) del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n° 118/97 (LCEur 1997, 198) del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, con las modificaciones introducidas por el Reglamento (CE) n° 592/2008 (LCEur 2008, 1069) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, debe interpretarse en el sentido de que la autorización requerida por el apartado 1, letra c), inciso i), de ese mismo artículo no puede denegarse cuando la asistencia hospitalaria de que se trata no puede dispensarse en tiempo útil en el Estado miembro de residencia del asegurado debido a la falta de medicamentos y de material sanitario de primera necesidad. Tal imposibilidad debe apreciarse en el conjunto de hospitales de dicho Estado miembro que pueden dispensar esa asistencia y a la vista del lapso de tiempo durante el que esta última puede obtenerse en tiempo útil.*

7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES

STJUE de 11 de noviembre de 2014, Asunto C-333/13. Caso Dano y Jobcenter Leipzig (TJCE 2014)311). Libre circulación de personas – Ciudadanía de la Unión – Igualdad de trato – Nacionales de un Estado miembro sin actividad económica que residen en el territorio de otro Estado miembro – Exclusión de estas personas de las prestaciones especiales en metálico no contributivas en virtud del Reglamento (CE) n° 883/2004 – Directiva 2004/38/CE – Derecho de residencia por un período superior a tres meses – Artículos 7, apartado 1, letra b) y 24 – Requisito de recursos suficientes.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión

modificada por el Reglamento (UE) nº 1244/2010 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2010, debe interpretarse en el sentido de que las «prestaciones especiales en metálico no contributivas» en el sentido de los artículos 3, apartado 3, y 70 de dicho Reglamento están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 4 de ese mismo Reglamento.

2) El artículo 24, apartado 1, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE en relación con el artículo 7, apartado 1, letra b), de ésta, y el artículo 4 del Reglamento nº 883/2004, en su versión modificada por el Reglamento nº 1244/2010, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la normativa de un Estado miembro en virtud de la cual se excluye a nacionales de otros Estados miembros de la percepción de determinadas «prestaciones especiales en metálico no contributivas» en el sentido del artículo 70, apartado 2, del Reglamento nº 883/2004, siendo así que tales prestaciones se garantizan a los nacionales del Estado miembro de acogida que se encuentran en la misma situación, en la medida en que dichos nacionales de otros Estados miembros no disfruten del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 en el Estado miembro de acogida.

3) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es competente para responder a la cuarta cuestión prejudicial.

8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

STS de 11 de junio de 2014. RCU D 2385/2013 (RJ 2014\4527). Falta de contradicción; cálculo de la pensión de IPT en Régimen General para la profesión habitual (monitora de comedor): eficacia de la cotización efectuada en virtud de convenio especial como cuidadora no profesional de persona en situación de dependencia.

9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

9.1. Mejoras Voluntarias

STS de 22 de septiembre de 2014. RC 224/2013 (JUR 2014\276455). Reclamación de la regularización del complemento satisfecho por Hunosa que sumado a las prestaciones por desempleo garantice a los trabajadores de los centros radicados en Asturias hasta alcanzar la edad de jubilación la menor de las siguientes cantidades: a) 100% del salario neto de referencia. B) en términos netos, la base máxima de cotización por contingencias de accidente de trabajo en la fecha de extinción de la relación laboral, participando al 100% por SEPI hasta la jubilación. Incompetencia de jurisdicción. Desestima. Falta de legitimación de SEPI (subsidiario del anterior). Desestima.

9.2. Fundaciones Laborales y Entidades de Previsión Social

STJUE de 3 de septiembre de 2014, Asunto C-318/13. Caso X contra Finlandia (TJCE 2014\256). Procedimiento prejudicial – Directiva 79/7/CEE – Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social – Seguro de accidente de trabajo de los

trabajadores por cuenta ajena – Importe de una indemnización a tanto alzado por perjuicio permanente – Cálculo actuarial basado en la esperanza de vida media según el sexo del beneficiario de dicha indemnización – Infracción suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión.

El Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

1) El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que establece, para el cálculo de una prestación social legal abonada en razón de un accidente de trabajo, la aplicación, como factor actuarial, de la diferencia de esperanza de vida entre hombres y mujeres, cuando la aplicación de este factor conduce a que la reparación abonada en un pago único en concepto de dicha prestación sea inferior, cuando se concede a un hombre, a la que percibiría una mujer de la misma edad que se hallara en una situación similar.

2) Incumbe al tribunal remitente apreciar si se cumplen los requisitos para que se genere la responsabilidad del Estado miembro. Del mismo modo, en lo que respecta a si la norma nacional controvertida en el litigio principal constituye una infracción «suficientemente caracterizada» del Derecho de la Unión, ese tribunal deberá tomar en consideración, en particular, el hecho de que el Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado acerca de la licitud de la consideración de un factor basado en la esperanza de vida media en función del sexo al determinar el importe de una prestación abonada en virtud de un régimen legal de seguridad social incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7. El tribunal remitente deberá igualmente tener en cuenta la facultad otorgada a los Estados miembros por el legislador de la Unión, que se ha plasmado en el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, y el artículo 9, apartado 1, letra h), de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Dicho tribunal deberá además considerar que el Tribunal de Justicia declaró el 1 de marzo de 2011 (C-236/09, EU: C: 2011:100), que la primera de estas disposiciones era inválida, por vulnerar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

STS de 14 de octubre de 2014. RCU 541/2013 (JUR 2014\280050). Complemento de pensión de viudedad. Falta de contradicción. D^a Natalia es viuda de D. Fernando, que durante su vida prestó servicios para Repsol Butano S.A. desde el 1 de marzo de 1.959 hasta el 31/10/87, fecha de su jubilación. Por resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 26/1/88 le fue reconocida a D. Fernando una pensión de jubilación por importe de 174.364 pesetas mensuales (1047,95 euros) en 14 pagas (14.671,30 euros anuales). Como trabajador de Repsol Butano S.A. le fue reconocido además un complemento de pensión de jubilación por importe de 1.763.216 pesetas anuales (10.597,16 euros) con cargo a la Fundación Benito Cid. La Fundación Laboral Benito Cid fue constituida por la empresa Butano S.A. por escritura de fecha 17/6/1971 siendo su objeto la realización de la previsión y asistencia social en beneficio del personal de Butano S.A. y sus familiares complementando en los términos señalados en sus Estatutos la prestaciones de la Seguridad Social por vejez,

invalidez permanente total y absoluta, viudedad, orfandad, invalidez provisional y subsidio de defunción. La Fundación Benito Cid se extinguió en el año 1.990 transformándose en un Fondo de Pensiones y asumiendo la empresa Repsol Butano S.A. las prestaciones de los beneficiarios causadas con anterioridad al 3/11/1.988. El día 30 de diciembre de 1.991 Repsol Butano S.A. suscribió una póliza de seguro con La Unión y el Fénix Español compañía de Seguros y Reaseguros S.A., (hoy Allianz S.A.) con objeto de asegurar las prestaciones de los pensionistas de la Fundación Laboral Benito Cid según las condiciones generales y particulares de la póliza suscrita que obran unidas a las actuaciones y se dan aquí por reproducidas. SEGUNDO.- A la fecha de su fallecimiento el día 25/7/08 la pensión de jubilación que fue reconocida a D. Fernando ascendía a la cantidad de 2.272,15 euros mensuales. Aunque en su Disposición Adicional Primera de los Estatutos de la Fundación Benito Cid se preveía una posibilidad de revisión de las prestaciones periódicas concurriendo determinados requisitos, la prestación reconocida al actor no fue revisada mientras la Fundación subsistió, asumiendo la aseguradora de dicha prestación las causadas por los beneficiarios con anterioridad al 3/11/1988 en el importe que se incluía en sus anexos (art. 1 y 4 de las condiciones particulares) donde figuraba la prestación de jubilación del actor por el importe en que fue reconocido y en el que se le abonó hasta su fallecimiento. TERCERO.- Fallecido el esposo de la actora, a esta le fue reconocida por resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 20/8/08 una pensión de viudedad de 1.406,57 euros mensuales con catorce pagas anuales. Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. reconoció a la actora por aplicación de la póliza suscrita con Allianz S.A. una renta de viudedad por reversión por importe anual de 176,68 euros o 12,62 euros mensuales en catorce pagas. El cálculo de dicha renta se efectuó considerando como importe de la pensión de jubilación reconocida al trabajador el de dicha prestación al momento de sobrevenir el hecho causante de la misma y aplicando tras los cálculos oportunos la pensión mínima garantizada. CUARTO.- No conforme la actora con la renta de viudedad reconocida por Allianz S.A. en base a la póliza de contrato de seguro suscrita con Repsol Butano S.A., solicitó, en fecha no determinada, a la mencionada compañía de seguros, aclaración sobre los cálculos en los que se fundaba la renta reconocida. Solicitud que fue contestada por Allianz S.A. por carta fechada el día 30/6/09 en el sentido que obra en las actuaciones. Mediante burofax de 6/4/10 la actora, a través de la Letrada que asume su defensa en este procedimiento, manifestó su desacuerdo con el cálculo de la renta de viudedad. El contenido de dicho burofax obra unido a las actuaciones y se da aquí por reproducido en su integridad. QUINTO.- El día 10/2/11 presentó la actora papeleta de conciliación frente a Repsol Butano S.A. y Allianz S.A., celebrándose ante la UMAC acto de conciliación el día 28/2/11 que terminó como intentado sin efecto respecto a Repsol Butano S.A. y sin avenencia respecto a Allianz S.A.”.

STJUE de 5 de noviembre de 2014, Asunto C-103/13. Caso Snezhana Somova y Glaven direktor na Stolichno upravlenie «Sotsialno osiguruyavane». Procedimiento prejudicial – Seguridad social – Reglamento (CEE) nº 1408/71 – Artículos 12, 45, 46 y 94 – Normativa nacional que supedita la concesión de una pensión al requisito de interrupción de las cotizaciones en el seguro de vejez – Adquisición de un período de seguro que falta mediante el abono de las correspondientes cotizaciones – Concomitancia de períodos de seguro en varios Estados miembros – Facultad del asegurado de no aplicar la regla de la acumulación de la duración de los períodos de cotización y de seguro – Retirada de la pensión concedida y recuperación de las cantidades indebidamente percibidas – Obligación de pagar intereses.

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) El artículo 49 TFUE se opone a la normativa de un Estado miembro, como el artículo 94, apartado 1, del *Kodeks za sotsialnoto osiguryavane* (Código de seguridad social), según la cual la liquidación de los derechos a pensión de vejez está sujeta al requisito previo de la interrupción del pago de las cotizaciones de seguridad social correspondientes a una actividad ejercida en otro Estado miembro.

2) Los artículos 45, 46, apartado 2, y 94, apartado 2, del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n° 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, deben interpretarse en el sentido de que no confieren a los afiliados a la seguridad social la facultad de optar por que no se tengan en cuenta, a efectos de la determinación de los derechos nacidos en un Estado miembro, los períodos de seguro cubiertos en otro Estado miembro antes de la fecha de aplicación de dicho Reglamento en ese primer Estado miembro.

9.3. Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos

STEDH de 25 de septiembre de 2014. Caso Klein contra AUSTRIA (TEDH 2014\61). PROCEDIMIENTO ANTE EL TEDH: Satisfacción equitativa: propiedad privada: pensión de jubilación: privación total debido a la retirada de la autorización para el ejercicio de la abogacía: inexistencia de justo equilibrio entre los intereses contrapuestos: perjuicio material: cantidad aportada al fondo de pensiones durante la carrera profesional: improcedencia de la compensación de los pagos que el Colegio de Abogados realizó en concepto de daños a los clientes del demandante: indemnización procedente; Daño moral: reconocimiento como resultado de la violación del art. 1 del Protocolo adicional núm. 1 del Convenio: daño que no puede ser compensado por la mera constatación de la violación: indemnización parcial; Costas y gastos: cantidades suficientemente probadas y razonables en su cuantía: gastos satisfechos ante los tribunales internos y ante los órganos del Convenio: reembolso parcial procedente.

El TEDH declara en su Fundamento de Derecho número 9 que: *Con respecto a las reclamaciones del demandante en concepto de perjuicio material, el Gobierno señala que él se había retirado de la profesión legal el 23 de enero de 1996, después de que se incoara en su contra procedimiento concursal. Después de eso, él dejó de contribuir al fondo de pensiones del Colegio de abogados Viena. Los atrasos de sus contribuciones supondrían aproximadamente 20.000 euros. Por razones de equidad hacia los otros miembros del fondo de pensiones, el pago de cualquier indemnización tendría que limitarse a la cantidad que el demandante hubiera aportado al fondo de pensiones. En cualquier caso, tendría que limitarse a lo que el demandante habría recibido al amparo del modificado reglamento de pensiones vigente desde 2004. En virtud del modificado reglamento, la retirada de la profesión legal antes de alcanzar la edad de jubilación conlleva una reducción de la pensión básica al 84.04% (con una reducción de 0.4 % por cada mes que falte). En el caso del*

demandante, el pago de la pensión acumulada ascendía a 420.701,41 euros (incluyendo un 4% de interés compuesto).

STS de 13 de octubre de 2014. RCU 2976/2012 (JUR 2014\275843). Responsabilidad del Comité Intercentros de Telefónica por no haber desarrollado el “seguro de sueldo”. Daños y perjuicios a favor de pensionista de invalidez que percibe cuantías a cuenta. Se desestima la pretensión, en sintonía con previos pronunciamientos de la Sala.

Novedades Bibliográficas

1. OBRAS GENERALES DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

BARRIOS BAUDOR, G., L., GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R. M.: *Las familias numerosas ante el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2014, 306 páginas.

BALLESTER LAGUNA, F., SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: *Lecciones y prácticas de Seguridad Social (adaptadas al EEEES)*, Madrid, Cinca, 2ª ed., 2014, 167 páginas.

BLASCO LAHOZ, F.: *Las prestaciones del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas*, Albacete, Bomarzo, 2014, 130 páginas.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., SALVADOR PÉREZ, F., HURTADO GONZÁLEZ, L. (Eds.): *Ley General de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 16ª ed., 2014, 453 páginas.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: *Lecciones de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 4ª ed., 2014, 519 páginas.

LÓPEZ GANDÍA, J., BLASCO LAHOZ, J. F.,: *Curso de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 6ª ed., 2014, 701 páginas.

LÓPEZ Y LÓPEZ, I.: *Práctica de salarios y cotizaciones 2014*, 22ª ed., Madrid, CEF, 2014, 597 páginas.

MONEREO PÉREZ, J. L.; MALDONADO MOLINA, J.A; MORENO VIDA, Mª. N y GONZÁLEZ DE PATTO, R. Mª: *Manual de derecho de la dependencia*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2014, 344 páginas.

MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 10ª ed., 672 páginas.

PERÁN QUESADA, S.: *Derecho social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Navarra, Aranzadi, 2014, 298 páginas.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Código Laboral y de Seguridad Social*, Madrid, La Ley, 2014, 1700 páginas.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., OJEDA AVILÉS, A., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., GORELLI HERNÁNDEZ, J., CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., HURTADO GONZÁLEZ, L. (Eds.): *Legislación laboral y de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 16ª ed., 2014, 1929 páginas.

ROQUETA BUJ, R., GARCÍA ORTEGA, J. (Dirs.): *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 3ª ed., 2014, 755 páginas.

VV.AA.: *Memento Práctico Seguridad Social 2014*, Madrid, Francis Lefebvre, 2014, 1771 páginas.

2. OBRAS ESPECÍFICAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

BUENAGA CEBALLOS, O.: *La familia y la Seguridad Social*, Madrid, Dykinson, 2014, 338 páginas.

CABRA DE LUNA, M.A., PANIZO ROBLES, J.A. (Coords.): *Protección social: Seguridad Social y discapacidad*, Madrid, Cinca, 2014, 464 páginas.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.: *Respuestas a dudas y problemas. Sobre figuras peculiares de Seguridad Social*, Navarra, Lex Nova, 2014, 513 páginas.

GALLO FERNÁNDEZ, M.: *Accidente de trabajo y enfermedades coronarias*, Madrid, Francis Lefebvre, 2014, 121 páginas.

GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: *La invalidez no contributiva*, Albacete, Bomarzo, 2014, 182 páginas.

GOLDBLATT, B., LAMARCHE, L. (eds.): *Women's Rights to Social Security and Social Protection*, Oxford, Hart, 2014, 348 páginas

LÓPEZ GANDÍA, J., TOSCANI JIMÉNEZ, D.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, Albacete, 2ª ed., Bomarzo, 2014, 107 páginas.

LÓPEZ INSUA, BELÉN DEL MAR: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014, 409 páginas.

LOZANO ORTÍZ, J.C. (Dir.): *Sostenibilidad y lucha contra el fraude en la Seguridad Social. XIII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social*, Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi, 2014, 453 páginas.

MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas. Análisis de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre*, Madrid, Tecnos, 2014, 192 páginas.

MONEREO PÉREZ, J.L., MALDONADO MOLINA, J.A., RUBIO HERRERA, R. (Dirs.): *Prevención y protección de la dependencia. Un enfoque transdisciplinar*, Granada, Comares, 2014, 343 páginas.

PÉREZ ALONSO, M.A.: *Los complementos de incapacidad temporal en el sector público*, Albacete, Bomarzo, 2014, 100 páginas.

PÉREZ DEL PRADO, D.: *Prestación por desempleo: intensidad, duración y control*, Navarra, Lex Nova, 2014, 545 páginas.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2014, 224 páginas.

VV.AA.: *Trabajo autónomo y discapacidad. Estado de la cuestión y propuestas de reforma*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2014, 144 páginas.

VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Directores y Coordinadores), Granada, Comares, 2014.

3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

TAPIA HERMIDA, A.J.: *Derecho de seguros y fondos de pensiones*, Madrid, Iustel, 2014, 315 páginas.

Economía y
Sociología de
la Seguridad
Social y del
Estado Social

LABORUM

Determinantes de la participación de los trabajadores en los planes privados de pensiones en la UE.

Determinants of workers' participation in private pensions plans in the EU

ENRIQUE FERNÁNDEZ MACÍAS

RESEARCH MANAGER
EUROFOUND, DUBLÍN

JOSÉ IGNACIO ANTÓN PÉREZ

PROFESOR CONTRATADO INTERINO
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

RAFAEL MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE

CATEDRÁTICO DE ECONOMÍA APLICADA
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Resumen

En un contexto de reforma permanente de los sistemas públicos de pensiones en la Unión Europea, en dónde el famoso tercer pilar de los mismos, los planes privados de pensiones, parece estar llamado a tener un protagonismo creciente, este trabajo investiga las diferencias en importancia de este tipo de sistemas en la UE así como los factores que determinan la mayor o menor utilización de los mismos por parte de los trabajadores en la UE.

Abstract

In a context of permanent reform of public pensions system in the European Union, where the famous third pillar is bound to play a growing role, this paper explores the differences in importance of such type of systems in the EU, as well as the elements behind the participation of worker's in this type of pension system.

Palabras clave

Reforma de las pensiones; planes privados de pensiones; Unión Europea

Keywords

Pension reform; private pensions plans; European Union

1. INTRODUCCIÓN¹

Desde la década de los ochenta, ha habido una tendencia (que sigue siendo evidente hoy en día, incluso con más intensidad) en prácticamente todos los países europeos hacia una paulatina y progresiva privatización de los sistemas de pensiones (Antolín y Whitehouse, 2009). Como casi todo lo relacionado con este tema, resulta difícil generalizar por la enorme variabilidad tanto en los sistemas de partida como en los procesos de reforma llevados a cabo en los últimos años. Sin embargo, se puede afirmar, como concluye una relativamente reciente revisión por parte de la OCDE (OECD, 2009), que en la mayor parte de los casos

¹ Los autores agradecen a Rafael Bonete las sugerencias realizadas a una primera versión de este trabajo.

estas reformas implican un desplazamiento sustancial de la responsabilidad en la provisión de las pensiones, desde el sector público hacia el sector privado. Por ello, pese a que las prestaciones públicas siguen constituyendo el núcleo de los sistemas de pensiones en casi toda Europa, es indiscutible que “los trabajadores de hoy tendrán que, o bien ahorrar más en planes de pensión privados voluntarios, o retirarse más tarde, o asumir que en su vejez tendrán unos ingresos significativamente menores que los que tenían mientras trabajaban, con respecto a los parámetros y reglas de antes de las reformas” (OCDE 2009, p.97). En un contexto de disminución de las prestaciones públicas y retirada estatal de la responsabilidad de garantizar unos ingresos adecuados tras la jubilación, la cuestión de la distribución de las aportaciones a planes de pensiones privadas adquiere una gran importancia: teniendo en cuenta que las futuras pensiones privadas dependerán directamente de la cuantía y duración de la contribución durante la vida laboral de los trabajadores (la vinculación entre prestación y contribución es mucho mayor en las pensiones privadas que en las públicas), la distribución de estas contribuciones prefigura la posterior distribución de la renta tras la jubilación de los trabajadores en cuestión. La existencia de diferencias importantes en las aportaciones para distintos tipos de trabajadores en función de su nivel de ingresos, edad o cualquier otra característica relevante dará lugar a posteriores desigualdades en la distribución de la renta de la población jubilada. Por tanto, estudiando los determinantes de la contribución a pensiones privadas, estamos estudiando las desigualdades futuras en las edades avanzadas. Este trabajo tiene como finalidad presentar una panorámica de los determinantes de la contribución a pensiones privadas en Europa. Para ello en la sección segunda se ofrece una breve panorámica sobre la diversidad de los sistemas de pensiones europeos. En la sección siguiente se estudia el papel que en cada uno de ellos tienen los sistemas privados de provisión para la jubilación. La sección 4 presenta las características de la base de datos que se va a utilizar en el análisis de los determinantes de la contribución a planes privados de pensiones. La sección quinta presenta los resultados del análisis estadístico realizado, deteniéndonos en la revisión de aquellas variables que resultan más significativas a la hora de explicar el distinto comportamiento en este ámbito de los europeos. Por último, en la sección sexta se presentan las principales conclusiones alcanzadas en el trabajo.

2. EL ORIGEN DE LA DIVERSIDAD ACTUAL EN LOS SISTEMAS DE PENSIONES EUROPEOS

Las bases de los actuales sistemas de pensiones de Europa occidental fueron establecidas entre principios del siglo XX y la Segunda Guerra Mundial.² Aunque desde sus mismos inicios hubo una considerable diversidad institucional en estos sistemas (pues debieron insertarse en estructuras institucionales y sistemas sociales también muy distintos), todos ellos pueden considerarse modalidades de dos tipos principales: el *bismarckiano* y el *beveridgiano* (Duffy, 1998). El modelo bismarckiano (que toma el nombre del canciller alemán que estableció las bases del sistema a finales del siglo XIX) se asienta en un sistema de seguridad social vinculado al empleo: la financiación proviene de contribuciones realizadas por los trabajadores y sus empleadores durante la relación laboral, y las prestaciones tras la jubilación varían en función de los ingresos anteriores. El sistema beveridgiano (que toma su nombre del economista que sentó las bases del estado del

² En este apartado, sigue a grandes rasgos el esquema de Ebbinghaus y Grosswald, 2009.

bienestar inglés en torno a la II Guerra Mundial) se asienta en la idea de derechos de ciudadanía (en este caso, a recibir una renta básica de subsistencia en casos de necesidad, como la vejez): la financiación proviene de impuestos generales (no necesariamente vinculados al empleo), y la prestación tras la jubilación es la misma independientemente de los ingresos anteriores (aunque en ocasiones se añaden complementos para cubrir necesidades especiales). El modelo Beveridge es universal por definición desde sus inicios, mientras que el modelo Bismarckiano originalmente se limitaba a los trabajadores que habían contribuido al sistema (en muchos casos, a trabajadores en ocupaciones específicas). Hacia finales de la década de los 40 del siglo pasado, la mayor parte de países de Europa occidental habían establecido un sistema nacional de pensiones optando por uno de estos dos modelos. En general, los países de la Europa continental (incluyendo los países mediterráneos, aunque España fue más tardío por nuestro anormal desarrollo político durante buena parte del siglo XX) siguieron el modelo Bismarckiano, mientras que Inglaterra y los países nórdicos desarrollaron un sistema de pensiones universalista de tipo Beveridge. Pese a las sucesivas y diversas olas de reformas que han sufrido todos los sistemas de pensiones europeos desde su establecimiento en la primera mitad del siglo pasado, la opción inicial por un modelo u otro ha seguido marcando el desarrollo de los sistemas de pensiones hasta la actualidad, por lo que la diferenciación entre estos dos modelos sigue siendo relevante. Sólo en un caso ha habido un claro cambio en la estructura fundacional del sistema de pensiones, y de hecho lo que supuso fue un cambio de modelo, pero no el establecimiento de un modelo diferente: hacia finales de los cincuenta, Holanda abandonó el modelo Bismarckiano para adoptar un sistema universal de pensiones de tipo Beveridge.

Durante los 30 años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, se consolidaron y expandieron los sistemas de pensiones europeos, aumentando la cobertura en los sistemas de tipo Bismarckiano (que dejaron de estar financiados directamente por los fondos acumulados por los trabajadores y adoptaron el principio de reparto) y los niveles de prestación en los sistemas de tipo Beveridge. Pese a que la opción inicial por uno de los dos modelos siguió marcando las características básicas de cada sistema de pensiones, durante este periodo se planteó una nueva disyuntiva que generó una diferenciación dentro de cada uno de los modelos (Ebbinghaus y Grosswald 2009). El desarrollo económico y el aumento de las rentas salariales de este periodo planteó el problema del mantenimiento de rentas tras la jubilación (lo que de hecho supone una ampliación de los objetivos subyacentes a los sistemas de pensiones, que fueron inicialmente establecidos más para asegurar un mínimo de subsistencia tras la jubilación que para mantener rentas). Algunos países con sistemas de tipo Beveridge introdujeron un segundo nivel de pensiones públicas con prestaciones vinculadas a los ingresos anteriores a la jubilación (en la práctica, aproximándose al modelo Bismarckiano), por encima del nivel básico garantizado por la prestación universal (el ejemplo más claro es Suecia, aunque el Reino Unido también aplicó por un breve espacio de tiempo este tipo de reforma a finales de los años 70). En algunos países del modelo Bismarckiano, el abandono del sistema de capitalización por uno de reparto permitió un aumento considerable en las prestaciones, garantizando un nivel mayor de sustitución de rentas tras la jubilación (el ejemplo más claro de este tipo de reforma es la propia Alemania). Los países que introdujeron este tipo de reformas consiguieron mantener una provisión mayoritariamente pública de los sistemas de pensiones. Pero en aquellos países (tanto de un modelo como de otro) que no ampliaron los niveles de prestaciones para asegurar un mayor mantenimiento de rentas tras la jubilación, sobre todo para trabajadores de niveles salariales relativamente altos, aumentó considerablemente el peso en el sistema de pensiones privadas,

en la mayor parte de los casos de tipo ocupacional. Por ejemplo, este tipo de desarrollo tuvo lugar en Bélgica, Holanda o Dinamarca. Se introdujo así una nueva diferenciación dentro de ambos modelos, entre sistemas mayoritariamente públicos y sistemas en los que se desarrolló una segunda capa de pensiones privadas ocupacionales para el mantenimiento de rentas (como decimos, sobre todo para trabajadores de ingresos relativamente altos o grupos ocupacionales específicos) tras la jubilación.

Llegamos así al periodo más reciente de reformas, que arranca en la década de 1980 en algunos países europeos (generalizándose en los años 90) y que se mantiene, con creciente intensidad, hasta la actualidad (Antolín y Whitehouse, 2009). Este periodo de reformas tiene un carácter radicalmente diferente del anterior: si en las tres décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial el objetivo principal era expandir las pensiones para garantizar un cierto mantenimiento de rentas tras la jubilación (aunque, como vimos anteriormente, no en todos los países esta expansión se realizó desde el sector público), desde los años 80 el objetivo explícito de toda reforma es reducir la carga de las pensiones sobre un sector público que se supone hipertrofiado. A la idea de que los Estados del Bienestar europeos han ido demasiado lejos y hay que adelgazarlos, se añade otro argumento de tintes aún más dramáticos que toma cada vez más fuerza: incluso si fueran sostenibles hoy en día, el aumento en la esperanza de vida y la reducción secular de la natalidad en los países europeos nos llevan inexorablemente a una crisis a gran escala de los generosos sistemas de reparto actuales. Es un argumento de tipo casi *maltusiano*, que más que la quiebra de las pensiones públicas parece presagiar una dramática quiebra social (al menos, de las pautas actuales de solidaridad), y que pese a su enorme fortuna en círculos institucionales, políticos e incluso académicos, tiene el mismo problema que todas las predicciones de este tipo: en cualquier periodo de la historia, la extrapolación simple de cualquier tendencia contemporánea genera predicciones apocalípticas, que nunca se cumplen porque no tienen en cuenta la capacidad del ser humano de resolver los problemas con los que se va encontrando (en economía, esta capacidad se manifiesta en el constante aumento de productividad del trabajo, que ha permitido sostener pensiones cada vez más generosas sin que haya habido aún una sola quiebra significativa)³. En cualquier caso, estos argumentos sí que han convencido a la mayor parte de los gobiernos europeos, que durante los últimos 25 años han aplicado una serie de reformas de mayor o menor calado con el objetivo último de reducir el peso del sector público en la provisión de pensiones de jubilación, aumentando el peso del sector privado. En otras palabras, los últimos 25 años están caracterizados por una tendencia generalizada hacia una progresiva privatización de los sistemas de pensiones europeos (para un análisis detallado de estas reformas, véase OCDE, 2007 y 2009).

Pese a que existe una considerable diversidad en la forma específica que adoptan estos planes de reforma (pues de nuevo, se han de insertar en sistemas muy distintos y negociar en procesos políticos de gran complejidad por las enormes implicaciones sociales que conllevan), hay una serie de pautas comunes a casi todos los países. A menudo, las reformas implican una reducción en la generosidad de las pensiones públicas, reduciendo las tasas de sustitución de ingresos (por distintos métodos, como el aumento del periodo de cómputo o la reducción de la ratio entre contribuciones y prestaciones) o directamente reduciendo el periodo en el que se tiene derecho a pensión (aumentando la edad de

³ Sobre esta cuestión, véase, por ejemplo, Esteve y Muñoz de Bustillo (2004).

jubilación). Esta reducción en la generosidad de las pensiones públicas es en sí misma un factor condicionante evidente de un aumento en la importancia de las privadas, pero además se desarrollan mecanismos explícitos para incentivar la contratación de pensiones privadas (mediante atractivos beneficios fiscales o incluso obligatoriedad en algunos casos). Aumenta así tanto el peso de las pensiones privadas ocupacionales (vinculadas al empleo, normalmente con aportaciones tanto de los trabajadores como de los empresarios) como el de las pensiones privadas personales (contratadas individualmente por las personas con entidades financieras, independientemente de su relación laboral). Se puede establecer una cierta diferenciación entre los países con sistemas tradicionalmente más favorables a las pensiones privadas y países en los que el sector público mantiene el peso principal del sistema de pensiones. En los primeros (como el Reino Unido, que desde principios de los 80 ha sido pionero en la tendencia privatizadora mencionada), un objetivo central de las reformas de las últimas dos décadas ha sido regular las pensiones privadas ya relativamente establecidas para resolver algunos problemas relacionados con ellas (como por ejemplo, aumentar las tasas de cobertura mediante la obligatoriedad de algunos planes ocupacionales). En los segundos (como Alemania, o España), las reformas han estado más bien orientadas a simplemente reducir la generosidad de las pensiones públicas e incrementar el peso de las privadas en el sistema.

La enorme diversidad actual de los sistemas de pensiones europeos, por tanto, deriva del complejo proceso de establecimiento, consolidación y reforma de estos sistemas en sucesivas oleadas y con características nacionales específicas, pese a la indiscutible existencia de modelos y tendencias relativamente generales a todos los países. La diversidad institucional europea, de hecho, si tenemos en cuenta la diversidad existente en materia de pensiones en los países del centro y el este de Europa, cuya historia política e institucional es radicalmente diferente (Antón, 2006). Durante el periodo socialista, estos países contaban con sistemas de pensiones fuertemente redistributivos, que fueron profundamente transformados durante el periodo de transición a una economía capitalista en los años 90. De hecho, el contexto de cambios generalizados de la transición permitió a muchos de estos países colocarse en la vanguardia del proceso privatizador que, como vimos anteriormente, estaba en marcha en la mayor parte de Europa. Más allá de un nivel básico asistencial, las pensiones públicas se establecen en la mayor parte de estos países mediante cuentas nocionales (esto es, se paga lo aportado en términos de contribución durante la carrera laboral, aunque de hecho se financien mediante sistemas de reparto), añadiendo una segunda capa de pensiones privadas de carácter obligatorio y contribución definida y estableciendo además fuertes incentivos fiscales a la contratación de pensiones privadas de carácter voluntario.

3. LAS PENSIONES PRIVADAS EN EUROPA

Como venimos diciendo, existe una enorme diversidad institucional en el diseño de los sistemas de pensiones europeos actuales, lo que dificulta considerablemente cualquier comparación de los niveles de cobertura y contribución a pensiones privadas voluntarias, sobre todo si se pretende hacer una comparación de tipo cuantitativo. Los conceptos fundamentales subyacentes a cada sistema de pensiones, como lo que es público o privado, lo que es obligatorio o voluntario, lo que es institucional o personal, varían entre países, lo que hace casi imposible reducir los datos nacionales disponibles a una métrica común que

facilite la comparación internacional. De hecho, hay pocos datos comparables disponibles, y los que hay tienen tantos problemas que resultan difíciles de interpretar.

Antes que nada, conviene resaltar lo que es común: prácticamente todos los países de la Unión Europea tienen un sistema básico de reparto (*pay-as-you-go*) al que contribuyen todos los ocupados y que provee al menos un nivel mínimo de renta tras la jubilación (Comisión Europea, 2008, p. 6). Más allá de este nivel básico, está la enorme diversidad que venimos comentando. Algunos países complementan ese nivel mínimo obligatorio de provisión principalmente pública con pensiones privadas de carácter obligatorio, de naturaleza ocupacional (como Bélgica o Dinamarca) o personal (como la mayor parte de países de Europa oriental), en otros países las pensiones obligatorias son totalmente públicas (como en España, salvo para colectivos muy específicos). En algunos países, existen además pensiones ocupacionales de carácter semiobligatorio para el trabajador, reguladas por convenio colectivo (como en Holanda, Suecia o Alemania). Y en todos los países, existen pensiones privadas de contratación individual y voluntaria, aunque con muy distintos grados de cobertura.

El nivel de mantenimiento de rentas tras la jubilación asegurado por los sistemas de pensiones obligatorias (tasa de sustitución) varía considerablemente entre países, independientemente de la forma institucional que adopten (sean totalmente públicos o incluyan participación obligatoria en planes privados personales, ocupacionales o ambos). El dato más utilizado para hacer comparaciones internacionales de sistemas de pensiones es el de la tasa bruta de sustitución de ingresos de la pensión obligatoria para un trabajador promedio, estimado por la OCDE mediante modelos de simulación que tienen en cuenta los principales parámetros de cada sistema de pensiones y mercado laboral (OCDE, 2009, p. 116-121). Este dato se muestra en la primera columna de la tabla 1. Las tasas más bajas de sustitución de las pensiones obligatorias son las del Reino Unido e Irlanda (donde las pensiones obligatorias promedio suponen menos de un tercio de los ingresos antes de la jubilación), y la más alta la de Grecia (donde alcanzaba, de acuerdo con la OCDE, un nivel de mantenimiento de rentas cercano al 100%). España se halla en la parte alta de la tabla, con una tasa de sustitución superior al 80% de acuerdo con la OCDE.

La ordenación de países de acuerdo con esta tasa de sustitución no parece guardar mucha relación con cualquier tipología al uso de los sistemas de pensiones europeos (por ejemplo, los países de tradición *beveridgiana* y los de tradición *bismarckiana* se hallan entremezclados, así como los países que ya antes del periodo privatizador dieron más peso a las pensiones de naturaleza ocupacional, como explicamos en el apartado anterior; incluso los países de Europa oriental, que realizaron reformas relativamente parecidas de sus sistemas de pensiones desde los 90, muestran tasas de sustitución de ingresos muy variadas, desde un 50% en la República Checa hasta un 78% en Hungría). Tampoco parece tener mucha relación esta ordenación de países con los modelos predominantes de Estado del Bienestar en Europa (Esping-Andersen 1989; Ferrera 1996), que suelen discriminar razonablemente bien los principales parámetros de las políticas sociales europeas en otros ámbitos (por ejemplo, hay casos de Estados del Bienestar conservadores con bajas tasas de sustitución como Alemania -43%- y con altas como Austria -80%-, y lo mismo se puede decir de los sistemas de tipo socialdemócrata o mediterráneo).

Tabla 1: Algunas estadísticas sobre las pensiones privadas en Europa

	Tasa bruta de sustitución de rentas de pensión obligatoria para trabajador promedio*	Planes privados obligatorios y ocupacionales**		Principales planes de pensiones privadas***				% ocupados contribuyen pensiones privadas (SILC 2005)
		Oblig., de capitalización	Ocupacional	Plan mayor		Segundo plan mayor		
				Tipo	Cobertura	Tipo	Cobertura	
Reino Unido	30.8		47%	VO	43%	VP	16%	12.1
Irlanda	34.2		43%	VO/P	52%			19
Bélgica	42.0		51%	VO	40-50%			0
Alemania	43.0		63%	VO	57%	VP	13%	36.2
Rep. Checa	49.7			VO/P	40%			46.4
Francia	53.3		15%	VO	10%	VP	8%	8.3
Portugal	53.9		4%	VO	4%	VP	1.5%	5
Finlandia	56.2		8%	VP	15%	VO	7%	13.9
Eslovaquia	56.4	66%		ObP	45%	VP	27%	13.9
Polonia	61.2	72%	1%	ObP	49%	VO/P	1%	8.5
Suecia	61.5	100%	90%	ObP	90%	CcO	90%	46.6
Italia	67.9	25%	1%	VO	8%			13
Hungría	76.9	60%		ObP	58%	VO/P	31%	25.4
Austria	80.1	51%	13%	VO	35%	VP	10%	38.3
Dinamarca	80.3	85%	73%	ObP	90%	CcO	80%	0
España	81.2		8%	VP	40%	VO	10%	19.4
Luxemburgo	88.1		5%	VO	20%	VP	5%	19.3
Holanda	88.3		90%	CcO	90%			23.2
Grecia	95.7			VO/P	1%			6.6

V: Voluntario; P: Personal; O: Ocupacional; Ob: Obligatorio; Cc: Semiobligatorio (convenio colectivo)

*OECD Pensions at a Glance 2009 (<http://dx.doi.org/10.1787/651244736381>)

** Comisión Europea 2008

*** OECD Pensions at a Glance 2007, p. 77

Fuente: EU-SILC 2005, elaboración propia

Las columnas segunda y tercera muestran las tasas de cobertura (porcentaje de ocupados participantes) de los principales planes de pensiones obligatorios de capitalización (personales) y ocupacionales (de acuerdo con datos compilados por el Comité de Protección Social de la Comisión Europea; Comisión Europea 2008: 10-11). Por definición, los planes de capitalización obligatorios están incluidos en el indicador de mantenimiento de rentas de la OCDE que acabamos de discutir: donde estos planes tienen más importancia es en los países de Europa del Este (salvo la República Checa) y Dinamarca, aunque de acuerdo con los datos de la Comisión también tienen un cierto peso en Austria y en Italia. Los planes (privados) ocupacionales mostrados en la tercera columna no son en principio obligatorios (y por tanto no entran en la definición usada para el cálculo de la tasa de sustitución de la OCDE), pero debido a su vinculación al empleo y al hecho de que en algunos casos están regulados mediante convenios de aplicación general a su ámbito o sector, en la práctica se trata a menudo de planes de carácter semiobligatorio para los trabajadores afectados. Las columnas cuarta, quinta, sexta y séptima de la tabla 1 muestran la cobertura de los dos principales planes de pensiones privadas en cada país, diferenciándolos en función de su carácter personal u ocupacional, voluntario, obligatorio o semiobligatorio (regulado por convenio). El origen de estos datos es de nuevo la OCDE, que los compila y armoniza utilizando distintas fuentes nacionales (OCDE 2007, p. 77). La información es más detallada que la de la Comisión, y nos permite diferenciar los planes ocupacionales voluntarios de los semiobligatorios regulados por convenio colectivo. Éstos últimos son importantes únicamente en Suecia, Dinamarca y Holanda (donde cubren a casi la totalidad de los ocupados, entre un 80 y un 90%). Como es lógico, las tasas de cobertura de los planes privados de pensiones (tanto personales como ocupacionales) son mayores en aquéllos países en que son obligatorios o están regulados por convenio. Pero la obligatoriedad o semiobligatoriedad de estos planes no parece tener mucha relación con la tasa de sustitución vista con anterioridad, pues ésta varía desde un 56% a un 80% entre los países con este tipo de planes privados.

En principio, la cobertura de los sistemas no obligatorios de pensiones privadas (incluyendo los regulados por convenio colectivo, no incluidos en la tasa calculada por la OCDE) debería estar relacionada con la tasa de sustitución vista anteriormente, en la medida en que las pensiones privadas sean contratadas con la finalidad de garantizar un mayor mantenimiento de rentas tras la jubilación. En otras palabras, en aquéllos países en los que las pensiones obligatorias proporcionen una renta muy inferior a la anterior a la jubilación, debería haber una mayor participación en pensiones privadas de carácter ocupacional (reguladas por convenio o no) o personal. Los datos mostrados en la tabla 1 no parecen apoyar esta hipótesis: la cobertura de los planes privados no es mayor en los países con una menor tasa de sustitución de las pensiones obligatorias, ni viceversa. Holanda, Luxemburgo o España (según los datos de la OCDE) tienen tasas de sustitución muy altas para las pensiones obligatorias y niveles de cobertura superiores a la media en pensiones privadas ocupacionales o personales; y por otro lado, Francia o Portugal están claramente por debajo de la media en cuanto a la cobertura de pensiones privadas pese a tener tasas de sustitución bastante bajas, de poco más del 50%.

Es posible que este resultado se deba en gran medida a deficiencias en los datos utilizados, pues éstos tienen problemas evidentes incluso con un simple análisis detallado de la tabla 1. Existen importantes incongruencias entre los datos de la OCDE y los de la Comisión, pese a la entidad de ambas instituciones y pese al hecho de que realicen este tipo

de estudios de manera a menudo coordinada. Véanse, por ejemplo, las diferentes estimaciones de cobertura para planes obligatorios de capitalización o para planes ocupacionales de Eslovaquia, Polonia, Italia, Austria y España. Además, los datos presentados por la OCDE para España parecen discutibles, tanto en lo que respecta a la tasa de sustitución de las pensiones obligatorias como en lo que respecta a la cobertura de pensiones privadas voluntarias (ambos parecen excesivamente altos)⁴. En cualquier caso, sirva como ilustración de la enorme dificultad de comparar los sistemas de pensiones europeos, especialmente los privados, debido tanto a las diferencias institucionales existentes como a la complejidad de cada sistema nacional. Simplemente, es muy difícil encajar estos sistemas en una métrica común realmente comparable: las estadísticas existentes son aún muy deficientes en este sentido. En este contexto, introducimos la medición que vamos a utilizar aquí para estudiar los determinantes de la contribución a pensiones privadas personales y voluntarias, extraída de la Encuesta Europea de Ingresos y Condiciones de Vida (EU-SILC) de 2005 (última columna de la tabla 1). Como veremos con más detalle en el siguiente apartado, esta variable mide de manera directa la contribución monetaria a planes de pensiones privados personales y voluntarios, dejando fuera las contribuciones a planes colectivos como los ocupacionales y a todo plan de participación obligatoria, aunque sea privado y personal. Como podemos apreciar en la tabla 1, esta nueva medición tampoco varía en función de la tasa de sustitución estimada por la OCDE, y también aparecen algunas incongruencias con otras medidas como las mostradas en las columnas cuatro, cinco, seis y siete de la tabla para algunos países concretos.

4. EL EU-SILC COMO FUENTE PARA EL ESTUDIO DE LA CONTRIBUCIÓN A PENSIONES PRIVADAS VOLUNTARIAS Y PERSONALES

La Encuesta Europea de Ingresos y Condiciones de Vida (EU-SILC) es la fuente de referencia para estadísticas europeas de ingresos, pobreza y exclusión social (Eurostat, 2007, p. 7). Se viene realizando desde el año 2003, aunque sólo cubre a todos los Estados de la UE desde 2005, que es el año que vamos a analizar en este trabajo. La encuesta se realiza a hogares (y dentro de los hogares, a individuos), siendo representativa del total de la población en todos los estados miembros de la UE. Los tamaños muestrales por países son relativamente grandes, de 6000 a 35000 casos dependiendo del tamaño del país (o de otros factores, como su estructura por regiones). La encuesta tiene un carácter longitudinal (se recoge información de los hogares seleccionados durante varios años, pudiéndose estudiar el cambio en las variables incluidas en la encuesta), pero también se puede utilizar para realizar un estudio transversal (características de la población europea en un momento dado del tiempo) como el que haremos aquí, utilizando el módulo de 2005. En este trabajo, utilizaremos una submuestra del EU-SILC referida sólo a los individuos en edad de trabajar (16-65 años) y en casi todos los casos, a los ocupados (salvo que se indique lo contrario).

El contenido del EU-SILC es bastante rico, cubriendo información demográfica, condiciones de vida, algunas características básicas de la relación laboral de los trabajadores

⁴Por ejemplo, en lo referente a la tasa de sustitución, en 2008 la pensión de jubilación media en el caso de altas en la Seguridad Social alcanzaba según datos de ésta institución los 1.052 Euros al mes, lo que equivale al 67% del salario medio estimado por la Encuesta Anual de Estructura Salarial del mismo año (aunque los valores netos serían mayores). Este dato es bastante más bajo que la tasa bruta de sustitución del 81% estimada por la OECD en su *Pensions at Glance 2009*

y sobre todo, los ingresos (y gastos) con un nivel de detalle considerable. En particular, incluye una medición directa de la contribución a planes privados de pensiones de naturaleza voluntaria y personal, que analizaremos aquí. El contenido de esta encuesta está definido de manera directa por legislación europea, vinculante para los Estados miembros. Pero más allá de la definición más o menos detallada de la información que ha de medir la encuesta, los Estados miembros tienen mucha libertad para operacionalizar tal definición en un cuestionario determinado, e incluso para reconstruir esa información mediante distintas fuentes (por ejemplo, cruzando información de una encuesta con registros administrativos). Este es el problema principal del EU-SILC como fuente estadística para el análisis comparativo: aunque los conceptos subyacentes son los mismos, el instrumento de medida específico (el cuestionario) varía considerablemente entre países, así como el modo específico de recogida de la información (mediante encuestas o registros). En principio, se permite esta flexibilidad en la recogida de la información para aprovechar los recursos estadísticos existentes y para adaptarse a especificidades nacionales que pueden dificultar la recogida de información homogénea entre países tan diversos: pero en la práctica, esta flexibilidad introduce un elemento de indeterminación en la medición de los conceptos que hace que, en la práctica, a menudo se esté midiendo cosas diferentes. O mejor dicho, que hace que no sepamos si realmente estamos midiendo lo mismo o no. Hay que decir que en parte el problema se debe a la limitada documentación disponible sobre los datos europeos de esta encuesta. Para cada variable, esta documentación se limita generalmente a la definición que se utiliza en la legislación básica del EU-SILC, sin dar detalles de cómo fue operacionalizada esta definición en cada país. Este problema de comparabilidad es mayor cuanto menos estandarizada sea la medida, y cuanto más difiera la realidad que se trata de medir. En el caso de la medición de las contribuciones a pensiones privadas voluntarias y personales, supone un serio problema porque no hay una tradición establecida y homogénea de medición, y además se trata de una cuestión de una complejidad intrínseca considerable, como vimos con anterioridad.

Las variables que utilizaremos para nuestro análisis son las que recogen la contribución a pensiones privadas individuales⁵, que se definen como:

“contribuciones hechas, durante el periodo de referencia de los ingresos [el año anterior a la realización de la encuesta], a planes de pensiones privados individuales; esto es, a pensiones contratadas por los hogares individuales por iniciativa y beneficio propio, independientemente de sus empleadores o del estado y fuera de cualquier sistema de seguridad social. Estas contribuciones representan la contrapartida a las pensiones regulares de planes individuales privados. Incluyen: contribuciones a planes individuales de pensiones relacionados con la vejez, supervivencia, enfermedad, discapacidad y desempleo” (Eurostat 2008: 208; traducción propia).

Se excluyen, por tanto, las pensiones privadas obligatorias (importantes en algunos países, como vimos en el anterior apartado) y todas las pensiones ocupacionales; nos quedamos exclusivamente con las pensiones privadas contratadas de manera individual, independientemente de la situación laboral, y por voluntad propia. La exclusión de las

⁵ Las variables en cuestión son PY035G y PY035N.

pensiones privadas obligatorias no es mayor problema para nuestros objetivos, puesto que al ser obligatorias entran dentro de la definición del sistema básico de pensiones, al que en principio accederán todos los individuos independientemente de sus decisiones de ahorro para la vejez; pero la exclusión de las pensiones ocupacionales sí que es más problemática, pues en muchos casos son de participación voluntaria y en muchos países tienen una importancia mayor que los planes privados de naturaleza estrictamente individual. Suponemos que la decisión de excluir estos planes de pensiones de la medición del EU-SILC deriva del hecho de que una parte o el total de estas pensiones ocupacionales suelen estar constituidas por contribuciones del empleador, por lo que la persona afectada puede no conocer siquiera cuál es el montante en cuestión (mientras que en el caso de pensiones personales, es el propio individuo el que realiza la aportación de manera directa, y por tanto debería poder cuantificarla). Pero esto supone un problema para nuestros objetivos, puesto que tenemos sólo una visión parcial de nuestro objeto de estudio: las pensiones privadas voluntarias, que en principio deberían ser utilizadas por las personas para asegurarse unas rentas adecuadas tras la jubilación en un contexto de pensiones básicas cada vez más escuálidas, incluyen tanto las ocupacionales como las personales. No obstante, la variable incluida en el EU-SILC sigue siendo de interés en la medida en que las pensiones privadas voluntarias de carácter personal son las que de manera más pura recogen la idea de iniciativa y responsabilidad individual que se trata de fomentar en la mayor parte de las reformas actuales. De hecho, aunque las pensiones ocupacionales siguen teniendo más peso que las individuales, las que más han crecido en los últimos años son éstas últimas (y probablemente, seguirá siendo así).

La variable de contribución a pensiones privadas personales voluntarias se recoge de dos formas en los distintos países, bruta o neta. En algunos países esta variable sólo está disponible en bruto, en otros en neto, y en otros en ambos. Puesto que nuestro interés principal es contextualizar los datos españoles y éstos están sólo en neto, hemos preferido utilizar esta medición siempre que fuera posible. En los casos en los que sólo aparece la información en términos brutos, lo hemos utilizado de todos modos con el fin de abarcar un número mayor de países.⁶ Sobre esta variable, hemos construido tres indicadores diferentes: 1) *un indicador de cobertura*, que consiste en una variable dicotómica que toma el valor de 1 si el individuo contribuyó a pensiones privadas personales y de 0 si no lo hizo en el año anterior a la encuesta; 2) *un indicador de contribución relativa*, calculado como el porcentaje que supuso la contribución sobre la renta disponible equivalente durante el mismo periodo de referencia⁷; 3) *un indicador de contribución absoluta*, medido en euros.

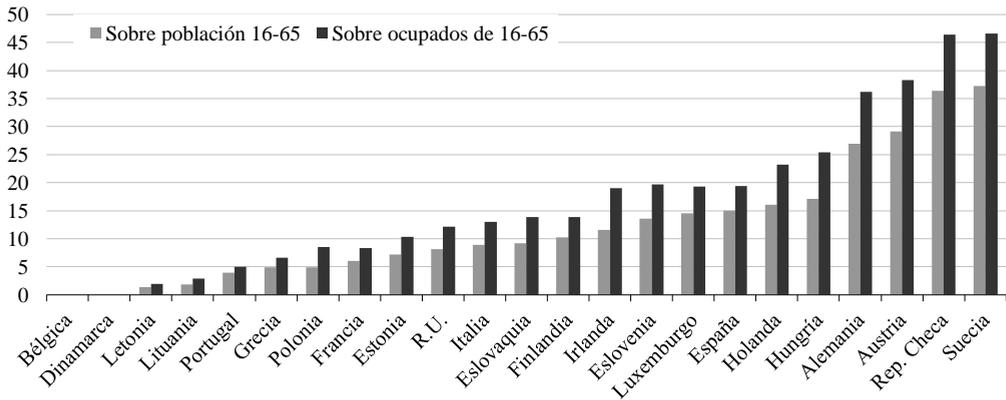
La tabla 2 muestra los valores promedio (ponderados) de los tres indicadores mencionados por país, para el conjunto de individuos de la muestra y para ocupados (en

⁶ La contribución se recoge en términos netos en Austria, Bélgica, República Checa, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Polonia, Suecia y Eslovenia; en términos brutos en Alemania, Dinamarca, Finlandia, Hungría, Lituania, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Reino Unido y Eslovaquia. En la documentación del EU-SILC no queda del todo claro a qué se refiere esta diferenciación entre bruto y neto con respecto a la contribución a planes de pensiones (¿descontando la desgravación fiscal, si la hubiera? ¿o los impuestos generales sobre el ahorro?), pero en cualquier caso se recoge en variables diferentes.

⁷ Esta renta disponible equivalente se calcula como la suma de todos los ingresos de todos los miembros del hogar del individuo, dividida por $1 + 0.5 \times (\text{número de miembros con 14 años o más}) + 0.3 \times (\text{número de miembros con menos de catorce años})$. Para más detalles, ver Eurostat 2008: 135.

ambos casos, limitando la muestra a edades comprendidas entre los 16 y los 65 años). Para facilitar la comparación, se presentan abajo estos mismos resultados de manera gráfica: la figura 1 muestra la cobertura media por país para todos los individuos y para ocupados, y la figura 2 muestra una nube de puntos con los valores de cobertura y contribuciones relativas por país para los ocupados (en lo que sigue, nos centraremos principalmente en la submuestra de individuos ocupados entre 16 y 65 años).

Figura 1: Cobertura de pensiones privadas individuales y voluntarias (EU-SILC 2005)



Fuente: EU-SILC 2005 (elaboración propia)

Tabla 2: Contribución a planes de pensiones privados voluntarios y personales

	Personas entre 16 y 65 años				Ocupados entre 16 y 65 años			
	1. Cobertura	2. Contribución relativa	3. Contribución en euros	Número de casos	1. Cobertura	2. Contribución relativa	3. Contribución en euros	Número de casos
Alemania	26.9	5.8	1,258.20	19,578	36.2	6.1	1,312.80	11,524
Austria	29.1	4.9	1,060.30	8,476	38.3	4.9	1,087.70	5,565
Bélgica	—	—	—	8,040	—	—	—	4,739
Dinamarca	—	—	—	10,080	—	—	—	7,384
Eslovaquia	9.2	5	166.3	11,030	13.9	5	168.3	6,807
Eslovenia	13.6	5	438.5	20,061	19.7	4.8	448	11,602
España	15	9.1	1,076.40	23,616	19.4	8.8	1,102.70	14,187
Estonia	7.2	6.5	290.3	7,758	10.3	6.6	295.8	4,816
Finlandia	10.2	7.1	1,668.50	19,647	13.9	7.2	1,723.70	13,189
Francia	6	7.3	1,767.90	15,115	8.3	6.9	1,605.60	9,570
Grecia	4.9	7.9	926.5	9,125	6.6	7.2	939.9	5,466
Holanda	16.1	9.9	2,289.10	15,043	23.2	10.3	2,341.60	9,757
Hungría	17.1	25.3	200.3	11,495	25.4	24.6	203.6	7,124
Irlanda	11.6	6.9	2,101.50	9,107	19	6.9	2,101.50	5,606
Italia	8.9	9.2	1,636.90	35,917	13	8.6	1,644.10	20,461
Letonia	1.4	4.7	151.7	5,984	1.9	5	160.1	3,847
Lituania	1.8	5	182.2	7,907	2.9	5.1	183.7	4,777
Luxemburgo	14.5	5.6	1,927.70	6,464	19.3	5.3	1,846.40	3,995
Polonia	4.9	10.7	373.8	31,136	8.5	10.6	383.3	15,333
Portugal	3.9	9.3	1,358.50	8,091	5	9.1	1,332.70	5,311
R.U.	8.1	14.9	2,169.60	15,793	12.1	13.9	2,204.20	9,790
Rep. Checa	36.4	3.3	168.5	6,781	46.4	3.3	176.8	4,355
Suecia	37.3	3.2	738.9	10,147	46.6	3.2	756.7	6,933

Fuente: *EU-SILC 2005*(elaboración propia)

Si comparamos estos datos con los vistos en el apartado anterior, aparecen algunas diferencias sorprendentes, en algunos casos demasiado grandes como para poder achacarse a problemas menores asociados al uso de diferentes instrumentos de medición. Por ejemplo, el porcentaje de cobertura de planes voluntarios personales en Alemania de acuerdo con la OCDE sería del 13%, mientras que de acuerdo con el EU-SILC (para ocupados) sería del 36%. El porcentaje de cobertura también es bastante mayor en el EU-SILC en Austria y Grecia, pero bastante menor en Polonia y España, con respecto a los datos de la OCDE. En este último caso, la cobertura estimada a partir de datos del SILC es significativamente menor que la generada a partir de la *¿Encuesta Financiera de las Familias?* presentada en Antón et al. (2014), ocurriendo lo mismo con la contribución en euros. Hay que decir que los datos no son directamente comparables, al provenir de fuentes distintas y posiblemente con algunas diferencias en las definiciones subyacentes: pero aun así, en algunos casos las diferencias parecen excesivamente grandes. El EU-SILC no proporciona resultados para Bélgica y Dinamarca, dos países en los que las pensiones privadas voluntarias y personales sí que tienen cierta importancia (véase, por ejemplo, Herbertsson, Orszag y Orszag, 2000 o Trampusch et al. 2010).

Estas inconsistencias apuntan sin ninguna duda a la existencia de problemas de medición en los datos del EU-SILC, aunque hay que decir que se trata de problemas probablemente derivados de la dificultad de medición comparable de las pensiones privadas europeas, que comparten otras fuentes como las vistas más arriba de la OCDE y la Comisión Europea. Veamos primero los problemas claramente relacionados con el instrumento. Como vimos más arriba, el EU-SILC es una fuente armonizada a nivel europeo, pero con una armonización débil, realizada al nivel de los conceptos pero dejando mucha libertad a cada instituto nacional de estadística para el diseño final de la herramienta de recogida de información (el cuestionario) e incluso la forma de recogida de esta información (encuesta o registro administrativo). Por ejemplo, en todos los países nórdicos (ver Eurostat, 2006, p. 17-18) la información relacionada con los ingresos y buena parte de la información relacionada con el gasto (incluyendo el gasto en pensiones privadas, en principio), proviene de registros administrativos en vez de encuestas. Incluso en los países que realizan encuestas específicas para recoger la información necesaria para el EU-SILC, hay una diversidad considerable en la manera de preguntar por las pensiones privadas. Por ejemplo, en el cuestionario español se incluyen solo dos preguntas extremadamente simples (“¿Efectuó personalmente durante 2004 alguna aportación a esquemas privados de pensiones no relacionadas con el trabajo u ocupación?” y “¿Cuál fue el importe anual de esas aportaciones?”), mientras que en el cuestionario irlandés hay varias páginas con preguntas específicas sobre la contribución a distintos tipos de planes privados⁸. Realmente, la legislación del EU-SILC sólo da una definición genérica del tipo de información que debe aportar cada país, pero teniendo en cuenta la enorme diversidad en la recogida de información que hay en cada caso y el hecho de que cada país reconstruye la variable final armonizada en función de su interpretación de esa definición genérica, el nivel de armonización efectiva de la información final es bastante discutible. Es probable (aunque, como decimos, la poca documentación sobre el tema no nos permite concluir esto con total seguridad) que haya ligeras diferencias en los conceptos reales de pensiones privadas personales y voluntarias en cada país, que hagan que los

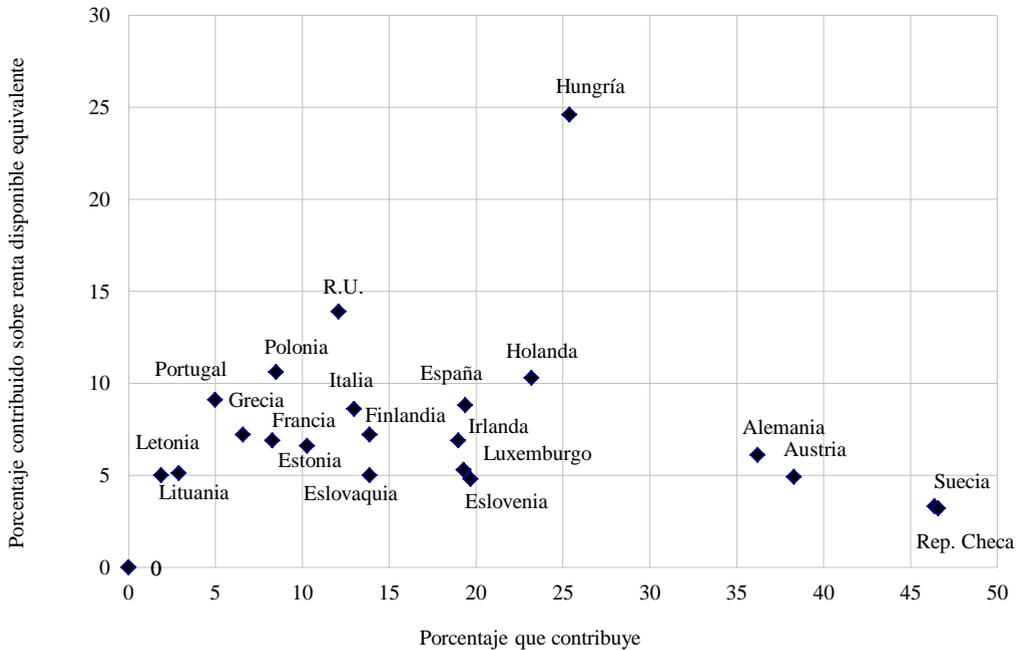
⁸Todos los cuestionarios nacionales están disponibles en <http://circa.europa.eu/Public/irc/dsis/eusilc/library?l=/questionnaires/2005&vm=detailed&sb=Title>.

resultados finales no sean en todos los casos estrictamente comparables. Tenemos que tener en cuenta, además, que estamos utilizando la primera oleada realmente comparable del EU-SILC (la de 2005). Cualquier fuente estadística de nueva creación incorpora cierto error de medición en las primeras oleadas, hasta que se estandarizan las mediciones.

Dicho esto, tampoco hay que ser excesivamente negativo con los datos sobre pensiones privadas en el EU-SILC. Sería absurdo concluir que los resultados mostrados en la figura 1 reflejan únicamente ruido estadístico y errores de medición: aunque hay que tomarlos con muchas precauciones, no dejan de proporcionar un indicador valioso (aunque problemático) sobre la contribución a pensiones privadas personales y voluntarias en Europa. En parte, los problemas de medición antes mencionados son simplemente el resultado de la propia complejidad de los sistemas de pensiones europeos: cualquier medición en este tema incorpora importantes problemas para la comparación. Como vimos antes, los datos aportados por la OCDE y la Comisión Europea también tienen importantes inconsistencias entre sí: por ello, no hay que asumir necesariamente que cuando haya una diferencia entre los resultados del EU-SILC y la OCDE es porque la primera fuente está equivocada –podría suceder precisamente lo contrario–. Los datos del EU-SILC sobre contribución a pensiones privadas son problemáticos y hay que tomarlos con mucha cautela, pero son los únicos datos internacionales disponibles que permiten un análisis a nivel individual, necesario para estudiar los determinantes de la aportación a pensiones privadas voluntarias.

La figura 2 muestra de manera simultánea la cobertura y la contribución relativa a planes de pensiones privadas voluntarias y personales en Europa. En la mayor parte de los casos, la contribución está entre el 5 y el 10% de la renta disponible equivalente. Sólo en el Reino Unido, Polonia, Holanda y Hungría supera el 10%. De acuerdo con los datos del EU-SILC, Hungría es el país en el que las pensiones privadas personales y voluntarias tienen un mayor peso en el sistema, puesto que participan en ellas más de un 25% de los trabajadores, y los que contribuyen dedican casi una cuarta parte de su renta disponible a esta cuestión. El peso de las pensiones privadas en Alemania y Austria también es importante, pues aunque la contribución relativa promedio no es muy alta (6 y 5%, relativamente), el porcentaje de trabajadores que participa en un plan de pensiones de este tipo está muy por encima de la media europea (por encima de un tercio del total de trabajadores). Por último, los dos países con una tasa mayor de cobertura de pensiones privadas personales y voluntarias, Suecia y la República Checa, son los que realizan contribuciones relativas menores de todos los países que cubre el EU-SILC (en torno a un 3%). La figura 2 también permite observar que la posición de España en Europa en lo que respecta a la cobertura y contribución a pensiones privadas personales y voluntarias es relativamente alta, estando por encima de la media en ambos aspectos (es el séptimo país con una tasa de cobertura mayor, del 19.4%, y el sexto con una mayor contribución relativa media, del 9%).

Figura 2: Cobertura y contribución relativa a pensiones privadas individuales y voluntarias (EU-SILC 2005).



Fuente: EU-SILC 2005 (elaboración propia)

5. FACTORES DETERMINANTES DE LA PARTICIPACIÓN Y CONTRIBUCIÓN A PENSIONES PRIVADAS VOLUNTARIAS Y PERSONALES EN EUROPA

En este apartado, vamos a estudiar la distribución de la participación y contribución a pensiones privadas voluntarias y personales en la UE en función, principalmente, de tres factores que son clave para entender la equidad de las rentas futuras derivadas de este tipo de pensiones: la edad, los ingresos y el género. En los modelos econométricos que presentaremos más adelante, introduciremos otros factores suplementarios, si bien principalmente con la finalidad de establecer una condición de *ceteris paribus* que nos permita evaluar el efecto específico de cada uno de estos tres factores principales.

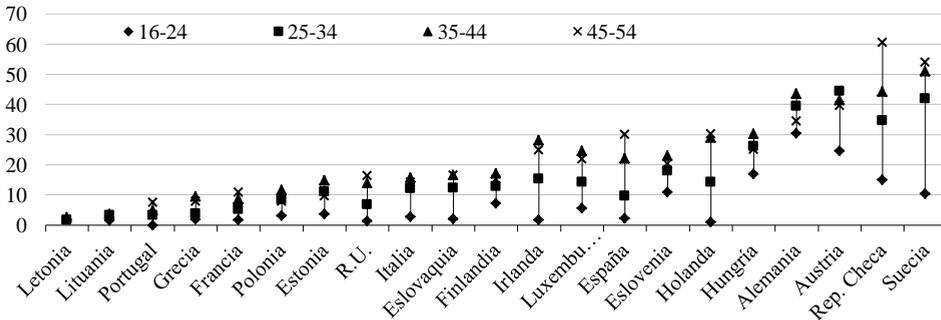
¿Por qué son importantes la edad, los ingresos y el género con respecto a la futura distribución y equidad de las pensiones privadas? La importancia de la edad tal vez sea la más evidente. Las pensiones privadas son básicamente un mecanismo de ahorro individual de rentas presentes para asegurar un nivel de rentas adecuado tras la jubilación. La cuantía de la prestación en este tipo de pensiones depende directamente de la cuantía de la contribución, de modo que para un nivel determinado de contribución, cuanto antes se participe en estos planes de pensiones mayor será la prestación. La cobertura y contribución por edades en la actualidad nos indica cómo serán los niveles y distribución de las pensiones futuras. La

importancia de los ingresos está más directamente vinculada a cuestiones de equidad: en un contexto de privatización creciente de la responsabilidad de proveer pensiones para la vejez, en el que tanto la disponibilidad de ingresos para el ahorro como la disposición a ahorrar varían considerablemente entre la población, la existencia de fuertes diferencias en la contribución a pensiones privadas llevaría a una acentuación de las desigualdades actuales tras la jubilación. El género, por último, es un factor fundamental de desigualdad en general, y resulta de interés evaluar si la creciente privatización de las pensiones podría también tener un efecto negativo sobre los niveles de desigualdad de renta con respecto a esta variable.

Las figuras 3, 4 y 5 muestran de manera visual la distribución de la cobertura de pensiones privadas personales y voluntarias en Europa en función de la edad, los ingresos laborales (por decilas) y el género. Aunque más adelante estudiaremos el efecto de cada una de estas variables dentro de modelos econométricos que nos permiten controlar por el efecto de terceras variables (omitidas en las figuras anteriores), las relaciones bivariadas mostradas en estas tres figuras son realmente más importantes, puesto que es la simple distribución de las diferencias en la contribución a pensiones privadas la que determinará de manera directa (independientemente del posible efecto de terceras variables) la distribución de rentas de los individuos afectados tras su jubilación. Por tanto, las relaciones bivariadas que veremos ahora permiten responder a la pregunta fundamental sobre las implicaciones que puede tener la privatización creciente de las pensiones sobre las desigualdades tras la jubilación, mientras que los modelos econométricos que veremos a continuación nos permitirán entender mejor cuál es la asociación entre estas tres variables y la contribución a pensiones privadas (eliminando el posible efecto de terceras variables relacionadas).

La figura 3 refleja diferencias muy importantes en la participación a pensiones privadas en función de la edad en casi todos los casos. Para estudiar la relación entre participación en pensiones privadas y edad, hemos creado categorías de edades por intervalos de diez años (representando el porcentaje de participación para cada categoría con un símbolo distinto). En una mayoría de países, los ocupados más jóvenes (entre 16 y 24 años) no contribuyen casi en absoluto a pensiones privadas individuales y voluntarias: la vejez queda simplemente demasiado lejos. La cobertura para este grupo etario es inferior al 5% en casi todos los países europeos. Hay una serie de excepciones, no obstante, con niveles de participación para los más jóvenes que superan el 10%, como Eslovenia, Hungría, Alemania, Austria, la República Checa y Suecia. Alemania y Austria tienen unos niveles de cobertura en pensiones privadas personales excepcionalmente alto para los más jóvenes (un 30% y un 25% respectivamente). En general, la cobertura aumenta con la edad, aunque no de manera uniforme. El aumento mayor se suele dar entre los más jóvenes y los que tienen de 25 a 34 años, aunque en algunos países también aumenta mucho en el siguiente grupo de edades. Pero en casi todos los casos (la única excepción es la República Checa), el aumento se estanca a partir de ese grupo de edad (o sea, la cobertura prácticamente no aumenta desde los 35-44 hasta los 45-54); de hecho, en algunos casos hay una reducción en la participación para el grupo de edad de 45 a 54 años con respecto al anterior (sobre todo, en Alemania y Holanda). La dispersión de los niveles de cobertura por grupos etarios es muy importante en la mayoría de los países, con algunas excepciones notables, como Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Alemania y Austria. En estos países, así como en Suecia, si eliminamos de la comparación al grupo de los más jóvenes, las diferencias por edades casi desaparecen. Con respecto a España, es uno de los países en los que hay más diferencia en la contribución por edades, y se trata de una diferencia cuyo aumento es casi uniforme para cada grupo etario.

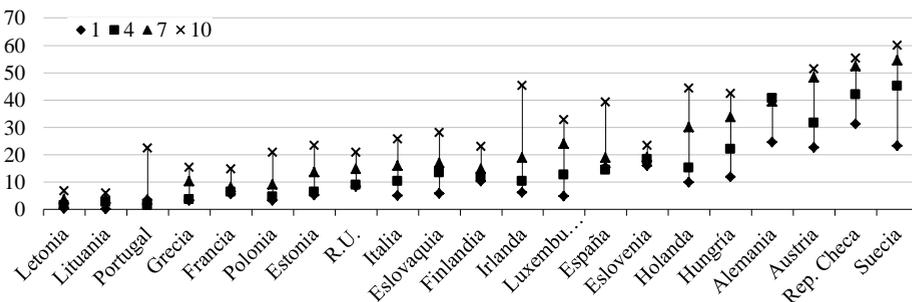
Figura 3: Diferencias de cobertura por edades (ocupados) (EU-SILC 2005)



Fuente: EU-SILC 2005 (elaboración propia).

Como se puede apreciar en la figura 4, en lo que se refiere a la cobertura de las pensiones privadas personales las diferencias por ingresos son tan importantes o más que las etarias. En algunos países (como Portugal, Polonia, Irlanda o España), las diferencias por ingresos se disparan a partir de la séptima decila (o sea, que los que principalmente participan en este tipo de planes de pensiones son los que tienen ingresos más altos). En otros, las diferencias entre decilas son más uniformes, o incluso la participación disminuye ligeramente en las decilas más altas (como en Suecia, República Checa, Austria o Alemania). Donde las diferencias por ingresos en cobertura de las pensiones privadas voluntarias y personales es menor es en Eslovenia y Alemania; en el resto de países, las diferencias son importantes y tienen claras implicaciones para la futura distribución de la renta entre los jubilados (hay que tener en cuenta que aquí sólo estamos evaluando las diferencias en la cobertura: si evaluáramos las diferencias en las contribuciones, que son las que determinan directamente las prestaciones futuras, éstas serían muchísimo mayores, augurando aún mayores desigualdades). En España, las diferencias en cobertura de pensiones privadas también son muy importantes, y están acumuladas en las últimas decilas de ingresos (hasta la decila séptima, el porcentaje de ocupados participantes en pensiones privadas personales no llega al 20%, mientras que este porcentaje se dobla hasta el 40% para los de la decila superior).

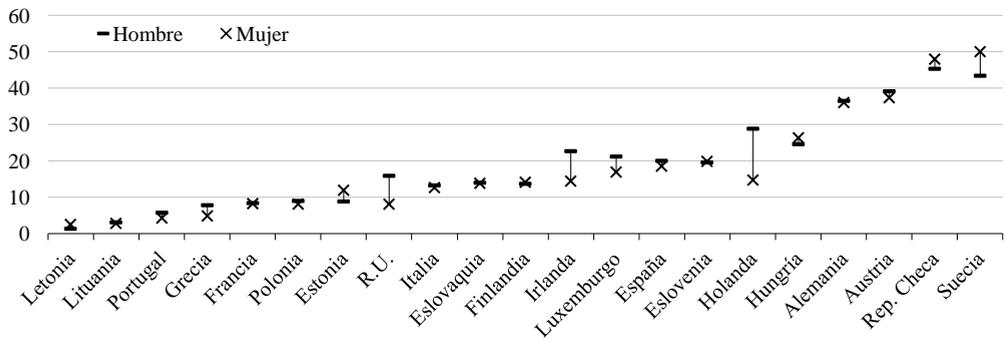
Figura 4: Diferencias de cobertura por decilas de ingresos laborales (ocupados) (EU-SILC 2005).



Fuente: EU-SILC 2005 (elaboración propia).

Por último, la figura 5 muestra las diferencias en cobertura de pensiones privadas en función del género. Se puede apreciar inmediatamente que las diferencias en este caso son, en términos generales, mucho menores que en los dos anteriores, aunque hay excepciones importantes. En el Reino Unido, Irlanda y sobre todo Holanda hay una diferencia considerable entre la cobertura de mujeres y hombres a favor de estos últimos, mientras que en la República Checa y en Suecia sucede exactamente lo contrario. En el resto de países, las diferencias son demasiado pequeñas como para sugerir un problema futuro de fuertes desigualdades por género en las prestaciones de pensiones privadas personales y voluntarias (de nuevo, sin tener en cuenta el nivel de contribución en sí, sino únicamente la cobertura), sin que esto quiera decir que no pueda haber desigualdades de renta importantes en la vejez por género para cualquier otra fuente de renta. Con los modelos econométricos que desarrollaremos más adelante intentaremos de entender mejor el contradictorio efecto del género en los países en los que esta variable sí que discrimina claramente los niveles de cobertura de pensiones privadas de carácter voluntario y personal.

Figura 5: Diferencias de cobertura por género (ocupados) (EU-SILC 2005)



Fuente: EU-SILC 2005 (elaboración propia)

Con este marco de referencia se ha procedido a realizar un análisis de regresión con la finalidad de estudiar los determinantes la participación individual en planes de pensiones privados y voluntarios (tabla 3) y la intensidad de dicha contribución, tanto en términos relativos a la renta disponible equivalente (tabla 4) como en euros (tabla 5). Concretamente, para estudiar los determinantes de la decisión de aportar haremos uso de un modelo *Probit* (pues la variable dependiente tiene forma binaria, con valor de 1 si el individuo participó y 0 si no lo hizo), mientras que para el análisis de los determinantes del valor de las aportaciones utilizaremos un modelo *Tobit* (pues en este caso, las variables dependientes son continuas censuradas, con valores de 0 a 100 en el caso de la contribución relativa y de 0 a infinito en el caso de la contribución absoluta). No volveremos a explicar las características de dichos modelos econométricos, pues ya fueron detallados en el capítulo anterior. Estos modelos han sido estimados sólo para aquellos países en los que, de acuerdo con el SILC, la tasa de cobertura de pensiones privadas personales e individuales supera el 10% (13 países en total; también se ha eliminado Luxemburgo).

Nuestro objetivo principal con estos modelos econométricos es evaluar las tres variables centrales de este apartado (edad, ingresos y género) descontando el efecto de

terceras variables (esto es, *ceteris paribus*). Para ello, los coeficientes en los tres modelos se muestran en la forma de efectos marginales calculados sobre los valores medios de las variables independientes. Para las tres variables principales, podemos resumir los resultados de las tablas 3, 4 y 5 del siguiente modo:

1. *Edad*: los coeficientes asociados a la edad (tanto a la edad tal cual como a la edad elevada al cuadrado) tienen en todos los países un alto grado de significatividad estadística, y el efecto marginal es en todos los casos muy importante. El efecto marginal para la variable edad es positivo, y negativo para la misma variable en forma cuadrática, lo que indica que tanto la participación como la contribución a pensiones privadas voluntarias y personales aumenta con la edad, pero de manera decreciente (como vimos en el análisis descriptivo anterior, a partir de los 40-45 años el aumento en la participación se estanca en casi todos los países).
2. *Ingresos*: efecto también muy importante y también significativo en todos los casos. La forma que adopta la relación entre ingresos y participación/contribución a pensiones privadas voluntarias y personales es la misma que la edad, esto es, positiva pero decreciente.
3. *Género*: esta variable tiene un efecto mucho menos generalizado, de hecho en muchos países el coeficiente ni siquiera es estadísticamente significativo. Pero es interesante constatar que en los pocos países en los que es significativo, los resultados son más diversos que en casi ningún otro caso: en Holanda y Reino Unido, las mujeres tienen mucha menor probabilidad de participar en planes privados personales y voluntarios de pensiones, y su contribución es mucho menor, mientras que en Suecia y Finlandia ocurre exactamente lo contrario.

Además de las tres variables principales, los modelos econométricos mostrados en las tablas señaladas incluyen una serie de variables de control que, aunque cumplen una función secundaria, en algunos casos tienen interés en sí mismas. En la selección de estas variables hemos intentado tener en cuenta los resultados de modelos similares anteriores realizados a nivel nacional (Domínguez-Barrero y López, 2007, Guariglia y Markose, 2000, Huberman et al., 2007 y Yuh y DeVaney, 1996). Estas variables incluyen: tres variables sociodemográficas básicas (educación, país de nacimiento y estado civil), dos variables relativas al hogar (si es propiedad del entrevistado y si conviven niños dependientes), dos variables de estatus laboral (si trabaja a tiempo parcial y si es autónomo) y una serie de variables dicotómicas recogiendo distintos grupos ocupacionales específicos (directivos, profesionales, agricultores y trabajadores no cualificados). Aunque prácticamente todas estas variables tienen efectos significativos en al menos algunos países de los mostrados en las tablas 3, 4 y 5, hay tres que tienen un efecto generalizado e importante.

Primero, el país de nacimiento, que tiene un efecto negativo importante en casi todos los países: teniendo en cuenta el aumento en el número de inmigrantes en varios países europeos en los últimos años, la tendencia generalizada hacia una privatización de la provisión de pensiones, y que este efecto negativo de la inmigración sobre la contribución a pensiones privadas está calculado *ceteris paribus* (lo que quiere decir que si se calculara en bruto, que como venimos diciendo es el dato clave en términos de equidad futura de las pensiones de vejez), este resultado augura problemas importantes de desigualdad y pobreza tras la jubilación para los inmigrantes en casi toda Europa. La segunda variable de control con interés en sí misma es la posesión de casa propia, que tiene un efecto generalizado

positivo (que probablemente sería mayor si pudiéramos diferenciar a los que tienen la casa ya pagada y los que no). Y la tercera variable importante es el estatus de trabajador autónomo, que en casi todos los casos tiene un efecto significativo y positivo, de bastante intensidad: lo que probablemente sugiera esto es que en muchos países los sistemas de pensiones obligatorias están principalmente diseñados pensando en los trabajadores asalariados, no cubriendo satisfactoriamente a los trabajadores autónomos, que tienen que buscarse otras vías de provisión.

Tabla 3: Determinantes de la participación en planes de pensiones privados individuales y voluntarios (EU-SILC 2005)

	Austria	Rep. Checa	Alemania	España	Finlandia	Hungría	Irlanda	Italia	Holanda	Suecia	Eslovenia	Eslovaquia	R.U.
Edad	0.0425***	0.0362***	0.0307***	0.0356***	0.0201***	0.0275***	0.0347***	0.0264***	0.0524***	0.0519***	0.0309***	0.0221***	0.0222***
Edad^2	-0.000568***	-0.000282***	-0.000433***	-0.000333***	-0.000244***	-0.000352***	-0.000388***	-0.000320***	-0.000557***	-0.000551***	-0.000377***	-0.000269***	-0.000225***
Ingresos	0.00855***	0.0155***	0.00186***	0.00570***	0.00352***	0.0146***	0.00349***	0.00244***	0.00200*	0.00925***	0.00582***	0.0109***	0.000720***
Ingresos^2	-4.32e-8**	-1.20e-7**	-1.76e-9**	-2.73e-08***	-1.11e-08***	-8.47e-08***	-5.23e-9***	-2.33e-9***	-4.54e-9	-4.51e-8	-6.45e-8	-1.62e-7**	-5.98e-10**
Mujer	0.0474**	0.0420*	0.0290*	0.0228**	0.0279***	0.0295*	-0.0127	0.0102	-0.0888***	0.102***	0.0088	0.00311	-0.0393***
Educac. baja (ref. media)	-0.125***	-0.0428	-0.0466*	-0.0260**	-0.0259*	-0.0825***	-0.023	-0.0319***	-0.0315**	-0.0560**	-0.00859	-0.0597**	-0.0158
Educac. alta (ref. media)	0.00606	-0.0142	0.0281*	0.0101	0.0216*	-0.0129	0.0464**	-0.00427	-0.00383	0.0153	-0.0256	0.00639	-0.0145*
Inmigrante	-0.185***	-0.152***	-0.108***	-0.0888***	-0.0577***	-0.0958**	-0.0215	-0.0470***	-0.0618***	-0.143***	-0.0455***	-0.0269	-0.0237**
Casado	-0.00428	-0.0967***	0.0276	-0.00379	-0.0115	-0.0389*	0.00378	0.00715	-0.00525	-0.0722***	-0.0326	-0.0165	-0.0136
Propietario casa	-0.0359*	0.0987***	-0.0139	0.0370***	0.0843***	0.0127	0.0829***	0.0304***	0.0680***	0.120***	-0.00222	0.00768	0.0487***
Niños dependientes	-0.0580***	-0.0285	0.00528	-0.0117	-0.0226**	-0.00248	0.0181	-0.00955	-0.0106	-0.0138	-0.00106	-0.0106	-0.01
Tiempo parcial	-0.034	-0.073	-0.0395**	-0.00522	-0.00754	-0.0741***	-0.0325*	-0.00503	-0.0222	-0.0198	-0.0126	-0.0418	-0.0314***
Autónomo	-0.037	-0.0878***	0.0377	0.130***	0.0609***	-0.0810***	0.253***	0.0673***	0.203***	-0.0730**	0.101***	-0.0339**	0.132***
Directivo	0.112**	0.00932	0.0164	0.0432*	0.0186	0.0221	0.00762	0.0166	0.00789	-0.0553	0.0139	0.0313	0.0209*
Profesional/técnico	0.0282	0.0336	-0.0257*	0.0101	0.00326	0.0286	0.0217	0.00951	0.0286*	-0.0129	-0.00433	0.0439***	-0.0159*
Agricultor	-0.0762	-0.0115	-0.00534	-0.0476**	0.021	-0.151***	-0.0939***	-0.0257	-0.0543	0.0337	0.0339	-0.0368	0.0176
Trabajo no cualificado	-0.0647*	-0.0828*	-0.0861**	-0.0477***	-0.00906	-0.0137	-0.0359	-0.0352***	-0.0321	-0.0907*	-0.0283	-0.0261	-0.00405
N	5565	4339	11524	14169	13189	6695	5606	20461	9757	6933	11602	6807	9706
Pseudo R-cuadrado	0.077	0.084	0.032	0.12	0.08	0.054	0.2	0.061	0.131	0.078	0.02	0.034	0.108

Los coeficientes expresan efectos marginales

* $p < 0.05$, ** $p < 0.01$, *** $p < 0.001$

Tabla 4: Determinantes de la contribución relativa (sobre renta disponible equivalente) a planes de pensiones privados individuales y voluntarios (EU-SILC 2005)

	Austria	Rep. Checa	Alemania	España	Finlandia	Hungría	Irlanda	Italia	Holanda	Suecia	Eslovenia	Eslovaquia	R.U.
Edad	0.279***	0.156***	0.243***	0.387***	0.151***	0.1018***	0.220***	0.285***	0.623***	0.325***	0.189***	0.145***	0.415***
Edad^2	-0.00352***	-0.00120***	-0.00318***	-0.00345***	-0.00171***	-0.00150***	-0.00243***	-0.00344***	-0.00671***	-0.00327***	-0.00229***	-0.00176***	-0.00398***
Ingresos	0.0319***	0.0265	0.0131**	0.0242**	0.0284***	0.0531***	0.0185***	0.0196***	0.0424***	0.0271***	0.00559	0.0639***	0.00861**
Ingresos^2	-0.00000018*	-0.000000303*	-1.63e-08**	-0.000000108*	-9.11e-8***	-0.000000321***	-3.01e-8***	-2.02e-8***	-0.000000131***	-3.45e-8	-5.87e-9	-0.00000114**	-7.59e-9*
Mujer	0.075	-0.0356	-0.00826	0.0978	0.198**	-0.0426	-0.102	0.0372	-0.999***	0.316***	0.029	-0.0204	-0.897***
Educac. baja (ref. media)	-0.875***	-0.2	-0.366	-0.291*	-0.179	-0.3493***	-0.117	-0.305***	-0.29	-0.375**	-0.0453	-0.360**	-0.357*
Educac. alta (ref. media)	0.247	0.0526	0.402***	0.258	0.214**	-0.0929	0.19	-0.0366	-0.105	0.215**	-0.109	0.0796	-0.118
Inmigrante	-0.971***	-0.630***	-0.809***	-0.933***	-0.455***	-0.3786**	-0.0952	-0.334*	-0.585*	-0.289***	-0.303***	-0.24	-0.271
Casado	0.187	-0.297**	0.373	0.175	-0.0202	-0.1527*	0.0818	0.143	-0.21	-0.441***	-0.217*	-0.106	-0.227
Propietario casa	-0.281**	0.287***	-0.221	0.332*	0.678***	0.0294	0.510***	0.300***	0.619***	0.531***	-0.0184	0.0253	0.821***
Niños dependientes	-0.214*	0.0479	0.132	0.0313	-0.166**	-0.0427	0.185*	0.00973	0.0617	-0.219**	0.00478	-0.0649	-0.207
Tiempo parcial	-0.284*	-0.363*	-0.455***	-0.202	-0.103	-0.4516***	-0.304**	-0.103	-0.277	-0.125	-0.0899	-0.253	-0.656***
Autónomo	0.206	-0.086	1.888***	2.421***	0.630***	-0.4203***	3.209***	0.910***	5.985***	0.115	1.099***	0.015	3.123***
Directivo	0.784**	0.0749	0.394	0.770**	0.139	0.2647*	0.133	0.302*	0.0692	-0.0835	0.229	0.264	0.433*
Profesional/técnico	0.155	0.182*	-0.197	0.256	0.0452	0.1271	0.177	0.115	0.252	0.0046	0.0164	0.287***	-0.335*
Agricultor	-0.649**	0.0529	0.145	-0.761***	0.187	-0.5892***	-0.568***	-0.225	-0.164	0.105	0.5	-0.235	-0.301
Trabajo no cualificado	-0.308	-0.198	-0.880***	-0.653***	-0.12	-0.1256	-0.264*	-0.253	-0.258	-0.614**	-0.167	-0.191	-0.0624
N	5565	4339	11524	14169	13189	7124	5606	20461	9757	6933	11602	6807	9790
Pseudo R-cuadrado	0.025	0.032	0.012	0.047	0.04	0.015	0.106	0.024	0.066	0.016	0.013	0.015	0.046

* $p < 0.05$, ** $p < 0.01$, *** $p < 0.001$

Tabla 5: Determinantes de la contribución absoluta (en euros) a planes de pensiones privados individuales y voluntarios (EU-SILC 2005)

	Austria	Rep. Checa	Alemania	España	Finlandia	Hungría	Irlanda	Italia	Holanda	Suecia	Eslovenia	Eslovaquia	R.U.
Edad	54.28***	6.960***	47.74***	38.04***	31.62***	5.157***	65.66***	44.65***	200.5***	42.14***	15.14***	5.896**	52.04***
Edad^2	-0.691***	-0.0476**	-0.670***	-0.325***	-0.355***	-0.0660***	-0.734***	-0.536***	-2.133***	-0.380***	-0.184***	-0.0717**	-0.514***
Ingresos	15.26***	5.754***	11.66***	7.701***	7.619***	5.144***	13.42***	5.052***	10.00*	16.53***	2.616**	3.120**	3.150***
Ingresos^2	-0.0000672**	-0.0000534***	-0.0000110***	-0.0000220*	-0.0000202***	-0.0000281***	-0.0000175***	-0.00000457***	-1.82e-5	3.08e-7	-1.85e-5	-0.0000446*	-0.00000241***
Mujer	58.46*	7.172	53.59*	28.80**	53.83***	5.533	23.83	14.65	-278.6***	108.9***	5.302	0.571	-100.5***
Educac. baja (ref. media)	-176.1***	-12.35	-60.41	-36.50**	-42.96*	-21.52***	-30.97	-49.98***	-15.4	-68.63**	-5.923	-14.82**	-35.66
Educac. alta (ref. media)	62.12*	11.24	76.95**	36.23*	49.44**	-1.658	53.73	0.671	-41.99	75.23***	-8.533	2.798	-9.099
Inmigrante	-192.8***	-31.73***	-139.0*	-95.85***	-101.2***	-19.44*	-26.15	-78.23***	-202.3**	-92.56**	-25.62***	-3.371	-48.07*
Casado	-12.39	-17.57***	63.61	-1.253	-20.16	-9.893*	47.41	8.644	-79.92	-101.3***	-21.18*	-4.876	-31.4
Propietario casa	-39.78	17.50***	-13.87	42.54**	151.4***	5.61	161.9***	50.93***	223.2***	99.78***	0.337	1.718	116.2***
Niños dependientes	-93.41***	-7.886*	-28.51	-12.6	-47.90***	-2.968	18.89	-15	-46.03	-29.95	-1.175	-5.648	-29.73
Tiempo parcial	-22.41	-16.11*	-30.07	-6.88	-13.23	-18.26***	-29.68	-3.744	-60.01	5.393	-9.435	-9.089	-67.71***
Autónomo	7.486	-7.701	432.6***	193.5***	139.4***	-15.40**	1068.6***	136.1***	1410.8***	79.28	84.89***	-4.226	392.3***
Directivo	249.9**	6.834	3.772	67.33*	45.27	3.674	-14.42	46.18*	113.7	-7.162	19.23	9.071	74.44**
Profesional/técnico	34.31	11.04*	-32.48	13.34	9.176	5.269	41.38	21.58	135.2*	-29.84	1.265	9.881**	-19.76
Agricultor	-130.6*	-3.504	-69.06	-67.87***	34.1	-35.01***	-186.4***	-37.41	-152	50.59	30.72	-10.89	28.05
Trabajo no cualificado	-66.99	-13.2	-171.8***	-60.96***	-26.29	2.758	-70.91	-53.76**	-115.1	-83.55*	-14.07	-7.659	-4.221
N	5565	4339	11524	14169	13189	6695	5606	20461	9757	6933	11602	6807	9706
Pseudo R- cuadrado	0.016	0.021	0.009	0.033	0.024	0.017	0.057	0.02	0.027	0.017	0.007	0.01	0.031

Los coeficientes expresan efectos marginales

* $p < 0.05$, ** $p < 0.01$, *** $p < 0.001$

6. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos explorado los determinantes de las aportaciones a planes de pensiones privadas personales y voluntarios en Europa. Se trata de un tema extremadamente complejo, del que prácticamente no existen estudios previos por la dificultad de comparar sistemas de pensiones tan diferentes como los existentes en los distintos países europeos (existen estudios para países específicos, pero prácticamente ninguno desde una perspectiva comparada). Con esa finalidad hemos recurrido al uso de microdatos de la única encuesta europea que incluye una medición directa de las aportaciones a pensiones privadas, la Encuesta Europea de Ingresos y Condiciones de Vida (EU-SILC). Aunque la información sobre pensiones de esta fuente no está exenta de problemas, la misma permite realizar una primera aproximación al tema que nos ocupa y su estudio permite avanzar algunas claves interesantes sobre cómo pueden ser las pensiones en un futuro en el que con total seguridad la responsabilidad de provisión de recursos para la vejez dependerá en mucha mayor medida que en la actualidad de las decisiones privadas de los individuos. Entre los factores que afectan a la participación de los trabajadores en sistemas privados de previsión para la vejez nos gustaría destacar dos en estas conclusiones. La edad de los trabajadores tiene en toda Europa una gran influencia sobre los niveles de participación y contribución a pensiones privadas, lo que apunta a posibles problemas futuros de adecuación de estas pensiones, en la medida en que muchas personas pueden llegar a la vejez sin haber contribuido de forma significativa a dichos planes privados de pensiones. Hay que tener en cuenta que en los sistemas públicos de pensiones los trabajadores contribuyen a su pensión desde el primer día de trabajo, lo que sin duda supone una ventaja comparativa de este tipo de sistema frente a los privados. La cobertura de pensiones privadas aumenta con la edad en todos los países, estabilizándose en torno a los 45-50 años, lo que supone que un porcentaje importante de trabajadores sólo habrá contribuido entre 15 y 20 años a los planes de pensiones privados cuando llegue su jubilación. Las importantes y generalizadas diferencias por niveles de ingresos en la contribución a pensiones privadas que hemos hallado en nuestro análisis hacen aumentar esta preocupación por la cobertura de las necesidades de la vejez en un futuro probablemente caracterizado por un sistema de pensiones en el que los sistemas complementarios de pensiones privados tengan mayor peso que en la actualidad. Estas diferencias en las contribuciones en función del nivel de ingresos son por definición un mecanismo de transmisión y acentuación de las desigualdades presentes hacia un futuro cada vez más incierto.

7. REFERENCIAS

- ANTOLÍN, P. Y WHITEHOUSE, E.: “Filling the pension gap: coverage and value of voluntary retirement savings”, *OCDE Social, Employment and Migration Working Papers* n. 69, 2009.
- ANTON J.I., FERNANDEZ-MACIAS E., Y MUÑOZ DE BUSTILLO R., (): “Supplementary private pensions and savings: evidence from Spain”, *Journal of Pension Economics and Finance*, 2014, pags. 1-22.
- ANTÓN PÉREZ, J.I. (): “La reforma de los sistemas de pensiones en Europa del Este y su impacto sobre la eficiencia y la equidad”, *Estudios de Economía Aplicada*, 2006 pags. 24-2.

- COMISIÓN EUROPEA (EC): “Privately Managed Funded Private Pension Provision”, *Social Protection Committee Paper*.
- DOMÍNGUEZ-BARRERO, F. Y LÓPEZ-LABORDA, J.: “Why do people invest in personal pension plans?”, *Applied Economics* 39, 2007, pags. 1115-1126.
- DUFFY, K. (1998): *Opportunity and risk: trends of social exclusion in Europe*, Final report of the HDSE Project.
- EBBINGHAUS, B. Y GRONWALD, M.: “The Changing Public-Private Pension Mix in Europe: From Path Dependence to Path Departure”, GOSPE Project Paper, 2010.
- ESTEVE F., Y MUÑOZ DE BUSTILLO, R.: “Mitos y falacias populares en el debate acerca de los sistemas de pensiones”, *Estudios de Economía Aplicada*, vol. 22-2, 2004, pags. 289-316.
- EUROSTAT (2006): EU-SILC 2005 Database Description, EUROSTAT.
- EUROSTAT (2007): EU-SILC 2005 Variables Description, EUROSTAT.
- GUARIGLIA, A. Y MARKOSE, S.: “Voluntary Contributions to Personal Pension Plans: Evidence from the British Household Panel Survey”, *Fiscal Studies*, vol. 21, no. 4, 2000, pags. 469-488.
- HERBERTSSON, T., ORSZAG, J. Y ORSZAG, R.: *Retirement in the Nordic Countries - Prospects and Proposals for Reform*, Nordic Council of Ministers Paper, 2000.
- HUBERMAN, H. ET AL.: “Defined Contribution Pension Plans: Determinants of Participation and Contributions Rates”, *Journal of Financial Services Research*, 2007, pags. 1-32.
- OECD (2007): *Pensions at a glance*, OECD. Paris
- OECD (2009): *Pensions at a glance*, OECD. Paris
- TRAMPUSCH, C. ET AL.: *Pensions in Belgium*, Research on Social Benefits and Collective Agreements Paper, University of Berne, 2010.
- YUH, Y. Y DEVANEY, S.: “Determinants of Couples' Defined Contribution Retirement Funds”, *Financial Counselling and Planning* 7, 1996, pags. 31-38.

Clásicos de la
Seguridad
Social

LABORUM

“Adolfo González Posada” (1860-1944)

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

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

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

PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSS)

1. BIOGRAFÍA INTELECTUAL

Adolfo González Posada, cuyo nombre completo era Adolfo González Posada y Biesca, nace en Oviedo, el 18 de septiembre de 1860 y muere en Madrid, el 8 de julio de 1944. Posada es uno de los grandes reformadores sociales y artífices materiales de la actividad reformista en materia de Derecho Social en el marco del Instituto de Reforma Sociales desde su misma creación. Muchas de las “leyes sociales” pasaron por su pluma. En 1874 Posada comienza su licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo. El joven Posada se desarrolla en un ambiente propio de la burguesía liberal. “Mi familia –nos dice– pertenecía a la burguesía modesta del comercio. La casa de mis padres, joyería y platería, se formará alrededor de un taller de diamantista, fundado y sostenido por mi abuelo y convertido en tienda de joyas por mi padre –antes dependiente y viajante de una gran joyería de Valladolid–. El naciera en Otero de las Dueñas, a seis leguas de León, de familia de campesinos de origen asturiano...” (*Fragmentos de mis Memorias*).

Obtiene el grado de licenciado en 1878. Realiza la tesis doctoral en Madrid, bajo la atenta dirección de Francisco Giner, sobre las *Relaciones entre el Derecho natural y el Derecho positivo*. En Madrid entra en contacto con la Institución Libre de Enseñanza y con el Ateneo (El Presidente del Ateneo, José Moreno Nieto, sería también presidente del Tribunal de doctorado de Posada). Influyen en su formación personalidades tan relevantes como Adolfo Álvarez Buylla y Leopoldo Alas “Clarín”. En 1883 se presenta, y obtiene, la cátedra vacante de Derecho político y administrativo español de la Universidad de Oviedo. Tenía, por entonces, veintitrés años. Fue catedrático de Derecho político de la Universidad de Oviedo durante veinte años (en 1904 abandona Oviedo). En el año 1904 se traslada a Madrid, trabajando en el Instituto de Reformas Sociales hasta 1923; fecha en la que desaparece por decisión del General Primo de Rivera. Tras el golpe de Estado, Posada dimite de todos los cargos que ostentaba en organismos oficiales (Senado, Instituto de Reformas Sociales, Instituto Nacional de Previsión y Consejo de Instrucción Pública), manteniendo solamente la cátedra de la Universidad Central. Desde 1919 pasó a explicar Derecho Municipal en Madrid, y después Derecho Político hasta su jubilación como catedrático en 1931, pero es designado como Decano en funciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central. Presidirá también el Consejo de Estado, órgano asesor del Ministerio en materia de conflictos sociales, y, desde 1935, ostentaría la presidencia del Instituto Nacional de Previsión. En el año 1936, el Gobierno del Frente Popular destituye a Adolfo Posada de su Decanato y, posteriormente, de la presidencia del Instituto Nacional de Previsión. Los

años de la guerra (in)civil transcurren en San Juan de Luz; en 1939 regresa a Madrid, donde muere en 1944. Es uno de los grandes iuspublicistas europeos entre los dos siglos, que contribuyen a cerrar y a abrir una época en los modos de pensar jurídico y político. Se suma a la excelente hornada formada por Anschütz, Duguit, Hauriou y Orlando, en la transición de los dos siglos. Formó parte del conocido “Grupo de Oviedo”, el corazón del krausismo jurídico español. Fue, sin duda, una de las figuras más destacadas de la “edad de oro” de la Universidad de Oviedo, y una de las figuras señeras del pensamiento krausista, el cual supo adaptar a las nuevas exigencias del tiempo en su larga vida. Pero también debe considerarse a Posada como uno de los fundadores de la sociología como ciencia en España, en la época de transición de modos de organización social. Él supo, marcando diferencias con muchos krausistas de su tiempo, conjugar pensamiento y acción desde su ideario krausista de armonía y diálogo social; y no puede precisamente considerarse como una “faceta secundaria en su vida” –destinado como estaba a lograr edad longeva– su papel de actuación política y administrativa en acción, porque una gran parte de su vida profesional activa la dedicó, desde el compromiso político intelectual, a la reforma social de la legislación y de la estructura administrativa del Estado. Es necesario diferenciar entre actividad política y pertenencia a un partido político, porque Posada actuó fuera de los partidos, aunque en algunos casos tuvo una especial vinculación como ahora se verá. Fue discípulo de Giner de los Ríos, señalado que “Toda mi vida profesional, y en ella mi modesta labor de cultivador de disciplinas del Estado, giró alrededor del curso Principios de Derecho político de Giner; un Derecho político de abolengo Krausista, sin duda, por su base ética, sus supuestos metafísicos y su sentido esencialmente orgánico, pro de una profunda originalidad frente a las tendencias entonces invasoras del organicismo sociológico” (*Breve historia del Krausismo español*). No sólo fue un escritor fecundo (sus publicaciones rebasan los trescientos títulos), sino que también su obra se caracteriza por la amplitud temática y el frecuente rasgo de la interdisciplinariedad.

Por otra parte, Adolfo Posada mantuvo una labor especialmente activa en el Partido Reformista, de cuya Junta Nacional fue miembro desde su creación. Este Partido Reformista estaba encabezado por Melquiades Álvarez y proponía un programa de reforma política y de transformación del sistema de Derecho liberal en sistema de Derecho social que convenía especialmente al ideario propio de Posada. De hecho, Melquiades Álvarez, en muchos aspectos, puede ser considerado como realizador del proyecto reformista que Posada había defendido durante largo tiempo antes. Posada intervino en la estructura directiva interna del partido reformista, el 29 de abril de 1914 la *Junta Nacional* estaba formada, entre otros, por José Fernando González, Jacinto Octavio Picón, José Jackson Veyan, Práxedes Zancada, Eusebio Corominas, Álvarez Prida, Castellanos, Luis Zulueta, José Ortega y Gasset, Simarro, Teófilo Hernando, Gustavo Pittaluga, Manuel García Morente, Rodríguez Pinilla, *Adolfo G. Posada*, Leopoldo Palacios, Federico de Onís, el marqués de Palomares del Duero, Rafael Sánchez Ocaña, Manuel Azaña, Augusto Barcia, Miguel Moya Gastón, Fábregas y Flores. Era, pues, dominante la presencia de los reformistas institucionistas. En las elecciones generales de 1923, Adolfo Posada salió elegido como diputado por Asturias en las filas del reformismo. El día 24 de mayo de 1923, Melquiades Álvarez sería elegido presidente del Congreso, en un momento crítico para la vigencia del parlamentarismo en España; y, en efecto, el 13 de septiembre de 1923, Miguel Primo de Rivera hizo triunfar su golpe de Estado contra el orden constitucional que estaba siendo ya gravemente amenazado desde sectores y fuerzas bien definidas. Su resultado fue la instauración del Directorio Militar en el poder y la suspensión de las garantías constitucionales decretada el día 15 de septiembre de aquél año. Posada sería Senador independiente por el Partido Reformista entre 1921 y 1923, aunque su

actividad en ese cometido no fuese especialmente intensa, ya que se dedicó mayormente a las laborales de su Cátedra de la Universidad Central. También participó, aunque con poco éxito en sus propuestas, en el proceso de reforma constitucional de la II República. Perteneció a la Comisión Jurídica Asesora encargada de elaborar la Constitución; y todavía durante la II República mantuvo –aunque marginado, a modo de un “exilio interior” – la Presidencia del Consejo de Trabajo y en 1935 ocupó, a su vez, la Presidencia del Instituto Nacional de Previsión.

Creía en la función del intelectual comprometido pero tolerante, de ahí que afirmara: “Pero el síntoma más alarmante y más significativo del momento crítico actual ha de verse en la actitud intelectual de numerosos grupos densos del mundo que llamamos “intelectual”, de los “escritores”; actitud de militantes agresivos mezclados en las luchas pasionales y, por tanto, incapacitados para el cultivo sereno y desinteresado de la verdad por la verdad misma, independientemente de sus efectos políticos inmediatos; función propia del filósofo, que mira hacia arriba y hacia lo universal”. En un precioso artículo fechado en 1923, intitolado “Fantasía política” decía: “ Y él, que no ha hecho jamás política activa, de partido, de militante, pero que problemente no ha hecho otra cosa que política, en sus mejores horas, desde su casa, en la intimidad con los suyos, con sus discípulos queridos y con el noble ejemplo de una vida sana, austera, dedicada al hombre, él contemplaba con amargura y entonces hasta con desánimo; él, tan animoso, de qué suerte se realizaban sus aprensiones y en qué triste forma la frivolidad de los pseudo-políticos diera sus ingratos frutos”. Para añadir, de modo hartó significativo, que “El maestro, *para quien la política es un problema de dignada moral*, que estima primeros valores el derecho y la libertad, que no concibe política sin ética (antimaquiavelismo puro), sentíase anonadado al ver el mezquino aprecio, cuando no el desprecio, con que tantas gentes consideraban los que él reputaba más altos valores humanos, ya que sólo, merced a ellos, puede el hombre hombresarse frente a la escala... zoológica”.

Era un hombre culto, reflexivo y apasionado a un tiempo, que quiso buscar la mayor parte posible de la experiencia existencial e intelectual del hombre contemporáneo. Era un hombre de cultura atenta a los fenómenos políticos y sociales de su tiempo. Su vida fue multifacética, en su condición de catedrático de universidad, publicista y experto en política social, estuvo presente en instituciones y acontecimientos fundamentales de la historia de nuestro país, y mantuvo estrechos contactos con numerosas personalidades de la vida política y cultural de España y otros países. No se limitó a formar parte y ser uno de los impulsores del llamado “grupo de Oviedo” (propriamente era el “animador” del grupo), sino que asumió, desde la corriente de pensamiento krausista, un verdadero papel de “intelectual orgánico” como impulsor de la reforma social y constitucional. Él interioriza la tradición liberal progresista y asume un ideario humanista con el cual enfrenta a la vida: El *Ideal*, entonces ya, o después, me incitó a la *hipótesis de un mundo humano plácido, sereno, si no históricamente realizable, metafísicamente posible* en tiempo y espacio indeterminados, en la medida en que la realidad empírica se tonifica por el ideal –el ideal, no meta–, inspiración y norma del hacer en la vida. La filosofía de Krause ofrecía un *criterio ético* para la conducta de la persona individual –el yo actual concreto– y mediante la persona individual, en las esferas comprensibles o integrables en una Humanidad terrena que aspira a apoyarse, no a descansar, en el regazo divino. Un “criterio” para estudiar la realidad social en movimiento. De él –y a través de Francisco Giner de los Ríos, referente innegable de varias generaciones de intelectuales– recibirá el organicismo jurídico, y la idea de lo justo (*gerecht*) como lo que

realiza la idea del Derecho en cuanto unidad orgánica y la comprensión de la función del Derecho como instancia de realización de un ideal de justicia. Es aquí la comprensión la forma específica de conocimiento de algo que refleja una conformación finalista humana de la realidad. Aportaba, pues, un giro ético con su énfasis sobre la responsabilidad moral respecto a la dignidad de los otros. Se ha podido hablar, al respecto, de “un iusnaturalismo comprometido”, en el intento de establecer una fundamentación sintética y material del Derecho que supere la argumentación formalista. También en consonancia ahora con el pensamiento de Azcárate, afirmaría el “carácter *ético* de la política”. Precisamente uno de los rasgos caracterizadores de la crisis del Derecho político es la creciente tendencia del Estado a dominar, a someter al Derecho, “que, por otra parte, se descompone, desvaneciéndose su alcance ético, para convertirse en expresión de fuerza”.

Como otros krausistas, Adolfo Posada perteneció al “Partido Centralista” (creado en 1890) de orientación liberal progresista y evolucionista (En el Programa del Partido Centralista, 20 de junio de 1891, se mantenía un claro ideario republicano y krausista). El Directorio estaba formado por Salmerón y dos de sus seguidores, Cervera y Melgarejo, junto con otros tres parlamentarios –Pedregal, Azcárate (1840-1917) y Labra–. Formando parte de su Junta Nacional, junto con Salmerón, Azcárate (discípulo de Sanz del Río y afiliado al progresismo, en particular perteneció al bloque republicano que dirigía Ruiz Zorrilla), Odón de Buen, los hermanos Calderón, los hermanos González Serrano, los Machado (padre e hijo), Rafael María de Labra, Salas y Ferré, J.M.Piernas Hurtado, R. Becerro de Bengoa, Antonio Zozaya, entre otros. Su creación se inscribe dentro de un contexto caracterizado por el fracaso de las uniones republicanas (1887-1906). La importancia en el espectro político del Partido Centralista no parece que fuese mucha, pese a que contaba con cierto número de parlamentarios. Dicho Partido –integrado por intelectuales– pretendía el establecimiento de la República por procedimientos pacíficos y a través de elecciones democráticas: “la democracia –decía Azcárate– no proclama la revolución como procedimiento constante, necesario y siempre legítimo para llevar a cabo las reformas, sino tan sólo como un medio de defensa, como un medio de recabar para un país el derecho a regirse por sí propio”. Su propuesta es la propia de un liberalismo “progresista” que apuesta por el régimen parlamentario sin corruptelas. En el Partido Centralista cristalizaba inicialmente el institucionalismo de inspiración republicana. En él el krausismo liberal trató de plasmar su vocación de reforma social y político-jurídica, dando sentido a una manera de sentir y vivir la vida. Para Posada el krausismo es un *ethos*, una actitud integral ante la vida, es decir, un movimiento de renovación ética y pedagógica.

Por otra parte, dos décadas más tarde y tras la experiencia de la Unión Republicana (1903), mantuvo un actividad especialmente activa en el Partido Reformista (creado en 1912 desde la intelectualidad krausista que impregnaba a la clase media), de cuya Junta Nacional fue miembro desde su creación, junto con Azcárate, Galdós, Ortega y Gasset, Fernando de los Ríos, Luis de Zulueta, Francisco Rivera Pastor, Gustavo Pittaluga, Rafael María de Labra, Pedro Salinas, García Morente, y un nutrido elenco de personalidades del liberalismo democrático de la época. Este Partido Reformista estaba encabezado por Melquíadez Álvarez, proponía un programa de reforma política y de transformación del sistema de Derecho liberal en sistema de Derecho social que convenía especialmente al ideario propio de Posada, refractario a todo radicalismo. Su programa trataba de realizar la reforma política, social y educativa. De hecho Melquiadez Álvarez, en muchos aspectos, puede ser considerado como realizador del proyecto reformista que Posada había defendido durante

largo tiempo antes. Posada sería Senador por el Partido Reformista entre 1921 y 1923, aunque su actividad en ese cometido no fuese especialmente intensa, ya que se dedicó mayormente a las labores de su Cátedra de la Universidad Central. Labores de la cátedra que constituyó siempre el eje central de su vida, y aunque fue jubilado en el año 1931 como catedrático de la Universidad Central, mantuvo su vinculación universitaria al ser nombrado Decano de la Facultad de Derecho de dicha Universidad de Madrid hasta su destitución como Decano y presidente del Instituto Nacional de Previsión en el año 1936. También participó, aunque con poco éxito en sus propuestas, en el proceso de reforma constitucional de la República. Perteneció a la Comisión Jurídica Asesora, y todavía durante la II República mantuvo la presidencia del Consejo de Trabajo y en 1935 ocupó la presidencia del Instituto Nacional de Previsión. Posada fue un intelectual comprometido con su tiempo y mantuvo una extraordinaria coherencia entre su pensamiento y su actividad científica y de acción reformista.

Es de realzar que Adolfo Posada refleja en sí –y en la evolución de su vasta producción científica– un cambio en el *modelo de jurista*, un jurista no formalista que ve el Derecho en su continua vinculación con la realidad que formaliza. De ahí la adopción del “método realista” en el estudio de los problemas de relevancia jurídica y política, y el entendimiento del Derecho como un sistema abierto y dinámico en una sociedad en permanente transformación, por lo que su actitud no es ni conservadora ni formalista. De este modo la tarea del jurista no es sólo la de aplicar el Derecho vigente, sino también la de proponer nuevas reglas. Podría decir, con Gierke, que “la ciencia del Derecho se condenaría ella misma a la impotencia si callase en los momentos supremos y decisivos de la vida jurídica: puede poner límites y asistir al legislador, y no debe renunciar a ello”. Existen distintos “modo de mirar”, en comprensión explicativa, el pensamiento de Adolfo Posada, uno de ellos, y no precisamente el menos trascendente en su sistema, es el del reformismo jurídico-social que impregna toda su obra y a cuya *realización práctica* dedicó un largo esfuerzo y ocupó muchos años de su larga madurez. Él trató de conectar, de humanizar la política, concibiéndola como un modo de ser el hombre. El estudio del pensamiento de esta fuerte personalidad creadora permitirá comprender mejor no sólo el pasado histórico sino también el presente de nuestro Estado social y en particular de nuestro Derecho social.

Su tarea en la reforma social constituye un legado que ha sido recibido por las generaciones que le sucedieron. Posada, en coherencia con el krausismo, no creó propiamente “escuela”, pero sí un espíritu de trabajo y estilo de pensar científicamente. Él mismo ha de reconocer la amplia estela de discípulos, desde el mismo Nicolás Pérez Serrano, que le sucediera en la Universidad, hasta una pleyáde de juristas: “En mis relaciones con los alumnos seleccionáronse mis verdaderos discípulos y entre éstos, mis ayudantes. La mayoría de esos discípulos y ayudantes, de los que ahora recuerdo, llegaron a ocupar puestos destacados en organismos del Estado o en la empresa privada, entre otros: Ursicionio Alvarez, Francisco Ayala, Niceto Alcalá Zamora (hijo), Segismundo Royo Villanova, Suñer, Ignacio Herrero, Alberto Martín Artajo, Juan Uña, Manuel Pedregal, Gaspar Bayón Chacón, Leiva, Juan Lladó, Luis Usera...”.

2. PENSAMIENTO SOCIAL Y POLÍTICO JURÍDICO

En su período de madurez Adolfo Posada trató de superar los límites de la concepción del Estado liberal krausista, a través de un *liberalismo democrático social* que partía del

otorgamiento de un importante papel al Estado y a las “formaciones sociales” que vertebran la pluralidad existente en la sociedad. Para él se había producido una ruptura en la evolución política: la actual evolución se caracteriza “por la crisis de agotamiento del viejo liberalismo formalista, de cepa individualista, con al advenimiento del que allá por los años 1905 y 1906 se llamó “nuevo liberalismo”, no abstencionista, social, o que procuraba contenido social a la acción del Estado, y contenido económico y cultural a las libertades y derechos constitucionales: transformación de los derechos del hombre y del ciudadano. Culminó este advenimiento del nuevo liberalismo, v.gr., en Inglaterra, con la política social de Lloyd George, y lo representaron entre nosotros Azcárate, Moret, Canalejas, Dato”. De ello resulta que la transformación del liberalismo se manifestó como influjo impulsor en la crisis de crecimiento del constitucionalismo perezosamente constructivo, consecuencia, tal crisis de manera inmediata, en su momento, antes de la guerra, de las nuevas y apremiantes exigencias sociales que demandaban nuevas formas jurídicas. Para ello defendería una “misión positiva” y activa del Estado en el desenvolvimiento de la vida social (incluida la solución directa de la llamada “cuestión social”, derivada de la complejidad de “lo social”, cuya comprensión explicativa puede proporcionar la sociología). Adolfo Posada hace suya la reflexión de Jellinek, al realzar la idea de fin en el Estado contemporáneo. Lo que le permite destacar la consagración positiva en el Derecho constitucional de una verdadera transformación social del Derecho público en la dirección de un movimiento político-social que asigna al Estado funciones directas de garantía del bienestar a los ciudadanos. Con todo en respuesta político-jurídica al advenimiento del proletariado a la acción política en los grandes Estados, y la constitución del socialismo como fuerza de lucha (“resultado todo ello del surgir fatal de la clase obrera, masa que se diferencia orgánicamente como consecuencia del gran desarrollo del capitalismo y del industrialismo”).

La vida intelectual y profesional de Posada se desarrolló en el marco del proceso de crisis del liberalismo y su difícil –y problemática– cristalización político-institucional en España. En la primera década del siglo veinte era evidente el agotamiento del liberalismo clásico doctrinario para responder a las exigencias de gobernabilidad del sistema político. La crisis del Estado liberal se funde con una política económica y social interesada y clasista y con una falta de confianza de los ciudadanos sobre el buen gobierno de la nación, pluralísticamente conformada. Se localiza históricamente la crisis del sistema político (1923-1936), con el advenimiento de la Dictadura y el posterior fin de la monarquía (28 de enero de 1930-14 de abril de 1931). Tras medio siglo de existencia, el régimen de 1876 (con una Constitución doctrinaria, o sea la de Cánovas) se encontraba en el límite de sus posibilidades. En 1923 se produce el pronunciamiento militar de Primo de Rivera, que es aceptado por parte de la Corona. Agotada la fase de Dictadura, el Rey renuncia al trono. Se rompe así el limitado sistema político, de manera que “los conflictos que hasta entonces pudieran ser resueltos desde posiciones de poder quedaron sometidos a los azares de la lucha política, planteando con excepcional agudeza la importancia de conquista, individual o coaligadamente, la mayoría parlamentaria. La violencia de los conflictos de intereses en la sociedad española encontró amplia oportunidad para manifestarse; y las partes enfrentadas no vacilaron en intentar, desde el primer momento, lanzarse a la conquista del poder. Las elecciones municipales de abril del 31 fueron, en definitiva, las únicas que los vencidos aceptaron, sin intentar modificar la situación mediante un golpe de fuerza, que sigue, al cabo de unos meses, a la correspondiente consulta electoral. A las elecciones para las Constituyentes corresponde el golpe de Sanjurjo de agosto de 1932; a las de noviembre del 33, la revolución de octubre, y a las de febrero del 36, la guerra civil”.

El nuevo liberalismo en la formulación de Posada sería un “superliberalismo”, el cual no supondría la negación del liberalismo sino su revisión necesaria para afrontar la coyuntura de una Humanidad en crisis, descompuesta y “dolorida”. De ahí que encontrara en la Sociedad de las Naciones el supuesto de un “medio ambiente” en el cual había comenzado a formarse el “espíritu nuevo”, una nueva atmósfera en la construcción de un nuevo tipo de sociedad internacional basada en la justicia social. La creación de aquél organismo internacional adquiere en su concepción un lugar extraordinario, porque no sólo representa la construcción de un nuevo orden internacional y el intento de impedir la violencia de las guerras, sino que supone también la *consolidación de una Sociedad de Naciones que realice lo que llama el “superliberalismo”, y que vendría a ser la garantía suprema del liberalismo*. Entiende que esto es lo que se consagra en la Parte XIII del Tratado de Versalles, al establecer los derechos fundamentales del trabajador: “Considerando –se dice– que la Sociedad de las Naciones tiene por objeto establecer la paz universal, y que esta *paz no puede fundarse sino sobre la base de la justicia social...* “. Habla, pues de la necesidad de superar el viejo, “pero no agotado”, liberalismo nacional, siendo superado por la nueva concepción superliberal del régimen de las naciones. Este es el superliberalismo o “liberalismo superado”, es decir, el ideal sublimado del puro liberalismo, conseguido a lo sumo antes del advenimiento de la guerra, de fronteras adentro en los Estados de más alta civilización. Ahora bien, Posada establece un vínculo estrecho entre el superliberalismo político y lo que también denomina *superliberalismo social*: para él bien se podría considerar que la Parte XIII, relativa al “Trabajo”, del Tratado de Versalles, hace realidad el superliberalismo como *realidad constitucional –y en cierto modo, jurídica– en el mundo del trabajo*; una realidad, en su momento inicial, pero en proceso de desarrollo, y que, además, demuestra que lo que llamamos “superliberalismo”, no es un mero entretenimiento ideológico.

También participaría de modo activo en la crítica sin fisuras a la Dictadura de Primo de Rivera, y apoyaría la instauración de la II República, aunque en sus *Fragmentos de mis memorias*, dejase traslucir un sentido o fuerte desencanto respecto al curso de la vida política y a la emergencia de la violencia. También había algo de resentimiento por la relegación de sus posiciones armonicistas en la Constitución republicana de 1931 y las reformas emprendidas durante el breve período republicano. Su desencanto enlazaba con la conciencia del fracaso de su proyecto reformista, en términos análogos al que había auspiciado el partido reformista de Melquiades Álvarez –en gran medida artífice material de gran parte del programa socio-político reformista que en el plano doctrinal había venido defendiendo Adolfo Posada– antes del advenimiento de la Dictadura de Primo de Rivera. El problema es si Melquiades Álvarez tuvo el talento intelectual y práctico necesario para idear y llevar a cabo un nuevo sistema político.

El suyo era un humanismo idealista propio de los “democráticas de cátedra” del krausismo. Ese entendimiento del liberalismo desemboca en el *reformismo social* a cargo del Estado, reconociendo la necesidad “de una acción social en forma de tutela protectora”. Hasta aproximarse fuertemente a las posiciones del “socialismo de Estado”: apreciándose un movimiento de reforma político-social que mantiene el sentido reformista de una progresiva política social, o sea, de un socialismo sin la dogmática socialista y sin el sentido que supone la lucha de clases aplicada como método transformador o revolucionario: un nuevo liberalismo. Su propuesta reside en la creación de un “Estado tutelar” neutral respecto a las clases sociales pero fuertemente comprometido en la garantía de la libertad y de la justicia

social. Por ello ha de ser un Estado intervencionista, un Estado social. Para Posada, la el intervencionismo público en la vida social y económica a través de la legislación social no supone en sí un cambio de modelo de sociedad, ni un camino hacia la socialización en un sentido socialista, sino una revisión de los esquemas liberales de organización del capitalismo por un tipo de capitalismo *organizado* o intervenido. Se puede decir que el intervencionismo se muestra como una solución transaccional entre las utopías socialistas y el optimismo individualista, igualmente peligroso, a nuestro parecer, para el orden social. Es de significar que esta *revisión* del liberalismo exige una reforma propiamente constitucional: una reforma de la constitución *jurídica* de la sociedad y del Estado, lo que presupone un reclamo de la fuerza conformadora del texto constitucional.

Él proclama la reforma legislativa social como una opción intermedia en la lucha entre los partidarios del *statu quo* individualista y los partidarios de una revolución. Se inscribe en el movimiento sociopolítico que adopta una reforma *jurídico* social gradualista en su ejecución y participada en su elaboración y aplicación práctica. Ello define el modelo de reformismo jurídico-social propuesto ya en el *Proyecto de Instituto del Trabajo* y que después se respetaría, en lo esencial y en esto último, en el *Instituto de Reformas Sociales* (IRS), en el cual Adolfo Posada tendría una participación que, sin duda, puede calificarse de decisiva. Cien años después, puede apreciarse la centralidad del IRS, como protagonista institucional en un reformismo democrático-social que tuvo una función esencial en la reforma del Estado liberal de Derecho en crisis.

El esfuerzo reformista encontró un fruto indirecto cuando el Gobierno conservador de Francisco Silvela retomó la idea de un Instituto para organizar la operación reformista, creando por Ley de 23 de abril de 1903 el *Instituto de Reformas Sociales*, el cual aprovecharía la experiencia alcanzada con el Proyecto del Instituto de Trabajo. Este IRS fue mantenido por el Primer Gobierno de Maura, que había sustituido al de Silvela. Este Gobierno es el que encomendó la presidencia del IRS a G. de Azcárate y nombró a Posada y a Buylla en el año 1904 en puestos técnicos de descadísima responsabilidad. Desde abril de 1904 Posada se mantuvo en el Instituto en su calidad de Jefe de la Sección Segunda (encargada de la Legislación e Información bibliográfica, Jurisprudencia, Redacción y Publicaciones) hasta su desaparición en 1924 (ya muy mermado durante la Dictadura de Primo de Rivera y el progresivo desplazamiento de sus funciones –dentro de la lógica del “Estado totalitario”– hacia órganos creados dentro de la estructura administrativa intervencionista del Ministerio de Trabajo). Desde su marcha a Madrid hasta su muerte ya no volvería a residir en Oviedo. Con una intensidad excepcional Posada mantuvo al máximo nivel su Sección realizando una labor fundamental en la preparación, e incluso redacción directa, de proyectos de legislación social, aproximando nuestra retrasada legislación social en muchos aspectos a de los países más avanzados del período.

El 30 de abril de 1903 se publica en *La Gaceta de Madrid* el Real Decreto de constitución del Instituto de Reformas Sociales. Su lógica interna era la propia del “liberalismo avanzado” –que no era otro, en el fondo, que el “liberalismo social” defendido por José Canalejas–; un viraje hacia el liberalismo social e intervencionista que sería el resultado de un largo proceso de maduración del pensamiento político jurídico sobre el apreciable fracaso del liberalismo clásico. Dicho Instituto se inspiraba en el Proyecto de Instituto de Trabajo, pero presentaba importantes diferencias. Por lo pronto su creación suponía la disolución de la CRS, estableciendo que la documentación y los libros de aquélla

pasarían al Instituto. En abril de 1904, Buylla y Posada recibieron un telegrama firmado por Moret con la invitación de que formaran parte de la estructura directiva del mismo. Posada aceptó –sus dudas internas– fue nombrado, en su calidad de sociólogo y profesor de Derecho político, jefe de la Sección Primera, encargada de los servicios de biblioteca, de información bibliográfica, de jurisprudencia, y de redacción y publicaciones. Desde este ámbito –y en permanente contacto con la realidad social y con los actores implicados– pudo continuar ejerciendo su compromiso intelectual respecto al problema social y su reforma, buscando la armonía social desde la mejora de la condición de los trabajadores con el pleno disfrute de sus derechos de ciudadanía y frente al liberalismo doctrinario. Ello desemboca en la consagración constitucional de un *verdadero Estatuto de los derechos de la ciudadanía* –integrado por un haz de derechos laborales y de Seguridad Social–, configurador de un *status positivus* de los pertenecientes a la clase trabajadora, en los planos civil, socio-económico, y político-jurídico. Lo cual supondría la superación del individualismo liberal. El IRS fue presidido por Gumersindo de Azcárate, liberal republicano (de cuyo ideario no se apartó nunca, a pesar de que admitiera –junto con su maestro Azcárate– la “accidentalidad” de las formas de gobierno) vinculado a la Institución Libre de Enseñanza.

3. BIBLIOGRAFÍA SOBRE ADOLFO POSADA Y SU ÉPOCA

A). Principal del autor: *Fragmentos de mis Memorias* (Oviedo, Universidad de Oviedo, Cátedra Aledo, 1983); *La crisis del Estado y el Derecho Político* (Madrid, C.Bermejo, Impresor, 1934); *Tratado de Derecho Político* (la última edición es de 1935. Existe una reciente edición especial íntegra en un solo volumen, Editorial Comares, Granada, 2003. Es su obra más importante); *Principios de sociología* (Madrid, Daniel Jorro; 1ª ed, 1908; 2ª ed. de 1929; Posada fue uno de los grandes fundadores de la sociología en España); *Estudio preliminar sobre las ideas jurídicas y el método realista de Ihering*, IHERING, R.v.: *Prehistoria de los indoerópeos*, (Madrid, Libr. Gral. de Victoriano Suárez, 1896); *Les Fonctions Sociales de l'État* (París, M.Girad, 1929); *El régimen constitucional* (Madrid, Librería Gral. de Victoriano Suárez, 1930); *La reforma constitucional* (Madrid, Librería Gral. de Victoriano Suárez, 1931); *La nueva orientación del Derecho político*, en el libro de DUGUIT, L.: *La transformación del Estado* (Madrid, Librería de Fernando Fe, 1909, reeditado en DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y José Calvo González, Granada, Ed. Comares, 2008); *Hacia un nuevo Derecho político* (Madrid, Ed.Páez, 1931); *Estudios sobre el régimen parlamentario en España* (Madrid, 1891); *La ciudad moderna* (Madrid, Imprenta Clásica Española, 1915); *El régimen municipal en la ciudad moderna* (Madrid, Lib.Gral. de Victoriano Suárez, 1916); “El Derecho y la cuestión social”, Estudio preliminar a A.MENGER, *El derecho civil y los pobres* (trad, de A.Posada, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1898. Publicado recientemente en Editorial Comares, Granada, 1998, con Estudio preliminar, “Socialismo jurídico y reforma social”, de J.L.Monereo Pérez); *Socialismo y reforma social* (Madrid, Fernando Fe, 1904); *Política y Enseñanza* (Madrid, Ed.Daniel Jorro, 1904); “Política social y legislación del trabajo”, en *Derecho usual* (Madrid, La Lectura, s/f.); *Le reforme sociale en Espagne* (París, 1907); *El sufragio*, (Barcelona, Sucesores de Manuel Soler-Editores, s/f.); *Tratado de Derecho Administrativo* (Madrid, Lib. Gral de Victoriano Suárez, 1897-98; 2ª ed., 1923); *Feminismo* (Madrid, Librería de Fernando Fé, 1899; Existe una edición reciente, Eds. Cátedra, Consejería de Educación, Cultura, Deportes y Juventud del Principado de Asturias,1994); *El Instituto del Trabajo* (en colaboración con Buylla y Morote, Madrid, Est. Tipográfico de Ricardo Fe, 1902) (Existe una

segunda edición, Madrid, MTSS, 1987); “Estudio preliminar” a JELLINEK, G., *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Madrid, Victoriano Suárez, 1908 (ahora en JELLINEK, G. y otros, *Orígenes de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, ed. de J.G. Amuchastegui, Madrid, Editora Nacional, 1984); *Teoría social y jurídica del Estado. El Sindicalismo* (Buenos Aires, Librería J. Méndez, 1922); *Actitud ética ante la guerra y la paz* (Madrid, Caro Raggio, 1923); *España en crisis. La política* (Madrid, Caro Raggio, 1923); *La Sociedad de Naciones y el Derecho político. Superliberalismo* (Madrid, Caro Raggio, 1925); *La organización científica del trabajo* (Madrid, 1929); *El Derecho político como espectáculo. Cincuenta años de cátedra* (Madrid, Tipográfica de Archivos, 1933); *La crisis del Estado y el Derecho político*, (Madrid, C. Bermejo, Impresor, 1934); *La idea pura del Estado* (Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1933, 2ª ed., 1944); Leopoldo Alas, “Clarín” (Oviedo, Imprenta La Cruz, 1946).

B). Secundaria sobre el autor y su época: BUYLLA, A., POSADA, A., Y MOROTE, L.: *El Instituto del Trabajo. Datos para la historia de la reforma social en España*, Prólogo de S. Castillo, Madrid, MTSS, 1986; BLANCO RODRÍGUEZ, J.E.: “La teoría de la previsión social española en sus iniciadores (1900-1936)”, en *Cuadernos de Política Social*, núm. 18 (1953), págs. 59 a 73; CUESTA BUSTILLO, J.: “La previsión social pública en España, 1919-1939”, en VV.AA.: *La previsión social en la Historia*, Madrid, Ed. Siglo XXI, 2009; GÓMEZ MOLLEDA, Mª.D.: *Los reformadores de la España contemporánea* (Madrid, CSIC, 1966); POSADA, A.: *Breve historia del krausismo español* (Oviedo, Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1981); POSADA, A.: *Fragmentos de mis Memorias* (Oviedo, Universidad de Oviedo, Cátedra Aledo, 1983); PÉREZ SERRANO, N.: Prólogo a POSADA, A.: *La idea pura del Estado*, Madrid, EDERSA, s.f.(1944); RUBIO LLORENTE, A.: “Estudio preliminar” a POSADA, A.: *Estudios sobre el Régimen Parlamentario en España* (Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1996); GIL CREMADES, J.J.: *El reformismo español. Krausismo, Escuela histórica, neotomismo* (Barcelona, Ed. Ariel, 1969); JIMENEZ-LANDI MARTÍNEZ, A.: *La Institución Libre de Enseñanza* (4 vols., Madrid, Editorial Complutense, 1996); SUÁREZ CORTINA, M.: *El reformismo en España. Republicanos y reformistas bajo la Monarquía de Alfonso XIII* (Madrid, Siglo XXI, 1986); CACHO VIU, V.: *La Institución Libre de Enseñanza. I. Orígenes y Etapa Universitaria (1860-1881)* (Madrid, Ed. Rialp, 1962); LAPORTA, F.J. *Adolfo Posada. Política y sociología en la crisis del liberalismo español* (Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1974); MARTÍN GRANIZO, L.: *El Instituto de Reformas Sociales y sus hombres*, Madrid, Patronato de la Escuela Social de Madrid, 1947; MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “La etapa de previsión social en España”, en VV.AA.: *Seguridad Social. Una perspectiva histórica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001; *id.*: *Introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho española de la Seguridad Social*, Pareces (Santiago de Compostela), 1990; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; *Id.*, *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999; *Id.*: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007; *id.*: “Los (pre)supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la Constitución Social del Trabajo”, en ROJAS RIVERO, G. (Coord.): *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2012; MOTOYA MELGAR, A.: “La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica”, en *Revista de Traajo*, núm. 54-55 (1977); *id.*: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, Cizur Menor (Navarra), Civitas/Tromson Reuters, 2ª ed., 2009; MONTERO

GARCÍA, F.: *Orígenes y antecedentes de la previsión social*, Madrid, MTSS, 1988; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del Trabajo e ideología*, 5ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1995; VILLA GIL, L.E. DE LA: *Los orígenes de la Administración Laboral en España*, Madrid, Escuela de Administración Pública, 1969; VV.AA.: *Los Seguros Sociales en la España del Siglo XX*, Gómez Molleda, Mª.D. (Coord.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988; VV.AA.: *Cien años de Protección Social en España. Libro Conmemorativo del Instituto Nacional de Previsión*, Tortuero Plaza, J.L. (Director y Coordinador), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.

CRITERIOS DE ACEPTACIÓN DE ORIGINALES Y REGLAS DE ESTILO REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSTRUCCIONES DE USO)¹

1. Los trabajos de investigación tendrán que ser efectivamente originales e inéditos, como condición imprescindible para la publicación de los mismos en la revista.

2. Configuración página

Margen superior:	2,50 cm
Margen inferior:	2,50 cm
Margen izquierda:	3,00 cm
Margen derecha:	3,00 cm
Encabezado:	1,25 cm
Pie de página:	1,25 cm

3. Encabezamiento

- Todo el título en versales, con todas las palabras en minúscula salvo la primera letra, negrita, centrado y en cuerpo time new roman 14, sin subrayado.
- Nombre y apellidos iniciales en versales, con todas las palabras en minúscula salvo la primera, normal, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.
- Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, minúscula, cursiva, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.
- Universidad de destino, minúscula, cursiva, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.

Ejemplo:

POLÍTICA DE SEGURIDAD SOCIAL Y POLÍTICA DE EMPLEO

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE GRANADA

4. Título

En castellano e inglés.

5. Resumen / Abstract

¹ Archivo: "Reglas estilo Revista Seguridad Social. Instrucciones de uso" (Estudio; Lápiz rosa).

En castellano e inglés, sin superar los mil caracteres.

6. Palabras clave / Keywords

Cinco palabras clave (en castellano e inglés)

7. Sumario

Índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos, no superando el triple apartado (p.ej.: 1.2.3) A partir de ahí, seguir con numeración alfabética (p.ej., a), b), c)...)

8. Títulos de los apartados

Siguiendo el índice, el título de los apartados se recogerá como sigue:

- en negrita, mayúscula los primeros apartados (1.)
- en negrita y minúscula los subapartados (1.1.)
- normal y minúscula los siguientes (1.1.1.; a)...)

En todos los casos, sin punto al final de cada título de apartado. Letra “times new roman” tamaño 12.

9. Texto

Tratamiento de texto microsoft word, utilizando el tipo de letra “times new roman”, editado al cuerpo 12. Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio).

En la medida de lo posible, es deseable que estudio finalice con unas **CONCLUSIONES**

En las citas de doctrina judicial se utilizarán las referencias propias de la base de datos correspondientes y, en su defecto, se citarán con datos neutros que garanticen su localización (número de recurso, número de Sentencia, etc.).

La citas de Doctrina Judicial: deberán expresar –en todo lo posible- las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, número de recurso, número de Sentencia, etcétera).

Sin perjuicio de los títulos de los epígrafes y subepígrafes en negrita, tal y como se indicó antes, 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.

10. Extensión

A) Para los “*Estudios doctrinales*” y “*Derechos Comparado y Derecho Extranjero*”: la extensión de los trabajos tendrá un mínimo de 15 páginas y un máximo de 25.

B) Para los “*Estudios de doctrina judicial*”: la extensión de los trabajos tendrá un mínimo de 10 páginas y un máximo de 15 páginas.

C) Para “*Crónica legislativa*”: la extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

D). Para “*Crónica de Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas*”: La extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

E). Para “*Economía de la Seguridad Social*”: La extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

11. Notas y técnica de cita

Siempre que se considere necesaria y de una manera moderada se utilizará la técnica de cita a pie de página.

El texto incluido en ésta ha de ser escrito en “*times new roman*”, tamaño 10, párrafo justificado, espacio de interlineado sencillo.

Los apellidos de los autores citados han de ir en “*times new roman*”, tamaño 10, solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

Ejemplos:

-Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Murcia, Laborum, 2009, págs. 201-242.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, págs. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, SÁNCHEZ RODAS, C. Y ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, págs. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI*, OJEDA AVILÉS, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, págs. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, págs. 145-173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, SEMPERE NAVARRO, A.V. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (Dir.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva.

El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

12. Los originales remitidos –sean o no objeto de encargo por la dirección de la Revista– serán sometidos a evaluación siguiendo el orden de entrega y el criterio de oportunidad preferencial para su publicación en la Sección que corresponda. Se valorarán y seleccionarán por la dirección de la revista atendiendo al interés y calidad. Se dará cumplida información a los autores, en su momento, de la publicación o no de sus trabajos, y, en su caso, de la conveniencia de realizar los cambios que se estimen pertinentes.

13. Con la entrega del trabajo y después de la aceptación para su publicación en la Revista, el autor consiente la publicación, tanto en soporte magnético o informativo, como en soporte de papel o documental.