Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

2º Trimestre 2015 nº 3

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- La protección integral de los riesgos profesionales a veinte años de vigencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: prevención *versus* reparación
  José Luis Monereo Pérez

Estudios Doctrinales

- "Quo Vadis tutela socialis operarium migrantium europae cameron dixit"
  Carlos García de Cortázar Nebreda
- De nuevo sobre el sistema especial de seguridad social de personas empleadas de hogar. Puntos críticos
  Rosa Quesada Segura
- Reconciliación de los cónyuges y pensión de viudedad
  Iván Antonio Rodríguez Cardo
- El fraude en la Seguridad Social en tiempos de crisis
  Borja Suárez Corujo
- El fraude en las prestaciones por desempleo
  Belén del Mar López Insua

Estudios de Doctrina Judicial

- Pensión de viudedad y pensión compensatoria (STS/Sala Cuarta de diez de noviembre de dos mil catorce. Un paso más en la adecuación de la norma jurídica a la realidad social)
  Jordi Agustí Juliá
- Prestación de Maternidad por Parto y por Adopción para ambas Cónyuges en caso de Matrimonio Homosexual (STSJ madrid de 7.7.2014 as\2014\1228)
  Cristina Sánchez-Rodas Navarro
- ¿Cuándo es firme la resolución administrativa declarativa de incapacidad permanente ante su revisión?: ¿Un "salto al vacío" para el empleador?
  Inmaculada Ballester Pastor

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- El impacto de la nueva Ley alemana reguladora del salario mínimo general sobre el Código alemán de Seguridad Social. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español
  Jesús Martínez Girón

Crónica Legislativa de Seguridad Social y Materias Conexas

María Nieves Moreno Vida

Crónica de Doctrina Judicial y Novedades Bibliográficas

Belén del Mar López Insua

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- Las mutuas de accidentes de trabajo y la gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes: eficiencia *versus* selección adversa
  Miguel Ángel Díaz Peña, Laura Pérez Ortiz y Santos M. Ruesga Benito

Clásicos de la Seguridad Social

- "Álvaro López Nuñez"
  José Luis Monereo Pérez

Ediciones Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

2º Trimestre 2015 Nº 3

© 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: 2387-0370

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:


www.laborum.es/revsegsoc


facebook.com/RevSegSoc


@RevSegSoc


revsegsoc@laborum.es

Reservados todos los derechos. 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.

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 Martin 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 PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS RIESGOS PROFESIONALES A VEINTE AÑOS DE VIGENCIA DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: PREVENCIÓN *VERSUS* REPARACIÓN....11
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

1. INTERVENCIONISMO PÚBLICO EN UN SISTEMA RACIONALIZADO DE PROTECCIÓN DE LOS RIEGOS PROFESIONALES (DIMENSIONES PREVENTIVA Y REPARADORA) 11
2. POLÍTICA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS Y POLÍTICA DE SEGURIDAD SOCIAL: LAS VÍAS O CAUCES DE INTERCONEXIÓN 18

ESTUDIOS DOCTRINALES **33**

"QUO VADIS TUTELA SOCIALIS OPERARIUM MIGRANTIUM EUROPAE CAMERON DIXIT"....35
CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDA

1. CONSIDERACIONES GENERALES.... 35
2. PROPUESTAS BRITÁNICAS SOBRE LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES.... 36
3. LAS PROPUESTAS BRITÁNICAS EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES.... 43
4. CONCLUSIONES 58

DE NUEVO SOBRE EL SISTEMA ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONAS EMPLEADAS DE HOGAR. PUNTOS CRÍTICOS....59
ONCE AGAIN ABOUT THE SOCIAL SECURITY OF PERSONS EMPLOYED IN DOMESTIC SERVICE. CRITICAL POINTS
ROSA QUESADA SEGURA

1. PLANTEAMIENTO: DE SU CONFIGURACIÓN COMO RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL A SU CONSIDERACIÓN ACTUAL COMO SISTEMA ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL.... 59
2. DELIMITACIÓN DE LOS SUJETOS Y DERECHOS Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.... 63
3. LA PERVIVENCIA DE PECULIARIDADES EN LA ACCIÓN PROTECTORA 70
4. UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN.... 78

RECONCILIACIÓN DE LOS CÓNYUGES Y PENSIÓN DE VIUDEDAD....79
RECONCILIATION OF THE SPOUSES AND WIDOW'S PENSION
IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO

1. INTRODUCCIÓN 79
2. LA RECONCILIACIÓN EN EL ÁMBITO CIVIL 80
3. UNA CUESTIÓN PREVIA: LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DE LOS EXCÓNYUGES TRAS LA LEY 40/2007 81

4. RECONCILIACIÓN Y PENSIÓN DE VIUDEDAD: EFECTOS SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN 84
5. PENSIÓN DE VIUDEDAD SIN COMUNICACIÓN DE LA RECONCILIACIÓN AL JUZGADO: LA CONSIDERACIÓN DE PAREJA DE HECHO COMO ALTERNATIVA 88
6. LA RECONCILIACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO 91
7. CONSIDERACIONES FINALES 93

EL FRAUDE EN LA SEGURIDAD SOCIAL EN TIEMPOS DE CRISIS 97
SOCIAL SECURITY FRAUD IN TIMES OF CRISIS
BORJA SUÁREZ CORUJO

1. PUNTO DE PARTIDA: LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COMO CUESTIÓN DE FONDO 97
2. CONSIDERACIONES GENERALES Y CONCEPTUACIÓN DEL FRAUDE EN LA SEGURIDAD SOCIAL 99
3. LA ARTICULACIÓN DE MEDIDAS PARA LA PERSECUCIÓN DEL FRAUDE EN LA SEGURIDAD SOCIAL. 103
4. LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE EN EL PERIODO 2012-2014: ¿BALANCE MODESTO Y/O CAMBIO DE ORIENTACIÓN? 108
5. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL 121

EL FRAUDE EN LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO 123
FRAUDS AND UNEMPLOYMENTS BENEFITS
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

1. INTRODUCCIÓN 123
2. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y LA NECESIDAD DE CONTROLAR EL FRAUDE 124
3. MEDIDAS FRENTE AL EMPLEO IRREGULAR Y EL FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL 133
4. CONCLUSIONES 136

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 139

PENSIÓN DE VIUDEDAD Y PENSIÓN COMPENSATORIA (STS/SALA CUARTA DE DIEZ DE NOVIEMBRE DE DOS MIL CATORCE. UN PASO MÁS EN LA ADECUACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA A LA REALIDAD SOCIAL) 141
WIDOW'S PENSION AND ALIMONY (SENTENCE FROM THE SUPREME COURT NOVEMBER TENTH TWO THOUSAND AND FOURTEEN. A STEP FURTHER TOWARDS ADAPTING THE LAW TO THE SOCIAL REALITY)
JORDI AGUSTÍ JULIÀ

1. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN SUPUESTOS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y ANULACIÓN DEL MATRIMONIO 141
2. LA PROBLEMÁTICA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA. DOCTRINA JUDICIAL Y JURISPRUDENCIAL. 142
3. LA SENTENCIA DE LA SALA IV DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2014 (RCUD 80/2014). 146

PRESTACIÓN DE MATERNIDAD POR PARTO Y POR ADOPCIÓN PARA AMBAS CÓNYUGES EN CASO DE MATRIMONIO HOMOSEXUAL (STSJ MADRID DE 7.7.2014 AS\2014\1228).....151
MATERNITY BENEFIT FOR CHILDBIRTH AND ADOPTION FOR BOTH SPOUSES IN CASE OF HOMOSEXUAL MARRIAGE
CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

1. UNA DÉCADA DE LA LEGALIZACIÓN DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN ESPAÑA..... 151
2. ADOPCIÓN Y MATRIMONIO HOMOSEXUAL 152
3. EL ORDEN DE LOS APELLIDOS..... 154
4. PRESTACIÓN DE MATERNIDAD V. PRESTACIÓN DE PATERNIDAD Y MATRIMONIO HOMOSEXUAL..... 154
5. UN VACÍO LEGISLATIVO: ¿CÓMO DETERMINAR LA PRESTACIÓN DEBIDA EN CASO DE ADOPCIÓN COPARENTAL EN MATRIMONIOS HOMOSEXUALES? 156
6. CONCLUSIÓN..... 157

¿CUÁNDO ES FIRME LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DECLARATIVA DE INCAPACIDAD PERMANENTE ANTE SU REVISIÓN?: ¿UN "SALTO AL VACÍO" PARA EL EMPLEADOR?. 159
IS LEGAL THE PERMANENT DISABILITY DECLARATORY ADMINISTRATIVE DECISION WHEN IT IS REPUGN? A"LEAP INTO A VOID" FOR THE EMPLOYER?
INMACULADA BALLESTER PASTOR

1. EL OBJETO DE DEBATE: EL SUPUESTO DESPIDO IMPROCEDENTE DEL TRABAJADOR OPERADO POR ACTUAR LA EMPRESA *ANTE TEMPUS*..... 160
2. EL PROBLEMA CONCEPTUAL: ¿CUÁNDO ES FIRME LA RESOLUCIÓN DEL ENTE GESTOR?, ¿DEBE RETRASAR LA DECISIÓN EXTINTIVA LA EMPRESA HASTA LA OBTENCIÓN DE LA FIRMEZA?..... 161
3. LA REVISIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DECLARATIVO DE LA IP: LA DOCTRINA JUDICIAL APLICABLE..... 169
4. CONCLUSIÓN: ¿UN AMBIVALENTE CRITERIO JUDICIAL?: ¿CÓMO DEBEN ACTUAR LAS MERCANTILES?. 170

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 173

EL IMPACTO DE LA NUEVA LEY ALEMANA REGULADORA DEL SALARIO MÍNIMO GENERAL SOBRE EL CÓDIGO ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL. UN ESTUDIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL 175
THE IMPACT OF THE NEW GERMAN STATUTE RULING THE GENERAL MINIMUM WAGE ON THE GERMAN CODE OF SOCIAL SECURITY. A STUDY FROM THE POINT OF VIEW OF SPANISH LAW
JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

1. SOBRE LA APARENTE INCOMUNICABILIDAD DEL DERECHO ALEMÁN DEL TRABAJO Y DEL DERECHO ALEMÁN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 175
2. LAS LEYES IMPACTADAS POR LA NUEVA LEY ALEMANA REGULADORA DEL SALARIO MÍNIMO GENERAL..... 178
3. EL IMPACTO DIRECTO SOBRE EL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL 180

4. EL IMPACTO DIRECTO SOBRE EL LIBRO TERCERO DEL CÓDIGO ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL 184
5. EL IMPACTO INDIRECTO SOBRE EL LIBRO UNDÉCIMO DEL CÓDIGO ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL 186
6. BIBLIOGRAFÍA..... 189

CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 193

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

1. RESOLUCIÓN DE 26 DE DICIEMBRE DE 2014, DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE AUTORIZA LA UTILIZACIÓN DE TARJETAS, TANTO DE DÉBITO COMO DE CRÉDITO, COMO MEDIO DE PAGO DE LAS DEUDAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL EN VÍA VOLUNTARIA NO INGRESADAS DENTRO DEL PLAZO REGLAMENTARIO, DE LAS DEUDAS EN VÍA EJECUTIVA Y DE LAS DEUDAS QUE HAYAN SIDO OBJETO DE RECLAMACIÓN DE DEUDA. BOE 14 DE ENERO DE 2015. 195
2. RESOLUCIÓN DE 8 DE ENERO DE 2015, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE FIJA LA FECHA A PARTIR DE LA CUAL LAS RESOLUCIONES POR LAS QUE SE ACUERDE LA INCORPORACIÓN AL SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DIRECTA DE CUOTAS DE LOS SUJETOS RESPONSABLES DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR, SE NOTIFICARÁN ELECTRÓNICAMENTE. BOE 14 DE ENERO DE 2015. 195
3. ORDEN ESS/86/2015, DE 30 DE ENERO, POR LA QUE SE DESARROLLAN LAS NORMAS LEGALES DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL, DESEMPLEO, PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD, FONDO DE GARANTÍA SALARIAL Y FORMACIÓN PROFESIONAL, CONTENIDAS EN LA LEY 36/2014, DE 26 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2015. BOE DE 31 DE ENERO DE 2015. 196
4. ORDEN ESS/87/2015, DE 30 DE ENERO, POR LA QUE SE ESTABLECEN PARA EL AÑO 2015 LAS BASES DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL RÉGIMEN ESPECIAL DEL MAR INCLUIDOS EN LOS GRUPOS SEGUNDO Y TERCERO. BOE DE 31 DE ENERO DE 2015..... 197
5. RD 7/2015, DE 16 DE ENERO, POR EL QUE SE APRUEBA LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO. BOE DE 5 DE FEBRERO DE 2015. 197
6. ENTIDADES DE SEGUROS.- RESOLUCIÓN DE 4 DE DICIEMBRE DE 2014, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES, POR LA QUE SE FIJA EL CONTENIDO DEL INFORME ANUAL SOBRE EL GRADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS DIRECTRICES Y RECOMENDACIONES DE LA AUTORIDAD EUROPEA DE SEGUROS Y PENSIONES DE JUBILACIÓN. BOE DE 7 DE FEBRERO DE 2015. 198
7. REAL DECRETO 69/2015, DE 6 DE FEBRERO, POR EL QUE SE REGULA EL REGISTRO DE ACTIVIDAD DE ATENCIÓN SANITARIA ESPECIALIZADA. BOE DE 10 DE FEBRERO DE 15. 199
8. RESOLUCIÓN DE 13 DE FEBRERO DE 2015, DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, POR LA QUE SE PRORROGA LA VIGENCIA DE LA RESOLUCIÓN DE 1 DE AGOSTO DE 2013, MODIFICADA POR LA DE 30 DE JULIO DE 2014, POR LA QUE SE DETERMINA LA FORMA Y PLAZOS DE PRESENTACIÓN DE SOLICITUDES Y DE TRAMITACIÓN DE LAS AYUDAS ECONÓMICAS DE ACOMPAÑAMIENTO INCLUIDAS EN EL PROGRAMA DE RECUALIFICACIÓN PROFESIONAL DE LAS PERSONAS QUE AGOTEN SU

PROTECCIÓN POR DESEMPLEO PRORROGADO POR EL REAL DECRETO-LEY 1/2013, DE 25 DE ENERO. BOE DE 21 DE FEBRERO DE 2015. ... 200
9. RESOLUCIÓN DE 12 DE FEBRERO DE 2015, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIONES, POR LA QUE SE PRORROGA EL DERECHO A ASISTENCIA SANITARIA PARA TODOS AQUELLOS BENEFICIARIOS DE PRESTACIÓN ECONÓMICA, POR RAZÓN DE NECESIDAD, A FAVOR DE LOS ESPAÑOLES RESIDENTES EN EL EXTERIOR QUE ACREDITASEN ESTA CONDICIÓN A 31 DE DICIEMBRE DE 2014. BOE DE 24 DE FEBRERO DE 2015. ... 200
10. REAL DECRETO-LEY 1/2015, DE 27 DE FEBRERO, DE MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD, REDUCCIÓN DE CARGA FINANCIERA Y OTRAS MEDIDAS DE ORDEN SOCIAL. (BOE 28 DE FEBRERO DE 2015) ... 201

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 207

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL ... 209
1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO) ... 209
2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL ... 210
3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL ... 210
4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, altas Y BAJAS DE TRABAJADORES) ... 212
5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN ... 212
6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: ... 213
7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES ... 225
8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA ... 225
9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA) ... 226

NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS ... 227
1. OBRAS *GENERALES* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS ... 227
2. OBRAS *ESPECÍFICAS* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS ... 228
3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA) ... 228

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL 229

LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIAS COMUNES: EFICIENCIA VERSUS SELECCIÓN ADVERSA ... 231
WORK ACCIDENTS AND PROFESIONAL DISEASES MUTUAL CORPORATIONS AND TEMPORARY INCAPACITY BY COMMON CONTINGENCIES MANAGEMENT: EFFICENCY VERSUS ADVERSE SELECTION

MIGUEL ÁNGEL DÍAZ PEÑA
LAURA PÉREZ ORTIZ
SANTOS M. RUESGA BENITO

1. INTRODUCCIÓN ... 232
2. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR INCAPACIDAD TEMPORAL (IT) ... 232
3. EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. ASPECTOS ECONÓMICOS INICIALES ... 236

4. LA EFICIENCIA EN LA GESTIÓN DE LA ITCC 239
5. RESULTADOS..... 247
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 248

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 251

"ÁLVARO LÓPEZ NUÑEZ" (1865-1936) 253
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

1. ELEMENTOS DE UNA BIOGRAFÍA INTELECTUAL..... 253
2. PENSAMIENTO SOCIAL Y POLÍTICO-JURÍDICO. 256
3. BIBLIOGRAFÍA SOBRE LÓPEZ NUÑEZ Y SU ÉPOCA 274

Editorial

Laborum

La protección integral de los riesgos profesionales a veinte años de vigencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: prevención *versus* reparación

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)

"La inclinación por el riesgo y el deseo de seguridad representan dos tendencias fundamentales del espíritu humano. Una u otra de esas tendencias predominan, dependiendo de cada individuo, pero también de cada época"

Paul Durand

1. INTERVENCIONISMO PÚBLICO EN UN SISTEMA RACIONALIZADO DE PROTECCIÓN DE LOS RIEGOS PROFESIONALES (DIMENSIONES PREVENTIVA Y REPARADORA)

Han transcurrido veinte años desde la promulgación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), la cual trataba introducir una nueva "cultura de la prevención" y, por lo que aquí ahora más interesa, un reforzamiento de la gestión preventiva frente a la gestión reparadora y punitiva. Pero subyacía también la búsqueda una mejor articulación entre ambas lógicas y dimensiones de la tutela pública contra los riesgos profesionales. Tras dos décadas de vigencia, es pertinente hacer una breve reflexión al respecto, teniendo en cuenta ante todo los últimos cambios normativos que se han producido.

Como es bien sabido, la política preventiva y la política de Seguridad Social han seguido un desarrollo histórico que inevitablemente ha estado vinculado desde el Derecho Social de los orígenes. Aunque la finalidad preventiva constituye la misión básica del sistema normativo preventivo, y la finalidad reparada la del sistema de Seguridad Social, lo cierto es que la función "preventiva" debe actuar también como criterio de "legitimidad social" del régimen específico de la tutela del accidente de trabajo dentro de la Política de Seguridad Social. Adquiere relevancia legitimadora la eficacia preventiva del propio sistema de tutela reparado, como elemento de legitimidad del régimen específico de tutela de accidente de trabajo. Todo ello dentro del concepto más amplio de "política Social" y del Derecho Social, de la que serían políticas específicas, y que atienden conjuntamente a la prevención del accidente de trabajo y a la tutela del trabajador accidentado. Ambas vertientes atiende a una doble exigencia de racionalización jurídica en el tratamiento: por un lado, facilitar el funcionamiento del sistema económico (y para ello es ineludible prevenir accidentes y los costes sociales que implican) (Calabresi, G.), y por otro, asegurar una protección reparadora digna al trabajador accidentado. En su trayectoria histórica ambas políticas públicas se han desarrollado en paralelo (junto con las específicamente laborales y

de empleo), llegando incluso a fusionarse en ciertos momentos histórico-normativos determinados; pero la relación no siempre ha sido idílica, puesto que la lógica (preventiva y reparadora) son complementarias pero no idénticas, y hacen aflorar elementos de fricción y aporías entre ambas, y no han existido políticas públicas que incidan de manera global en el tratamiento frente al accidente de trabajo. Podría hablarse, pues, de una historia de encuentros y desencuentros. Sin embargo, los objetivos de política jurídica prevalentemente han marchado en paralelo. El ordenamiento jurídico tutelar ha cumplido en todos sus modelos históricos (el intervencionismo liberal incipiente/el modelo corporativo de tutela del trabajador/o el modelo derivado del constitucionalismo social) una función político jurídica integradora y conservadora, pero ha tenido que ir acomodando su fisonomía y su estructura institucional a las cambiantes exigencias de la evolución del sistema productivo, a los equilibrios de las relaciones sociales resultantes en cada momento, actuando como componente jurídico-institucional de un "sistema dinámico organizado" con capacidad de transformación. Los nuevos riesgos, las nuevas forma de organización del trabajo y estructuración de la empresa, la evolución del sistema productivo y económico (que influye indefectiblemente en la capacidad y efectividad tutela de los sistemas de protección social) y de la ideología imperante seguirán siendo elementos que incidan decisivamente en la fisonomía y alcance de los grupos normativos que conforman el régimen jurídico regulador, y los sistemas de protección social que institucionalizan, para hacer frente al fenómeno del accidente de trabajo (Monereo Pérez, J.L/ Fernández Avilés, J.A.).

En esa lógica integradora, cabe decir que, en gran medida, la vertiente reparadora frente a los accidentes de trabajo no supone sino el fracaso de la política preventiva. En ese sentido, la configuración del mecanismo reparador fundamental del accidente de trabajo, la tutela dispensada por el Sistema de Seguridad Social, es fruto de una evolución histórica en la que –al menos en el plano infraconstitucional– siguen ejerciendo una influencia importante las técnicas de aseguramiento iusprivatistas y la idea del aseguramiento de una responsabilidad empresarial objetiva. La idea de que el Sistema de Seguridad Social, en cuanto a la protección de los accidentes de trabajo, responde a un sistema de aseguramiento individual del empleador, fricciona con la concepción actual más solidaria de la protección social que resulta de los instrumentos internacionales, y, en relación a ello, tampoco sería plenamente compatible con las exigencias de un régimen público de Seguridad Social que impone el art. 41 CE, en el que ha de incluirse ineludiblemente la protección social del accidente de trabajo. En esta dirección cabe señalar que el sistema de responsabilidad patrimonial del empleador, comporta un entendimiento de la protección social pública que no se corresponde con nuestro Texto fundamental (art. 41 CE), que impone la superación de la doctrina de la responsabilidad del empresario por riesgos profesionales (Vida Soria, J.; Rodríguez Piñero, M.; Desdentado Bonete, A.; Moneo Pérez, J.L.). Ciertamente, desde la perspectiva constitucional, el fundamento de la tutela del accidente de trabajo debe basarse –en coherencia político jurídica– en la solidaridad colectiva organizada por el Estado a favor de quien está en una situación de necesidad y para eliminarla, concediendo –en todo caso– prestaciones suficientes para atender esa situación de necesidad. Esta vinculación genética del accidente de trabajo puede merecer una atención particular por la Seguridad Social para tener en cuenta en la valoración objetiva del estado de necesidad manteniendo una tutela diferencial, preferencial y diversificada del accidente de trabajo del sistema de Seguridad Social a nivel prestacional, pero sin desgajarse de él, ni satisfacer intereses privados. El dato de que al diseñar la protección infra-legislativa se siga teniendo en cuenta el origen profesional del accidente como riesgo específico del trabajador no equivale en absoluto a que

ese riesgo opere como criterio de imputación de responsabilidad. Es decir, que de la mera existencia de un tratamiento infraconstitucional que de carácter privilegiado o preferencial no cabe deducir inexorablemente que el modelo de tutela del Sistema de Seguridad Social tenga por fundamento el aseguramiento de una responsabilidad objetiva empresarial. La idea de la superación del "riesgo profesional" y la tutela hacia el ciudadano (con la correlativa indiferenciación de riesgos o irrelevancia de la causa genética) puede contemplarse como un corolario del reconocimiento constitucional del derecho a la Seguridad Social (art. 41 CE. Cfr. Art. 12 de la Carta Social Europea Revisada, Estrasburgo, 3 de mayo de 1966).

En el sistema constitucional, la Seguridad Social se asienta sobre la noción de "situación de necesidad", y ese es el basamento de la tutela que el Sistema presta a los "ciudadanos" (SSTC 134/1987, fj.4º, 116/1991, fj. 4º, 268/1993, fj. 5º, 377/1993, fj. 3º, 38/1995, fj. 1º, entre otras). Ello no obsta a que puedan introducirse distintos niveles de tutela objetiva para las diferentes contingencias siempre que queden razonablemente justificados. Solamente aquí es donde podrían tener juego las reminiscencias relativas al origen de la situación de necesidad; es decir, es en este ámbito donde podría tenerse en cuenta la noción de "riesgo profesional" para dualizar –siempre dentro de los parámetros constitucionales– la protección en función del origen de la contingencia. El debate constitucional no se plantea pues, en torno al fundamento de la protección, que sería la cobertura de la "situación de necesidad", sino en relación a la justificación del tratamiento diferenciado y privilegiado de las contingencias profesionales. La propia Constitución permite –aunque no imponga– la diferente protección por "contingencias". De hecho, el modelo legislativo español de Seguridad Social aún descansa visiblemente en buena parte sobre la consideración de las "contingencias", de los eventos dañosos que puedan originar la protección que se dispense. No es ilegítimo ni irrazonable que el legislador pueda tomar en consideración estos factores causales (las contingencias) para acordar un régimen jurídico diverso de unas prestaciones respecto del que se pueda acordar para otras distintas, ocasionadas por contingencias diversas, al ser éstos conceptos técnicos que aún son clave de la protección dispensada por nuestra Seguridad Social. En la misma línea los más cualificados Tratados internacionales en la materia se pronuncian aún por una protección que atiende a las contingencias (SSTC 142/1990, 184/1990, 375/1993).

En lo cierto que una idea-fuerza (o principio informador) del Sistema de Seguridad Social como la unidad en la concepción y organización de la protección (la tendencia a la unificación en un sistema de seguro nacional destinado a colocar bajo un solo paraguas a todas las ramas de las prestaciones), no ha impedido jamás la segregación de los riesgos profesionales. Esta unificación es un principio general y abstracto que queda pendiente de realizarse en la realidad positiva, porque en rigor tales principios sólo tienen una auténtica relevancia concreta y operativa cuando se traducen en elementos estructurales y en normas de Derecho positivo, imprimiendo de este modo sus rasgos específicos al ordenamiento jurídico, técnico y administrativo de la Seguridad Social (Venturi, A.). Esto obliga a descender del enunciado de principios concretos y del análisis general de la formulación constitucional del derecho a la Seguridad Social al estudio específico del complejo sistema legal regular de la Seguridad Social. Pues bien, ese principio unificador –como objetivo diferencial de la Seguridad Social respecto de otras técnicas más rudimentarias de tutela– no ha conducido en la realidad jurídico-positiva a una fusión entre los riesgos comunes y los profesionales. Aunque ello no implica necesariamente que el sistema de tutela del accidente de trabajo permanezca fundado sobre la idea de la "responsabilidad empresarial" o el

denominado "riesgo profesional", sí que es cierto que pone de relieve las heterogéneas dificultades para una plasmación del principio de consideración conjunto de las contingencias protegidas. Así pues, la unidad formal proclamada por la Constitución (la "fuerza configuradora" del art. 41 CE) se ve claramente desvirtuada en la experiencia jurídica por su realidad organizativa y funcional y el proceso de disgregación deliberada que puede ser percibido de forma amplia por cada una de las reamas de protección social (Monereo Pérez, J.L.).

Es así que la idea del aseguramiento de la "responsabilidad empresarial objetiva" en el marco del Sistema de Seguridad Social ejerce un fortísimo influjo en la configuración de un Sistema que debería atender a "situaciones de necesidad" con independencia de su origen. El marco del actual Sistema de Seguridad Social conserva, en materia de accidentes de trabajo, los rasgos propios de un sistema de aseguramiento imperfecto de la responsabilidad del que resulta un modelo complejo. La legislación española no se ha desprendido aun plenamente de la originaria concepción del "seguro" de accidentes como seguro de la "responsabilidad empresarial" y sólo indirectamente del trabajador. Es decir, no resulta nítido en el marco jurídico infra-constitucional, que se haya dejado atrás la regla de la responsabilidad individual –objetiva– en el marco de un verdadero Sistema de Seguridad Social, que teóricamente debería atender más al "estado de necesidad" que al riesgo u origen de la contingencia. Por lo demás, como es bien sabido y es innecesario aquí abundar en ello, esta lógica "segregadora" impregna todo el régimen jurídico de los accidentes de trabajo (tratamiento privilegiado de las prestaciones, particularidades relevantes en la gestión, etcétera). Todo ello conduce a una reconsideración crítica del régimen jurídico actual del tutela del accidente de trabajo, y que dado el carácter legal u obligatorio de la Seguridad Social, y la directa responsabilidad del Estado en su aplicación, fuerzan a considerarlo también rigurosamente condicionado por el principio constitucional de igualdad de trato reconocido por el art. 14 CE. Por tanto, todo cuanto implique un régimen de sobreprotección, de financiación privilegiada y de gestión diferente y más liberada deberá enjuiciarse desde la perspectiva de su compatibilidad con este principio. La naturaleza profesional de la "circunstancia" protegida no debiera seguir constituyendo un factor de discriminación (Gonzalo González, B./López Cumbre, L.).

En todo caso, se advierte el peso el peso histórico-cultural –en la cultura jurídica– de un excesivo formalismo jurídico que tiende a aislar en compartimentos estancos artificiales, el tratamiento de una misma materia por distintas ramas o sectores del ordenamiento jurídico, cuando todas las perspectivas de observación del jurista tienen que confluir para resolver satisfactoriamente los problemas técnicos y de política del Derecho que plantean los "riesgos profesionales" y tutela. Es el paso hacia un tratamiento jurídico de los "riesgos profesionales" donde la interconexión no es sólo histórico-normativa, sino también estrictamente funcional y dinámica. Paradigmáticamente, la interconexión aparece no sólo por el lado de la responsabilidad (que puede vincularse al incumplimiento determinante del siniestro laboral), sino también en la misma función preventiva que puede asumir la Seguridad Social en sí misma a través de instituciones como la discriminación de cotizaciones en atención a los riesgos que se acrediten, el "*bonus-malus*"…). Y es que la lógica de la responsabilidad en sí presupone una conexión entre prevención y reparación en materia de riesgos profesionales. Por lo demás, el análisis económico del Derecho plantea una concepción economicista de los costes de transacción que también incide en un fomento instrumental de la prevención desde la propia "política" de Seguridad Social.

Es preciso subrayar que la ordenación jurídica de la prevención de riesgos laborales hace referencia al conjunto integración de normas y principios jurídicos que tienen la finalidad de eliminar o reducir los factores determinantes de la producción de accidentes laborales o enfermedades profesionales. La prevención actúa típicamente sobre las "causas" determinantes y factores de riesgo, a diferencia de la "reparación" que incide, ante todo, sobre las consecuencias o efectos de un riesgo actualizado (ya producido). Al servicio de estos objetivos se trata de organizar preventivamente los procesos de producción y de organización del trabajo, determinar el conjunto de derechos y deberes de los empresarios y de los trabajadores y, asimismo, establecer la organización del intervencionismo público en materia preventiva. Aunque se observa desde hace algún tiempo la tendencia hacia la "activación" de las instituciones de la Seguridad Social clásica enderezadas preferente y genuinamente a la "reparación".

Hay que realzar que la legislación preventiva es amplísima, heterogénea, con dificultades de sistematización (a pesar de contar con "ejes normativos" sistematizadores relevantes, pero incompletos) y, además, de marcado carácter cambiante ("contingente"). La idea de "sistema" encuentra aquí importantes obstáculos, porque en muchos aspectos se manifiesta más como una "legislación dispersa" que un "Derecho" sistematizado y coherente. Ello no significa que no pueda realizarse una tarea *racionalizadora* del material normativo disponible, a partir de los pilares fundamentales del conjunto de normas en materia de preventiva (Derecho positivo de la prevención de riesgos profesionales).

Como es sabido, en gran medida el Derecho del Trabajo surgió para salvar la integridad física y corporal del trabajador, esto es, para imponer una seguridad en el trabajo a través de normas mínimas imperativas (Supiot,A). El nacimiento de la legislación preventiva corre en paralelo con la promulgación de las primeras normas laborales y de Seguridad Social a partir del último tercio del siglo XIX. Una legislación preventiva y de Seguridad Social que presentan un carácter inicialmente excepcional y asistemático, que comparte con el resto de la llamada, por entonces, "legislación social". Dato confirmado con sólo atender al Reglamento de la Policía Minera de 1883, al Catálogo de Medidas de Prevención de 1900, el cual se aprueba, de modo harto significativo, en el mismo año que la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. Esa "centralidad" ya inicial se refleja, igualmente, en la particular atención que la materia preventiva se concedió en el ámbito internacional. No sólo fue una las prioridades de la intervención legislativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), creada en 1919, sino que también, aún antes, fueron el centro de atención de las primeras Conferencias y Congresos Internacionales de finales del siglo XIX, y el núcleo de intervención de la "Asociación para la Protección legal de los Trabajadores" (1900). La proliferación de estas normas daría al tiempo paso a una necesaria labor de racionalización técnica y político-jurídica (que ha sido la intrahistoria del Derecho Social del Trabajo en su conjunto), la cual, sin embargo, no ha impedido que se muestre en la experiencia jurídica con una cierta dispersión y carácter coyuntural.

La conexión entre las lógicas preventivas y reparadoras de Seguridad Social nunca se han perdido del todo, aunque formalmente exista una lógica de tratamiento y regulación jurídica e institucional fragmentada, como se aprecia en las fuentes normativas de la Seguridad y salud laboral y de la Seguridad Social.

Ello se aprecia tenuemente en la regulación internacional (amplia y diversificada) y en el Derecho interno (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, Ley de Prevención de Riesgos Laborales[1]; y Real Decreto Legislativo 1/1994, que aprueba el Texto Refundido de la LGSS). En todo caso, en el ámbito de la Unión Europea (y sin olvidar el marco fundamental del Sistema de los Tratados y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) el cuerpo normativo más abundante y decisivo por su concreción y operatividad jurídico-práctica es el formado por el amplísimo conjunto de Directivas sociales comunitarias. Su eje es, inequívocamente, la Directiva 89/391/CE, autocalificada de "Directiva Marco" en la materia de prevención de riesgos, pues en efecto pretende establecer las bases jurídicas e institucionales de la ordenación de la seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas y ha servicio de "motor" para la promulgación de las siguientes Directivas reguladoras de distintos aspectos concernientes a la materia preventiva y que, a menudo, incorporan "medidas técnicas" de seguridad. La Resolución del Consejo de 3 de junio de 2002, elaboró una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2000-2006). Posteriormente, se dictó otra para 2007-2012, y más recientemente el nuevo marco estratégico europeo de la Seguridad y Salud en el Trabajo 2014-2020[2] (que debe conectarse con el Plan de Acción Internacional sobre la salud de los trabajadores 2008-2017, aprobado por la Organización Mundial de la Saludo, OMS).

En estas iniciativas se enumeran, entre otros, los siguientes objetivos y retos (que reflejan en términos de conjunto un enfoque integrador), dentro de lo que podríamos denominar una estrategia de acción positiva, pro-activa e integradora de la Prevención de Riesgos Profesionales:

-Promover "una cultura de prevención holística".

-Una concepción integral de la prevención de riesgos en la que prevalece una lógica no sólo de protección social sino también de carácter típicamente económico-instrumental al servicio de la competitividad: "La prevención del riesgo y el fomento de unas condiciones más seguras y saludables en el lugar de trabajo son factores fundamentales no sólo para mejorar la calidad del empleo y las condiciones laborales, sino también para promover la *competitividad*". Por otra parte, "la buena salud de los trabajadores *tiene un efecto positivo directo y mensurable en la productividad y contribuye a mejorar la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social.* Evitar que los trabajadores sufran accidentes graves o padezcan enfermedades profesionales y procurar que disfruten de buena salud a lo largo de toda su vida laboral, desde el primer empleo, es clave para que puedan trabajar más tiempo. Se contribuye, de este modo, a combatir los efectos a largo plazo del envejecimiento de la

[1] Una LPRL que es plenamente consciente de la interconexión cuando reenvía funcionalmente a las "definiciones *a efectos* de la Seguridad Social" (conceptos determinados por la función del marco normativo específico de referencia), afirmando que "sin perjuicio de la utilización de las definiciones contenidas en esta Ley en el ámbito de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, tanto la definición de los conceptos de accidente de trabajo, enfermedad profesional, accidente no laboral y enfermedad común, como el régimen jurídico establecido para estas contingencias en la normativa de Seguridad Social, continuarán siendo de aplicación en los términos y con los efectos previstos en dicho ámbito normativo" (Disposición Adicional 1ª de la LPRL). Cfr. los artículos 114 y siguientes de la LGSS.

[2] Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020. Bruselas, 6.6.2014.COM(2014) 332 final.

población, en consonancia con los objetivos de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (COM(2010) y COM(2014) 130 final). En concreto, la orientación de empleo nº 7 hace hincapié en el fomento del empleo de calidad. En el "paquete sobre empleo" se pone de relieve que la mejora de las condiciones laborales incide de manera positiva en la productividad y la competitividad". En este sentido, se enfatiza, que el coste socioeconómico de los accidentes de trabajo y la mala salud relacionada con el trabajo es muy significativo: "Los costes de Seguridad Social imputables a enfermedades o accidentes también son excesivamente elevados".

-Reducir el número de accidentes y enfermedades profesionales.

-Reforzar la prevención de las enfermedades profesionales, en especial aquellas que continúan afectando a un número elevado de trabajadores europeos.

-Mejorar la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo combatiendo los riesgos existentes, nuevos y emergentes. Tener en cuenta los riesgos sociales ("*Nuevos Riesgos*"), tales como el estrés y el acoso en el trabajo, y los asociados a la dependencia del alcohol, las drogas o los medicamentos. En realidad, "la mala salud relacionada con el trabajo, incluidas las enfermedades causadas o agravadas por las malas condiciones laborales, supone una *pesada carga* para los trabajadores, las empresas y los *sistemas de Seguridad Social".*

-Tomar en consideración los cambios producidos en la composición de la población activa como consecuencia de la feminización del mercado de trabajo, el envejecimiento de la población activa, la evolución demográfica, las circunstancias de los trabajadores discapacitados y la diversidad de estos factores en cuanto a la evaluación y prevención de riesgos de accidentes y de enfermedades; teniéndose más en cuenta en las medidas de prevención el factor edad, especialmente respecto a los jóvenes y respecto al envejecimiento de los trabajadores. Es necesario combatir el cambio demográfico: "La población de la UE está envejeciendo: el número de personas de sesenta años o más aumenta cada año en más de dos millones. La población activa también está envejeciendo, ya que la proporción de trabajadores de más edad en activo aumenta con respecto a la de trabajadores más jóvenes. Según las proyecciones de población de Eurostat (Europop 2010), se espera que, en la Europa de los Veintisiete, la población activa de entre cincuenta y cinco y sesenta y cuatro años aumente en torno al 16% entre 2010 y 2030. En el *Libro Blanco de la Comisión sobre las pensiones se pide que, a fin de garantizar unos sistemas de pensiones adecuados y sostenibles, se prolongue la vida laboral. Para ello es necesario que se den unas condiciones de trabajo adecuadas* (Libro Blanco "Agenda para unas pensiones adecuada, seguras y sostenibles, COM(2012) 55 final). Para lograr u na vida laboral sostenible y un envejecimiento activo saludable, es necesario que los trabajadores tengan salud y seguridad, habida cuenta, en particular, del envejecimiento de la población activa y la prolongación de la vida laboral [deseable para el mantenimiento del Sistema de Seguridad Social]. Para ello es necesario crear un entorno seguro y saludable a lo largo de toda la vida activa de una mano de obra cada vez más diversificada. El fomento de una cultura de prevención es esencial para lograrlo… Además, son necesarias medidas de reintegración y rehabilitación que permitan que los trabajadores *vuelvan al trabajo rápidamente tras un accidente de trabajo o una enfermedad, a fin de evitar su exclusión permanente del mercado de trabajo".*

-Tener en cuenta los cambios en las formas de empleo, las modalidades de organización del trabajo y la jornada laboral.

-Tomar en consideración el tamaño de la empresa, en particular en lo referente a la mejora del acceso de las pequeñas y medianas empresas, las microempresas o los trabajadores autónomos a las acciones de formación, información, sensibilización y la salud de los trabajadores. Debe reforzarse la capacidad de las microempresas y las pequeñas empresas para poner en marcha medidas efectivas y eficaces para la prevención del riesgo.

-Mejorar la recogida de datos estadísticos y desarrollar la base de información. Por lo que respecta a los accidentes de trabajo, en el Reglamento (UE) nº 349/2011 de la Comisión se estableció una recogida anual de datos a partir de 2013.

-Coordinar mejor los esfuerzos internacionales y de la UE para gestionar la salud y la seguridad en el trabajo y colaborar con organizaciones internacionales. Se trata de reducir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en todo el mundo.

-Mejorar la garantía de cumplimiento de la legislación en materia de salud y seguridad en el trabajo por parte de los Estados miembros.

-Identificar, difundir y aplicar buenas prácticas que den lugar a condiciones de trabajo que promuevan la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores.

-En el ese enfoque integrado, el nuevo Programa Marco de Investigación e Innovación de la UE para 2014-2020 (Horizonte 2020) ofrecerá oportunidades de financiación para abordar los retos sociales de salud, cambio demográfico y bienestar. Ámbitos prioritarios: entender la salud; envejecimiento y enfermedades; mejora del envejecimiento activo y saludable; fomento eficaz de la salud; prevención de enfermedades, y preparación y control. "Estos ámbitos requieren *un enfoque integrado y "traslacional" de los retos,* que sirva de apoyo tanto a la investigación a largo y medio plazo como a las actividades de innovación a corto plazo.

-Por último, se realza la importancia del diálogo social. "De conformidad con las disposiciones del Tratado, los interlocutores sociales de la UE desempeñan un importante papel en el diseño y la aplicación de las políticas de salud y seguridad en el trabajo y en el fomento de un entorno seguro y saludable en Europa".

2. POLÍTICA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS Y POLÍTICA DE SEGURIDAD SOCIAL: LAS VÍAS O CAUCES DE INTERCONEXIÓN

Aunque las políticas de prevención de riesgos laborales nacieron al mismo tiempo y de algún modo estuvieron vinculadas con las políticas de Seguridad Social, es lo cierto que ésta no asume como objetivo propio y directo la prevención de los riesgos, autolimitando su cometido principal a reparar las consecuencias lesivas de un siniestro profesional; es decir, de un riesgo profesional ya actualizado. De ahí que la política de prevención de riesgos quede formalmente al margen del sistema de Seguridad Social, pero no enteramente de las políticas jurídicas de Seguridad Social que no pueden ignorar sus fuertes conexiones como ahora se indicará), porque ambas (política preventiva y política reparadora) se integran –o deberían hacerlo– dentro de la más amplia política de protección social pública de los riesgos

laborales. En este sentido, respetando sus respectivas lógicas operativas, las políticas de Seguridad Social y de Prevención de Riesgos están condenadas a colaborar y unir esfuerzos para alcanzar el objetivo de tutela efectiva de las personas que trabajan frente al os riesgos profesionales. Sobre estos dos subsistemas (prevención y reparación) debe estar *una* política del Derecho globalizadora frente a los riesgos derivados del trabajo profesional. Es decir, una política pública de protección integral contra los riesgos profesionales. Por lo pronto, es evidente que esa política integradora debe atender al hecho mismo de que la prevención tiene la ventaja humana y civilizatoria de evitar o reducir el número de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, por lo cual deberá coordinarse con la política preventiva al punto de reducir la siniestralidad y con ella reducir el coste de la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. La necesidad de un interconexión entre la política pública de prevención de riesgos laborales y la política de Seguridad Social había sido puesta de relieve por Paul DURAND, el cual incluso llega más lejos a defender la unidad de una política de Seguridad Social integrada por la política de indemnización de Riesgos Sociales y por la política de Prevención de Riesgos Sociales. Ahora bien, entiende que "la disociación de la política de Seguridad Social en Política de indemnización y Política de prevención de riesgos sociales, indispensable para el adecuado análisis de aquélla, no debe hacer olvidar la unidad profunda del Sistema moderno de Seguridad Social. Indemnización por una parte y prevención por otra, forman un conjunto, cuyos elementos se prestan mutuo apoyo".

Pero, se ha de insistir, en que la prevención no es objeto propio y principal del Sistema de Seguridad Social, aunque debe ser un elemento a tomar en consideración en el momento de elaborar y poner en práctica y la valorar la eficiencia de las políticas de Seguridad Social. Por citar nuevamente a Paul Durand (y verificar de paso que el planteamiento del problema no es nuevo desde luego), se puede afirmar que "la Política de prevención ejerce una influencia muy marcada sobre la de indemnización. Su importancia resulta capital en el orden financiero. Entre sus ambiciones, la Política de prevención, alberga la de aligerar las cargas económicas del sistema de indemnización".

Por otra parte, desde el punto de vista técnico-jurídico y desde la misma lógica de la protección dispensada por la Seguridad Social el centro de atención debería de residir esencialmente en la reparación de las situaciones de necesidad, con indiferencia de la causa determinante de dicha situación objetiva de necesidad (cfr.art. 41 CE). No obstante, en los países europeos, incluido España, existe una protección específica de los riesgos profesionales que se aparta de la dispensada a la conferida a los riesgos comunes. Estableciéndose una diferenciación protectora entre las situaciones de necesidad en atención la causas "profesional" o "común" que las ha provocado. Esta discutible diferenciación encuentra su sentido histórico (que no su "justificación" satisfactoria) en la formación compleja del sistema de seguros sociales, y en el hecho de que la protección de los riesgos profesionales se basó inicialmente en la técnica de la responsabilidad empresarial.

Existen especificidades de los accidentes de trabajo en el marco del sistema de Seguridad Social y sus "disfucionalidades". La relativa pervivencia de un ámbito de responsabilidad empresarial está en la base de que no se haya producido una completa exteriorización de la financiación del coste de los accidentes de trabajo (lo que supondría una financiación pública enteramente desvinculada de los costes empresariales). La mayor parte de los países europeos imputa los costes de la financiación (a través de la cotización por contingencias profesionales) al empleador y a él se le imputa, pues, un ámbito de

responsabilidad, *vinculando prevención y reparación* de los accidentes, en la consideración de que el empresario es el sujeto que controla las condiciones de seguridad del ambiente de trabajo y a las cuales se expone el trabajador subordinado ejerciéndose sobre él el poder de dirección. En España –como en otros países europeos– no se ha producido una completa absorción por la Seguridad Social de la responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo, lo que supondría una socialización de la responsabilidad, por así decir. No se ha suprimido la responsabilidad del empresario (pervive la responsabilidad como criterio de imputación de la carga de la reparación), sino que se ha procedido a asegurar obligatoriamente la responsabilidad empresarial dentro del Sistema de Seguridad Social, por lo que se produce una socialización del aseguramiento obligatorio de la responsabilidad empresarial; aunque en el plano formal (y en el de la lógica de la Seguridad Social) se rechace doctrinalmente –y coherentemente– la función de la Seguridad Social como instrumento de "seguro" de dicha responsabilidad (Vida Soria, J.; Rodríguez-Piñero, M.; Mercader Uguina; Tatay Puchades; Monereo Pérez, J.L.; Fernández Avilés, J.A.; Sánchez Pérez, J.).

Recodar aquí que la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 se basó en la responsabilidad objetiva por riesgo profesional, que devendría en régimen obligatorio en 1932 (Ley de 4 de julio de 1932), hasta su inserción en 1966 (Ley de Seguridad Social) en el Sistema integrado de la Seguridad Social. La responsabilidad se limita, entonces, a la indemnización legal tasada, sin perjuicio de un recargo de las prestaciones por la presencia de la culpa derivada del incumplimiento del deber objetivo de cuidado que incumbe al empresario y de las sanciones públicas (administrativas y penales). La inmunidad que ofrece al empleador el Sistema de Seguridad Social será, pues, relativa, pero de alcance significativo. Por otra parte, se produce una extensión del concepto de accidente de trabajo, hasta abarcar a los accidentes *in itinere* y a los que se producen como consecuencia de culpa de un tercero o de la concurrencia de fuerza mayor, y a los trabajadores autónomos. De este modo, se amplía la protección para situaciones que quedan fuera del ámbito propio del control del empresario y de la esfera de riesgo empresarial. Y, por tanto, más difícil de articular medidas preventivas por parte del empleador.

Pese a todo, y en contraste con las indicaciones de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 (consideración conjunta de las contingencias sociales a efectos de organización de la acción protectora) ha persistido el *tratamiento singular y diferenciado* de las contingencias profesiones dentro del Sistema de la Seguridad Social, el cual continúa basándose en la lógica del aseguramiento de la responsabilidad del empresario. Ese tratamiento es diferenciado y más protector ("privilegiado") que el otorgado a los riesgos comunes, que se manifiesta, entre otras cosas, en la cotización específica única a cargo del empresario por contingencias profesionales en el principio de automaticidad de la protección, en la mayor cuantía de las prestaciones económicas atribuidas, en la existencia de prestaciones especiales (v.gr., indemnizaciones por muerte, las indemnizaciones en concepto de lesiones permanentes no invalidantes, peculiaridades respecto a la incapacidad temporal), mejora de la cuantía de la incapacidad temporal, mejora de la protección sanitaria, y está la importante figura del recargo de las prestaciones económicas en los supuestos del art.123 LGSS, que en el caso de incumplimiento determinante causal de accidente de trabajo impone una responsabilidad directa al empresario de carácter no asegurable; y que se impone como una sanción que se materializa en una mejora adicional de las prestaciones otorgadas (Dicho precepto es contundente al afirmar que la responsabilidad del pago del recargo "recaerá

directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno de derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla". Por lo demás, esta responsabilidad, de carácter complejo, "es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción"; cfr. art.123, 2º y 3º de la LGSS). También es peculiar el modo alternativo de gestión por las Mutuas "colaboradoras con" la Seguridad Social (véase la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social e relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social).

Este sistema protector diferenciado y la interferencia de las Mutuas en la gestión (protectora y preventiva, ésta última ahora más restringida) de los riesgos profesionales puede producir distorsiones importantes en el sistema. Puede determinar –y así está ocurriendo en la práctica– un aumento interesado de accidentes calificados como de origen profesional (incluidas las "enfermedades del trabajo"). La protección privilegiada y la inclusión en el concepto de accidente de trabajo de supuestos que quedan fuera de la protección han determinado una "inflación" mayor de la realmente existente en el número de accidentes profesionales. Por otra parte, en un sentido paradójicamente contrario, la intervención de las Mutuas introduce una fuerte "presión" (incluido el ámbito judicial) para la "des-calificación" de los accidentes como accidentes profesionales, tendiendo a desplazarlos hacia la calificación –con cobertura diferenciada– de accidentes comunes (gestionados directamente por el Sistema de la Seguridad Social, y que goza una menor calidad de la protección). Pudiéndose perder la necesaria "objetividad" y "neutralidad" en la calificación de las contingencias (como profesionales o como comunes). De este modo la interferencia de las Mutuas también incide disfuncionalmente en la determinación de las contingencias y en la configuración de la acción protectora (sujetas a un régimen jurídico diferenciado).

Es innegable la necesidad de una reorientación cualitativa del modelo legal de aseguramiento social de los riesgos profesionales. Si se atiende a las consecuencias de la pervivencia del sistema protector diferenciado, éste se hace merecedor de crítica tanto desde el punto de vista de la lógica de la protección reparadora (la protección es distinta para las mismas situaciones de necesidad; las cuales merecerían la misma protección si se atiende a la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 y al mismo art.41 CE que orienta la protección hacia la tutela de la situaciones de necesidad con independencia de la causa –profesional o no– determinante) como desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. En este sentido parece evidente que la lógica interna de la prevención exige establecer una conexión del riesgo empresarial y su calificación como accidentes o enfermedad profesional, precisamente para articular los mecanismos de prevención (siendo necesario operar con la distinción entre accidentes laborales y accidentes comunes). Pero lo que debería tenderse a restringir gradualmente y en el marco de procesos de concertación socio-política (dada la magnitud del cambio cualitativo que ello supondría) son las diferencias de protección de las situaciones de necesidad que son el presupuesto de la acción protectora dispensada, porque en el plano preventivo no contribuye a la mejora del sistema (Basta reparar en el hecho de que los índices de siniestralidad laboral no se acomodan realmente a la realidad de los siniestros típicamente profesionales). La idea-fuerza aquí es tratar de suprimir las discriminaciones protectoras por razón de la causa.

En el plano de la prevención será necesario operar con un concepto de accidente de trabajo y de enfermedad profesional *funcional* a las exigencias de la prevención, y, por consiguiente, vinculado al ámbito de control que es posible garantizar al empleador al que se le imputan obligaciones preventivas, y en la realidad jurídica así se pone en práctica. Su esfera de responsabilidad sería plural, abarcando la responsabilidad de Seguridad Social (donde existe una relativa inmunidad por la socialización actual del aseguramiento de la misma), la responsabilidad pública punitiva (penal y administrativa). Por ello es necesario re-definir los conceptos de accidente de trabajo, "enfermedades del trabajo" y enfermedad profesional (Debería operarse, entre otras cosas, con un concepto más flexible y no con una lista cerrada –o, al menos más flexible en su descripción tipológica– que puede ser inoperante para detectar la evolución de los siempre nuevos riesgos emergentes). La legislación preventiva tiene que utilizar un concepto de accidente de trabajo específico, en cuanto vinculado íntimamente al ámbito de riesgo que puede ser objeto de control por parte del empresario. En el campo de la responsabilidad pervive el elemento de responsabilidad individual que no goza del beneficio de la inmunidad, como es el caso de la responsabilidad civil integral por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento (acción u omisión) de las medidas de seguridad y prevención de los riesgos empresariales (se dispone del cauce de la responsabilidad civil) y de la figura sancionadora compleja (pues tiene una doble dimensión sancionadora y reparadora) del recargo de prestaciones regulada en el art.123 de la LGSS. Estos ámbitos de responsabilidad individual (anudada a la permanencia del elemento de la culpabilidad del sujeto obligado en sus diversas vertientes tipológicas) se vinculan directamente con la actividad preventiva e incentivan la observancia de las medidas de seguridad y saludad en el trabajo. Pero la complejidad del sistema regulador (muy diversificado y, a menudo, ambiguo) venía aconsejando una reforma *racionalizadora* que permitiera acoplar satisfactoriamente los distintos ámbitos de responsabilidad (especialmente, las diferentes esfera de responsabilidad civil y la derivada del recargo de prestaciones económicas), y resolver las distorsiones que presenta en vía de solución de conflictos jurídicos la existencia de tres órdenes jurisdiccionales distintos competentes para ello. En esa dirección se ha avanzado en regular legalmente el ámbito de la responsabilidad civil por riesgos profesionales y la atracción de la competencia para la sustanciación de los conflictos correspondientes hacia el orden social de la Jurisdicción. En este sentido, ha caminado ya la LJS, art. 2.b), y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El art. 2.b) LJS atribuye a la competencia de la jurisdicción social en relación con "las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente". Adviértase que no siempre será fácil la determinación de las personas concurres a la producción del daño. De ahí la relevancia de las medidas preparatorias al efecto. En este sentido, el art. 76.1 LJS se refiere a la posibilidad de practicar diligencias encaminadas a la determinación de las personas concurrentes a la producción de un daño con la persona a la que se pretenda demandar y la cobertura del riesgo en su caso. Con esta regla de competencia se trata de resolver una bien conocida y alarmante situación de peregrinaje jurisprudencial. La competencia sobre cuestiones derivadas del contrato de trabajo comprende las acciones de reclamación de daos entre empresarios y trabajadores –indistintamente– derivadas de los posibles incumplimientos de sus respectiva obligaciones laborales. Aunque en determinadas zonas límite la jurisprudencia anterior era vacilante hasta que se produjo un cierto giro

hermenéutico, pero insuficiente, a partir de la conocida STS, Sala 1ª, de 15 de enero de 2008. La nueva regla de competencia que unifica todos los tipos de pretensiones en la jurisdicción social, se inscribe en la idea-fuerza de la reforma procesal llevada a acabo por la LJS, a través de la cual, por un lado, se produce una unificación de la materia laboral que permite dar una cobertura más especializada y coherente a los distintos elementos de la materia laboral. Es el caso de la *concentración* en el orden jurisdiccional social de todas las cuestiones litigiosas relativas a los accidentes de trabajo y que hasta ahora obligaban a los afectados a acudir necesariamente para intentar logar la tutela judicial efectiva a los distintos juzgados y tribunales encuadrados en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social. Con esta formulación legal, como expresa la Exposición de Motivos de la LJS, "se pretende que la jurisdicción social sea competente para enjuiciar conjuntamente a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral o en conexión directa con el mismo, creándose un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado. En este punto la LJS siguió el pacto social materializado en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012), así como a un amplio consenso de la doctrina científica.

Ello es importante ante el hecho de que la acción protectora de la Seguridad Social sólo proporciona una indemnización tasada; siendo preciso que en caso de concurrencia de culpabilidad pueda accionarse para exigir una indemnización integral del daño sufrido. No se debería suprimir (pese a una no extendida y no suficientemente fundada opinión en contrario) la institución del recargo de prestaciones económicas por incumplimiento de medidas preventivas determinantes de un siniestro laboral, sino de garantizar adicionalmente un procedimiento ágil, ante los tribunales laborales, para la reclamación de la íntegra reparación del daño sufrido por el trabajador accidentado en caso de culpa del empresario, quien podría asegurar ese último ámbito de responsabilidad civil (no la responsabilidad sancionadora del recargo de prestaciones, que debe ser en lógica jurídica no asegurable; aunque es deseable que se creara al efecto una institución de garantía *pública* subsidiaria similar al FOGASA, en términos de organización y financiación), y también de clarificar su coexistencia con los demás ámbitos de responsabilidad empresarial.

Como derivación de esta propuesta racionalizadora deberían tomarse medidas viables (y graduales) hacia la progresiva desaparición de la cotización específica por contingencias profesionales, estableciendo gradualmente una cotización única para todo tipo de contingencias.

En el plano de la organización y la gestión del aseguramiento público la gestión mutualista podría mantenerse, suprimiéndose de raíz la presión distorsionante hacia la calificación como común la siniestralidad profesional. Por lo demás, una vez que ha desaparecido nominalmente, al menos, la adjetivación de "patronal" de las Mutuas, podría darse acaso entrada hacia una configuración de las mismas más pluralista en cuanto entidades colaboradoras del Sistema público tanto en materia propiamente reparadora-aseguradora como en cuanto entidades operativas de prevención de los riesgos profesionales. En este sentido se ha llegado a proponer la participación institucional en las mismas de las organizaciones sindicales (En este sentido véase el *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, Madrid, Ed. BOE, 2001). Sin embargo, se ha venido avanzado en el proceso de reforma en esa dirección participativa. Así

el art. 71. 1 de la LGSS establece que el órgano de participación institucional de los agentes sociales de las Mutuas es la Comisión de Control y Seguimiento. Indicando que:

> *"La Comisión de Control y Seguimiento es el órgano de participación de los agentes sociales, al que corresponde conocer e informar de la gestión que realiza la entidad en las distintas modalidades de colaboración, proponer medidas para mejorar el desarrollo de las mismas en el marco de los principios y objetivos de la Seguridad Social, informar el anteproyecto de presupuestos y las cuentas anuales y conocer los criterios que mantiene y aplica la Mutua en el desarrollo de su objeto social. Para desarrollar esa labor, la Comisión dispondrá periódicamente de los informes sobre litigiosidad, reclamaciones y recursos, así como de los requerimientos de los órganos de supervisión y dirección y tutela, junto con su cumplimiento. Anualmente elaborará una serie de recomendaciones que serán enviadas tanto a la Junta Directiva como al órgano de dirección y tutela. El Ministerio de Empleo y Seguridad Social regulará la composición y régimen de funcionamiento de las Comisiones de Control y Seguimiento, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social"* (art. 71.5 LGSS) (En la redacción dada por la Ley 35/2014, de reforma de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social).

Los seguros sociales de accidentes de trabajo no sólo son seguros sociales de los trabajadores: han sido ante todo, en el plano instrumental, formas de asegurar a los empresarios su responsabilidad, permitiéndoles liberarse relativamente de sus obligaciones civiles de abonar compensaciones integrales por la actualización de los riesgos del trabajo. Su supresión como fórmulas específicas de aseguramiento no se puede producir sin más, sino de forma progresiva, y, en todo caso, exigirá la aludida reforma de la responsabilidad civil (respecto de las indemnizaciones que no han sido legalmente socializadas) y su sustanciación ante la jurisdicción laboral.

Por lo pronto, no parece que exista una extraordinaria situación de urgencia político jurídica en el proceso de reforma legislativa. Los "seguros sociales" por contingencias profesionales no están en situación crítica, y de hecho las orientaciones de la reforma de la Seguridad Social marchan, por el momento, en una orientación distinta en cuanto a sus prioridades. Quizás se vincule a la idea de mantener dentro del proceso de reforma de los sistemas de Seguridad Social a modo de una "Seguridad Social de los riesgos profesionales", como mecanismo específico de socialización del riesgo empresarial, lo que le diferenciaría –desde un punto de vista estructural y funcional– de los procesos de reforma de otros ámbitos de la Seguridad Social contributiva.

El sistema de Seguridad Social *puede contribuir al fomento de las políticas de prevención* de riesgos profesionales, a través de diversos cauces, en tanto se mantenga el sistema de "seguro social" diferenciado por contingencias profesionales (y, por el momento, parece que continuará así, pero a condición de que se produzcan cambios cualitativos de envergadura). Uno de ellos, que ya ha sido aludido en cierto modo, es el de primar a aquellos empresarios que han reducido el número de accidentes de trabajo, y penalizar a aquellas en las que se detecta un incremento del índice de siniestralidad laboral. Es una técnica de alentamiento o incentivación de los esfuerzos en materia de prevención de riesgos laborales. Una técnica de alentamiento situada en una línea parecida de política del Derecho (fomentar la prevención con la lógica diferenciadora del "bonus-malus") sería de la de reducir las cotizaciones por contingencias profesionales, respecto de aquellos empresarios que acrediten

un determinado índice positivo de siniestralidad laboral. Bajo un estricto mecanismo de control y prudente supervisión, puede realizarse una política *"pro-activación"* de las medidas protectoras y de los recursos públicos, de manera que puedan concederse subvenciones o bonificaciones *finalistas en cuanto encaminadas a alentar los comportamiento en materia de prevención de riesgos* para las pequeñas y medianas empresas para las cuales no siempre se plantea la prevención en términos de "rentabilidad preventiva", sino de "coste pasivo de prevención" de los riesgos laborales. Estos tipos de medidas pueden suponer una intervención activa de los seguros sociales por contingencias profesionales en la prevención de la siniestralidad laboral. En una dirección análoga se han realizado en varios países ya algunas experiencias, entre ellos, en Francia, Italia y Finlandia. Este tipo de subvenciones deberían estar estrictamente al servicio de la prevención, y no ser un mecanismo encubierto para eludir los límites que al otorgamiento de las ayudas públicas otorga el Derecho de la competencia. De ahí que tendría que ser objeto de autorización y control por parte de las instituciones políticas de la Unión Europea. Por lo demás, se podrían otorgar subvenciones económicas y beneficios fiscales por parte del Estado, central o de las administraciones autonómicas, en esa dirección sin necesidad de extraer recursos de los mismos sistemas públicos de aseguramiento social; o hacerlo de forma mixta o combinada con aquellos (internos a la Seguridad Social).

Con seguridad, la dirección a seguir debe ser la transición de la simple prestación pasiva (lógica exclusiva de la reparación) a la integración activa con la prevención. La prioridad de la política pública debe residir en la prevención, y cuando esta no haya dado el resultado esperado entonces deberán actuar los mecanismos protectores (eficientes en la lógica de la reparación-compensación). Es nuevamente el enfoque proactivo y positivo de las políticas de protección social.

La experiencia demuestra que el método para la introducción de las políticas de reforma social debe ser le Ley negociada en el marco de los procesos de diálogo y concertación social. Los interlocutores sociales pueden influir en las políticas de reforma legislativa y éstas encontrarían un elemento de legitimación adicional para la viabilidad política y eficiencia social del proceso de cambio en cuestión.

En este contexto las recientes reformas legislativas está replanteando el modelo organizativo de la actividad preventiva y, en parte de modo subyacente sus relaciones con la tutela reparadora de Seguridad Social. Pero, como ya se apreció, en el enfoque de la UE predomina una concepción criticable que reside en que en la última legislación de reforma –señaladamente, la Ley 14/2013 y Ley 35/2014– prima los enfoques de gestión preventiva basados en la doble y reactualizada idea-neoliberal de *carga administrativa* –a aligerar/simplificar–, frente a la vertiente de derecho social des-mercantilizado y de *costes productivos* –a reducir–, frente a la imagen de inversión productiva, en especial para las PYMES. Es bien sabido que esto no siempre ha sido así, y al respecto la primigenia versión de la LPRL ha experimentado sucesivas reformas, todas ellas orientadas por una radicalización de forma creciente de las técnicas de mercados como instancia ordenadora básica de la actividad preventiva. Al respecto, conviene recordar ahora, de un lado que la actividad preventiva se desplegó hasta 2005, esto es, una década al menos de vigencia de la LPRL, principalmente con cargo a cuotas de la Seguridad Social –las Mutuas como sujetos preferenciales de prestación de servicios de actividad preventiva–. De otro, que incluso ahora, tras la eliminación radical de esta opción por la Ley 35/2014 –tanto por razón de la

presión del mercado, que acusaba a la normativa de favorecer la competencia desleal, como por razones de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social, que veía como incluso las sociedades mercantiles herederas, y dependientes, de las Mutuas en esta actividad suponían un agujero negro para el patrimonio de éstas, amenazándolas de quiebra–, sigue habiendo vías residuales de financiación de actividad preventiva con cargo a cuotas –el 0,5 por cien de las que gestiona cada Mutua "colaboradora de la Seguridad Social"; el *sistema de bonus*, que reduce las cotizaciones sociales de empresas que acrediten buena gestión (¿formal o real?) preventiva (RD 404/2010)–. Realmente, la Ley tiene abiertas diferentes, en la medida en que, en el plano normativo, la actividad preventiva es un derecho fundamental de la persona, cuya satisfacción no puede regirse por criterios de mercado ni por análisis, de un tipo u otro, costes-beneficios, y, en el plano conceptual, no se ha derogado formalmente –quizás sí materialmente– la configuración de la acción preventiva como "servicio social complementario" de la protección prestacional económica frente a los daños derivados del trabajo. Actualmente, puede parecer esta observación anacrónica. Pero no lo es tanto más si se valora el absoluto fracaso (verificable empíricamente) del sistema de mercado creado para atender el deber del empresario de prevenir eficazmente los riesgos, pues, pese a todas las reformas, ha quebrado. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la lógica-tensión público-privado inherente a esta actividad no prejuzga un único modo de solución organizativa ni de financiación, de modo que cabe articular modelos de prestación del servicio sobre una ordenación mixta público-privada con diversas opciones. Pero ¿acaso ha cambiado –o está cambiando– la consolidada concepción del Derecho Preventivo de la Seguridad y Salud en el Trabajo como límite al Derecho Económico de la Libertad de Empresa, para retornar a un Derecho de Mercado bajo la doble lógica de la flexibilidad organizativa y de la mejora de la función productiva, devaluando sus costes? Parece claro que la reconducción-regresión de la actividad preventiva a una lógica de funcionamiento, de legitimación y criterios de validación propios de un lenguaje eficientista, de matriz económica, colisiona de frente con una racionalidad-regulación jurídica basada en un derecho social fundamental de prestación de servicios de salud –en el entorno laboral–. Sin embargo, las señales de este cambio cualitativo son más que evidentes por influencia comunitaria. En realidad, se ha venido produciendo una cierta *re-emersión de la lógica mercantil de los costes-beneficios en la acción preventiva, con la influencia de las iniciativas comunitarias sobre la materia.* Hay motivos para temer y denunciar que esa deriva ya ha comenzado, de modo que progresivamente parece ir perdiendo peso el enfoque finalista de la prevención de los riesgos profesionales al servicio de la "mejora del bienestar en el trabajo", para tomar cada vez mayores posiciones el enfoque de la "reducción de costes económicos de la prevención". Y ello no sólo en la vertiente laboral –ahorro de los costes mediante la simplificación/reducción de las cargas legales previstas a tal fin–, sino también de Seguridad Social –la contribución de la seguridad y salud en el trabajo a la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en virtud de la reducción de los costes para éste de la prolongación de la vida activa–. En este sentido, el nuevo marco estratégico 2014-2020 radicalizaría la lógica "eficientistas" del anterior (Monereo Pérez, J.L./Molina Navarrete, C.).

Resulta innegable que el enfoque subyacente a este nuevo marco estratégico es análogo a aquella "innovadora racionalidad de gobierno de las políticas públicas" calificadas de gerencial, remite fundamentalmente a la "tesis del *New Public* Management –NPM–"o nueva gestión pública, en el marco de una "nueva gobernanza económica" asentada a su vez en la reducción de los costes socio-laborales. Se trata de una racionalidad neoliberal de reorganización pública centrada en la preocupación por los costes de las políticas públicas

para las empresas y en la que cobra preeminencia los principios de optimización económica de recursos, minimizando los costes y maximizando la relación coste-beneficio. Esta racionalidad gerencial conduce a la implantación de un conjunto de prácticas que pretenden economizar los medios –humanos y financieros– disponibles, orientarlos eficientemente hacia objetivos definidos, y producir criterios de evaluación periódica de los resultados obtenidos –la propia estrategia comunitaria se hace dependiente de esa evaluación anticipada (2016)–. Sin ánimo de exhaustividad, entre esas prácticas estarían la mayor coordinación entre las diferentes políticas de crecimiento, en línea con su entendimiento como partes integrantes de un mismo sistema mercantilizado (por eso, entre otras cosas, la nueva política de seguridad y salud se vincula a la política de control del gasto en pensiones, a través de la referida estrategia del "envejecimiento activo"; o de la que se dirige a la liberalización de los mercados de servicios…), o al desarrollo de maneras o formas innovadoras de colaboración público-privado en el gobierno de la seguridad y salud y en la lucha contra la siniestralidad laboral, que por lo general significa asumir la financiación pública de un servicio público que es gestionado, eso sí, por entidades privadas. También se diseñan planes estratégicos que analizan los medios disponibles y los objetivos susceptibles de consecución, en aras de la economización de recursos y de la estandarización de los modos de funcionamiento, también desde una perspectiva de competencia global comunitaria, evitando que cada competidor actúe con reglas propias. De este modo, pese al discurso inicial legitimador del nuevo marco, realmente lo que se propone es un modo de funcionamiento prácticamente de mercado, que orienta el sistema de la gestión preventiva en una clave de prestación productiva de servicios por parte de todos los operadores, privados y públicos. Preocupados por la valoración externa, dirigida a dar imagen en la sociedad de eficacia del sistema, los indicadores de "éxito" tienden a concentrarse más en "rendimientos formales" que en resultados reales, es decir, más en lo que las instancias del sistema hacen –estadísticas de actuaciones– que en los beneficios sociales que producen –en términos de prevención del siniestro laboral o de conformación de un modelo garantista– (la lógica cuantitativa de rendimientos). Sin duda, esta reforzad lógica económico-administrativa en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo mina, o pone en riesgo grave, la racionalidad clásica, garantista, propia de la etapa "welfarista", que legitima esta política desde su utilidad para solucionar el problema socio-económico de fondo: en materia de seguridad y salud en el trabajo, las causas colectivo-organizativas de los riesgos profesionales. Del modelo preventivo "*bienestarista*", basado en la persistencia de un conjunto de garantías bien asentadas en el orden normativo y en las convicciones sociales, también aquí se pasaría, con en el ámbito de las relaciones laborales en general, al "productivista", basado en el análisis mayor de costes-beneficios, esto es, en las ventajas de competitividad que reporta a quien las practica y en la reducción de los costes –vía aligeramiento de cargas, retornos de cotizaciones sociales (*técnica de bonus –no malus–*), asunción pública de parte de la actividad…–, necesarios para implantar un sistema de gestión preventiva eficaz a tales fines. (Monereo Pérez, J.L./Molina Navarrete, C.).

Por otra parte, este mismo enfoque puramente de rentabilidad empresarial de la acción preventiva (lógica de racionalización económica más que propiamente social) está presente en la decisión gubernamental, legalmente formalizada, de poner en venta lo que quedaba, hasta hoy, poco, sin vender del sector de las "sociedades mercantiles de prevención" –SMP–, propiedad de las citadas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y hoy, eufemísticamente, denominadas "Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social". Así se prevé en la Disposición transitoria 3ª de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, que reza en su tenor precisamente así: "régimen de desinversión de las Mutuas Colaboradoras con la

Seguridad Social". En esta norma transitoria se da un plazo de tres meses para presentar las ofertas de compra-venta de tales SMP –hasta el 31 de marzo de 2015–, y de tres meses más a fin de culminar esa venta –hasta el 30 de junio de 2015–. Si no se vendieran en tal fecha, la Ley se convierte directamente en ese "*factum principis*" o decisión de autoridad –fuerza mayor en sentido impropio– determinante de la disolución de la sociedad mercantil, y consiguiente cese o extinción, se entiende, de los contratos de trabajo de los profesionales de tales sociedades. Por tanto, la forzada venta, a precios –reducidos– de mercado –desregulado– y al mejor postor, cualquiera que fuese –incluidos los célebres "Fondos Buitre"– la única garantía de continuidad de estos empleos. Aunque el Gobierno actual ofrece razones de aparente racionalidad jurídica para justificar esta decisión, acabar con la pretendida «ficción de utilizar una sociedad mercantil interpuesta para desarrollar una actividad ajena a la Seguridad Social», son muchas más las razones económicas, unas confesadas otras ocultadas, que están en la base de la misma (Monereo Pérez, J.L./Molina Navarrete, C.).

Señalar, por lo demás, que dentro de las razones económico-mercantiles confesadas, se pone énfasis en que se trata de una medida de recuperación de la competencia leal en este mercado de servicios, a fin de evitar «*situaciones de competencia desleal y abuso de posición dominante*» en el mercado de la prevención de riesgos laborales. De este modo, el Gobierno viene a reconocer que, pese a la vía de gestión indirecta por las Mutuas de la acción preventiva ensayada en 2005, con el "invento" o artificio de las SMP, aquéllas han seguido usando «todo el bagaje de información, relaciones y posición que le otorga la gestión de la Seguridad Social en beneficio de su sociedad mercantil, beneficiando claramente su posición competitiva en el mercado». Queda así atendida plenamente la vieja reivindicación de ASPA –la asociación de empresas puramente privadas del sector (SPA)– para que las Mutuas dejaran vía libre a las empresas para competir en este mercado, dejando de utilizar recursos públicos. Pero, junto a ella, hay otras menos confesadas, pero de fondo, y quizás las más relevantes. Así, con esta venta el Gobierno busca dos objetivos básicos: liberar a las Mutuas de las pérdidas que suponen estas entidades, y que afronta con un muy mermado patrimonio histórico, cobrando de paso la deuda de 40 millones de euros que acumulaban con la Seguridad Social tales sociedades –hacer caja–, de un lado, e impedir que sigan las Mutuas haciéndose competencia "desleal" entre ellas a través del ofrecimiento de servicios de prevención de riesgos, de otro. Precisamente, el Gobierno actual viene excluyendo año tras año a este sector de gestión "socio-privada" de prestaciones de Seguridad Social de un sistema de mercado libre entre las Mutuas, a través de la prolongación de los convenios de asociación, lo que provoca continuos conflictos en el seno de la patronal AMAT –entre grandes y pequeñas– y entre ésta y la Administración de Seguridad Social. En todo caso, lo que no reconoce aquí el Gobierno actual es el rotundo fracaso del modelo mercantilizado de provisión del servicio –históricamente de naturaleza social– salud y seguridad en el trabajo promovido por la LPRL. Lo único que hace, de momento, es limitarse a introducir una reforma en su art. 32 de la LPRL que cierra una evolución radical del sistema de acción preventiva. Éste ha pasado de favorecer la prestación del servicio –ahora contractual, no social– preventivo a las empresas con cargo a cuotas, a través de la autorización de las Mutuas como SPA, a la plena prohibición de actuar como tales SPA, ni directa ni indirectamente. Eso sí, sin que se haya derogado también la posibilidad, hoy sólo más residual, de prestar ciertas actividades preventivas generales con cargo a cuotas, con lo que la presencia mutual preventiva existirá, como por otro lado no puede dejar de ser así, dado que carece de toda lógica racional –jurídica y económica– que las entidades a las que se sigue

atribuyendo la gestión del aseguramiento de los daños profesionales no tengan un protagonismo marcado en su gestión preventiva. Si en el plano de la racionalidad económica no puede dejarse de ignorar esta evidencia, más adherente además a la propia lógica de la salud como derecho fundamental, porque asienta la prestación de servicios sobre primas de calidad prestacional, en el plano operativo, no puede tampoco ya ignorarse que el abandono total de la actividad preventiva a la pura lógica de mercado –reglas vía precio de los servicios y profesionales– está coadyuvando a su desmantelamiento completo del sector, como prueba el que no sólo su Convenio colectivo esté en "pos-ultra-actividad" (SAN 216/2013, de 19 de noviembre), tras el intento de la patronal de fomentar su abandono, frenado de momento por la doctrina judicial, sino que muchos SPA conocidos ya han dejado de aplicarlo descolgándose, de derecho o de hecho, del mismo. El actual marco legal no facilitará que las patronales ASPA, ANEPA y ASPREM retomen una negociación colectiva cualitativa del II Convenio Colectivo Sectorial, que sigue bloqueada enrocadas en el impacto de la crisis. (Monereo Pérez, J.L./Molina Navarrete, C.).

En este contexto, téngase en cuenta que la Disposición Final 1ª y la Disposición transitoria 3ª de la Ley 35/2014, modifican el régimen jurídico de las mutuas, incluyendo la prohibición absoluta de participación en actividades *mercantiles de prevención* (art. 32 LPRL, nuevamente redactado). Pero ello no significa que haya de desaparecer la actividad preventiva "en el ámbito de la Seguridad Social", conforme a lo establecido en los artículos 68.2.b) LGSS[3] y 13.1 del RD 1993/1995 (en la redacción dada por el RD 688/2005, de 10 de junio). Todo ello se ha venido regulando por la Orden TAS/3623/2006, de 28 de noviembre (modificada, a su vez, por la Orden TIN/442/2009, de 24 de febrero; y señaladamente por el art. 73.2 LGSS. El Fondo ex art. 73.2 LGSS, ha sido sustituido por el "Fondo de Contingencias Profesionales" (art. 75 bis de la nueva Ley). Pero esto no supone privación de funciones preventivas vinculadas a la ordenación de la Seguridad Social. Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social deberán presentar ante la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, un "plan de actividades preventivas" que se pretende realizar dentro del ejercicio económico de que se trate. Y ello con independencia de que no puedan constituir servicios de Prevención.

Pero lo que interesa aquí –en la conexión funcional y dinámica entre política preventiva y política reparadora de Seguridad Social– es que un exponente "interno" más de esa conexión lo ofrece, significativamente, el papel preventivo *dentro* del marco de la propia Seguridad Social, esto es, la realización de actividades preventivas de riesgos laborales de la Seguridad Social de muy distinto tipo como prestaciones asistenciales a favor de los empresarios asociados y de sus trabajadores subordinados, así como a los trabajadores por cuenta propia adheridos. Ahora bien, *no* ya como servicios de prevención, pues no se admite que puedan constituir sociedades de prevención. La Disposición final 1ª de la Ley 35/2014 modifica el art. 32 de la LPRL con la finalidad de prohibir que las Mutuas puedan desarrollar, directa o indirectamente, funciones de Servicios de Prevención Ajenos (López Gandía, J./Toscani Giménez,D.).

El art. 68.2.a) y c) de la LGSS (redactado por la Ley 35/2014, sobre Mutuas), incluye como objeto específico de las Actividades de las Mutuas "las actividades preventivas de la

[3] Art. 68.2.a) y 3. c) de la LGSS (redactado por la Ley 35/2014, sobre Mutuas).

acción protectora de la Seguridad Social", configuradas como "prestaciones asistenciales a favor de los empresarios asociados y de sus trabajadores dependientes, así como de los trabajadores por cuenta propia adheridos que no generan derechos subjetivos, dirigidas a asistir a los mismos en el control y, en su caso, reducción de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de la Seguridad Social. También corresponderán actividades 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" (art. 68.3.c) de la LGSS). Además, "corresponderá al órgano de dirección y tutela de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, dependiente del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, establecer la planificación periódica de las actividades preventivas de la Seguridad Social que desarrollarán aquéllas, sus criterios, contenido y orden de preferencias, así como tutelar su desarrollo y evaluar su eficacia y eficiencia. Las Comunidades Autónomas que ostenten competencia de ejecución compartida en materia de actividades de prevención de riesgos laborales, y sin perjuicio de lo establecido en sus respectivos Estatutos de Autonomía, podrán comunicar al órgano de tutela de las Mutuas las actividades que consideren que deban desarrollarse en sus respectivos ámbitos territoriales para que se incorporen a la *planificación de las actividades preventivas de la Seguridad Social"* (art. 68.3.c), último párrafo de la LGSS). Ya antes el propio art. Art. 68.2.a) de la LGSS había establecido que "es *objeto* de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social el desarrollo, mediante la colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social" las actividades de "gestión de las prestaciones económicas y de la asistencia sanitaria, incluida la rehabilitación, comprendidas en la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, *así como de las actividades de prevención de las mismas contingencias que dispensa la acción protectora".*

Significativamente, para el sistema preventivo, la LPRL reserva un concepto jurídico muy diferente y que iría más allá, si bien abarcaría a ambos –accidente y enfermedad laborales–: el *daño a la salud de la persona derivado de su trabajo*. Éste, según el art. 4.3 LRPL, consistiría en toda "enfermedad", "patología" o "lesión" sufrida bien "con motivo" –causa directa– bien "con ocasión" –causa indirecta– del trabajo. A diferencia de lo sucedido con los conceptos propios del sistema asegurador, en especial el de accidente de trabajo, cuya sorprendente estabilidad normativa –el art. 115 LGSS recoge el mismo concepto legal desde 1900– ha estado, y sigue, compensada con un intenso activismo judicial interpretativo, que ha desbordado en extremo su ámbito de cobertura originario, el de "daño biológico" o a la salud de la persona del trabajador apenas ha dado lugar a un puñado de decisiones judiciales. Tampoco la doctrina científica se ha centrado mucho en él, ocupada como sigue en desentrañar hasta sus más recónditos rincones los conceptos de accidente de trabajo –sobre todo *in itinere* y en misión– y, cada vez más, de "enfermedad del trabajo", en su doble vertiente de "profesional" –que sigue centrada en un criterio formal: el listado oficial o sistema de catálogo– y "laboral" –no listada–. Las diferencias de enfoque son importantes. Por una parte, si el riesgo puede no ser evitable, el daño sí debe serlo, pues de lo contrario se rompería el nexo causal, pues se trataría de fuerza mayor o de caso fortuito. Por otra, si la protección de carácter asegurador requiere la concurrencia de un daño necesariamente, la acción preventiva no, también debe tener relevancia para la acción preventiva los "incidentes" –impropiamente llamados "accidentes blancos"–. Asimismo, la enfermedad

laboral relevante a efectos de acción preventiva atiende no sólo a la referida configuración clásica de la enfermedad profesional, sino también a todas aquellas patologías –incluidos síndromes– ligadas o causadas, directa o indirectamente, por el trabajo. Finalmente, el ámbito subjetivo de uno y otro es diferente, aunque tiendan a coincidir por la creciente dimensión universalista de ambos subsectores normativos. Más allá, las diversas lógicas operativas que se infieren de la disposición adicional 1ª de la LPRL, es lo cierto que el art. 115 LGSS dibuja una concepción amplia de accidente de trabajo que resulta disfuncional a los efectos específicos de prevención de riesgos laborales, porque comprende muchas situaciones que escapan al poder de control del empleador, como es el caso emblemático de los accidentes *"in itinere"*.

El sistema normativo de la LPRL, no obstante, mantiene una relación ambivalente de las dos lógicas típicas del "siniestro profesional" o "daño laboral a la salud", la preventiva y la aseguradora. En ella se halla sea reglas claramente expresivas de una creciente desconexión entre ambos sistemas de regulación normativa sea reglas que mantienen, en cambio, esa conexión, en diferente grado. En unas y otras cabe apreciar una fuerte tensión entre la funcionalidad y la disfuncionalidad de tales opciones de política jurídica en materia de seguridad y salud en el trabajo. Ciertamente, estas conexiones entre ambas lógicas, la aseguradora y la preventiva, o viceversa, presentan una visible ambigüedad y ambivalencia respecto a la referida persistencia de un punto de conexión entre la actividad gestora-colaborativa de las Mutuas y la prevención de riesgos profesionales (art. 68 LGSS, en la redacción dada por la Ley 35/2014). Se mantiene, aunque restringida, la configuración clásica, aquí ya analizada, de la prevención de riesgos laborales como servicio de acción –asistencial– social, con cargo a recursos públicos, pero prestados por entes privados.

Resulta así que a pesar de la propuesta de un nuevo modelo de acción preventiva en el que las Mutuas queden completamente al margen de la actividad preventiva, tras la prohibición de actuar, directa o indirectamente, como servicios de prevención ajenos –art. 32 LPRL–, se mantiene de forma inalterada la regulación precedente en torno al ámbito de actividad preventiva incluida dentro de la acción preventiva. De este modo, y al margen de complejidad que supone mantener esa doble naturaleza de la actividad preventiva, como servicio de prevención organizado a través de técnicas de mercado y como servicio de asistencia social cubierto con cargo a cuotas de la Seguridad Social y prestado por las Mutuas colaboradoras del Sistema, se mantienen aspectos de confusión que, sin duda, generarán conflictos como hasta ahora. Al respecto, es oportuno volver a plantear que esta concreta opción dual de política del derecho, que acota un modelo ambiguo e incluso dual de cooperación público-privada a la hora de prevenir los siniestros laborales, no deja de ser muy discutible en el planto tanto de la racionalidad jurídica como económica. En este sentido, es oportuno recordar que existe otra dirección de política jurídica en esta materia, impulsada por la OIT, en la que se promueve un "*modelo de aseguramiento dinámico*". En efecto, en el documento preparatorio de la Conferencia anual 2005, la OIT evidenciaba cómo"…*dado que los regímenes de seguro se benefician con la reducción del número de accidentes y enfermedades, es lógico y moralmente correcto destinar las primas recaudadas a la prevención más que a la indemnización*". En realidad, con este enfoque, la OIT se hacía eco de una propuesta, avanzada el año 2003, en la Conferencia "Hacia sistemas de Seguridad Social sostenibles", de la Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS), según la cual "*el régimen de seguro de accidentes de mayor éxito es aquel que integra prestaciones preventivas*", que, entre otras cosas, incorpora la lógica de la "activación" y de prevención

activa. Se trata del conocido, aunque ambivalente, concepto de "Seguridad Social Dinámica", para el cual el Sistema debería avanzar no ya sólo en la línea de consolidar un sistema de pensiones sostenible, sino, más ampliamente, un sistema de protección social sostenible, que no sólo cumpla una función de "protección" –seguridad económica–, sino también de prevención –seguridad integral–, contribuyendo tanto a evitar las contingencias que asegura –imperativo de racionalidad económica– como a la rehabilitación y reintegración al de las personas dañadas laboralmente. Esta dimensión preventiva de la Seguridad Social sería clave para "*sociedad socialmente inclusiva y económicamente productiva*", como busca la estrategia Europa 2020 y el nuevo marco estratégico en materia de seguridad y salud.

Con todo, existe una imponente presión institucional basada en la convicción de que invertir en la salud de los trabajadores debe ser una misión básica de la Seguridad Social, incluso como presupuesto clave para la cuestión, hoy recurrente, pero planteada sobre otras bases –la reducción de su gasto en pensiones de jubilación– su sostenibilidad futura. Por tanto, sea desde una estricta racionalidad económica –los importantes retornos económicos que lleva consigo la prevención– cuanto jurídica –la garantía de un entorno o ambiente de trabajo seguro y saludable es un derecho humano social fundamental, como aquí sostenemos–, la inclusión de la prevención como servicio de acción –asistencial– social mantiene sólidos fundamentos. Pese a ello, y a pesar también del lobby creado a tal efecto por el sector de las Mutuas, hemos visto como en el Gobierno actual ha pesado mucho más la lógica de mercado a la hora de configurar estas actividades preventivas, por lo que, sin renunciar en absoluto a aquella concepción –como se ha recogido en el art. 68 LGSS vigente, inalterado al efecto respecto de la regulación anterior–, sí la acota muy restrictivamente, aunque ambigua, porque será el propio Gobierno el que, en cada momento, decida qué parte de las cuotas del Sistema se dedican a la prevención como acción protectora del mismo. Hoy sólo el 0,5, pero ¿y mañana? La Ley, una vez más, no limita esa decisión, que queda a la libre disposición del gobierno de turno, que seguirá gustando del manejo a su antojo de un instrumento tan comodín como las Mutuas, que pueden ser una cosa –entidades privadas– y la otra –entidades de gestión pública–, a voluntad del Gobierno y sin que las regulación legal, tampoco la actual, tras la Ley 35/2014, tenga mecanismos eficaces para condicionar significativamente esas opciones de política jurídica. (Monereo Pérez,J.L./Molina Navarrete,C.).

En todo caso, una política garantista y eficiente de Seguridad no se puede disociar en absoluto de la interconexión entre las dos lógicas que persiguen una *tutela o protección integral* de los trabajadores –de todas clases– frente a los riesgos profesionales.

Estudios Doctrinales

Laborum

"Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae Cameron dixit"[1]

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDA

SUBDIRECTOR GENERAL DE ASUNTOS SOCIALES, EDUCATIVOS, CULTURALES Y DE SANIDAD Y CONSUMO

Resumen

El 28 de Noviembre de 2014, el Primer Ministro británico David Cameron pronunció un discurso sobre temas migratorios, centrándose en la libre circulación de trabajadores y en la necesidad de limitar y restringir ciertos aspectos de la misma. El político inglés formuló una serie de propuestas que se analizan en este trabajo, para cuya materialización sería, en algunos casos, necesaria la modificación de los Tratados y, en consecuencia, el consenso unánime de los demás socios de la Unión. Además, exigió la adopción de ciertas medidas para evitar el fraude y el abuso en la percepción de prestaciones por parte de ciudadanos y trabajadores de otros Estados Miembros, medidas éstas que, en la actualidad, ya están siendo aplicadas por otros Estados Miembros, con el beneplácito de la Comisión y el TJUE. En este sentido, lo esencial del discurso de Cameron es su ataque a la libre circulación de personas y trabajadores, base fundamental de la Europa de los ciudadanos, lo que puede dar pie y alas a los movimientos euroescépticos que están proliferando en Europa.

Palabras clave

Coordinación de regímenes de Seguridad Social, restricciones a la libre circulación, solicitantes de empleo, prestaciones no contributivas.

Abstract

On November 28th, 2014, British Prime Minister David Cameron gave a speech on immigration issues, focusing on the free movement of workers and on the need to limit and restrict certain aspects of this freedom. The English politician presented a number of proposals, which are analyzed in this article, for whose implementations would, in some cases, be required essential changes in the Treaties and, consequently, the unanimous acceptance of the other Member State of the Union. Moreover, he required the adoption of certain measures to prevent fraud and abuse in the acknowledgment of benefits to citizens and workers from other Member States (some of these measures can be applied already with the approval of the Commission and the ECJ). In this sense, the most important part of the speech was the direct and indirect attack to the free movement of persons and workers, one of the fundamental pillar of the Europe of citizens. The statement of the U.K. supports, in this issue, some positions of the Eurosceptic movements that are emerging in Europe.

Keywords

Coordination schemes social security, restrictions free movement of persons and workers, jobseekers, non contributory benefits.

> *"Ciertamente, los dioses no revelaron todas las cosas desde el principio a los hombres, sino que, mediante la investigación, llegan éstos, con el tiempo, a descubrirlo mejor"*
>
> Jenófanes

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. Crónica de la situación actual de la libre circulación de trabajadores

En los últimos meses, y ante el progresivo y me temo, ya constatable deterioro del proyecto europeo, se ha iniciado un proceso de acoso y ¿derribo? contra uno de los pilares básicos de la Europa de los ciudadanos: La libre circulación de personas y de trabajadores. Asimismo y, como consecuencia directa de esta embestida, se ataca el aparato de protección

[1] Hacia dónde vas protección social de los trabajadores migrantes. Cameron dixit.

creado para la conservación de los derechos adquiridos y el mantenimiento de los derechos en vía de adquisición en los supuestos de desplazamientos transfronterizos. De hecho, las noticias aparecidas en la prensa son cuando menos inquietantes[2] y auguran un futuro incierto que pone en peligro, en parte, la dimensión social de la Unión Europea al golpear frontalmente una de las libertades básicas constitutivas del mercado interior. De todos modos, aunque Bélgica y Alemania estén adoptando medidas restrictivas para la concesión y renovación de permisos de residencia a personas inactivas (turismo social), el desafío más importante a la propia esencia de la libre circulación de trabajadores y por ende a la propia Unión Europea, proviene fundadamente del país euroescéptico, por excelencia, Reino Unido, que a través de su Primer Ministro, en un discurso pronunciado el 28 de Noviembre pasado, expuso su visión global sobre los temas migratorios, mezclando, en un *"totum revolutum*" y en un intencionado ejercicio de confusión, ciudadanos de la Unión Europea y nacionales de terceros Estados y reclamando, fundamentalmente, y esto es lo más peligroso, un cambio sustancial en los ámbitos personales y materiales de la libre circulación de trabajadores.

1.2. El discurso de Cameron

No es propósito de este artículo analizar políticamente la posición británica ni enjuiciar sus posicionamientos que, en muchos casos, responden a criterios electorales o electoralistas pero que, finalmente, repercuten en la opinión pública europea y, a la postre, en los legisladores de la Unión. Por ello, me voy a limitar a valorar desde la perspectiva jurídico/técnica, los elementos esenciales del discurso de Cameron y confrontarlo con el vigente Derecho primario y derivado, poniendo de manifiesto lo que, a mi entender, podría requerir un cambio sustancial en los Tratados o aquello otro que ya en la actualidad estaría implícita o explícitamente reconocido o admitido por la actual normativa. A este respecto, conviene señalar que el panorama que pinta el primer Ministro británico parece más bien responder a un ejercicio de negativismo en el que el fraude y el abuso campan por sus respetos sin que existan mecanismos para ponerles freno. No obstante, debe admitirse que la frase, "*Somos la Gran Bretaña en razón de la emigración y no a pesar de ella",* al menos desde el punto de vista estético y formal, merece aplauso y reconocimiento y puede ser considerada como una declaración de intenciones dirigida a evitar que, en su conjunto, el discurso sea tachado de xenófobo y ultranacionalista.

2. PROPUESTAS BRITÁNICAS SOBRE LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

2.1. Desplazamientos laborales transfronterizos previa oferta anterior de trabajo

Para facilitar al lector la aproximación a los temas cardinales de este trabajo, he seleccionado las propuestas más significativas del ejecutivo británico relacionadas

[2] "Los españoles, entre los europeos más expulsados de Bélgica por abuso de las ayudas sociales. En 2013 retiró el permiso de residencia a 2.712 europeos, 323 españoles .Los ciudadanos de España son los más afectados tras rumanos y búlgaros" (El Mundo 10/1/2014) "Los españoles, entre los más expulsados en Bélgica por abusar de las ayudas sociales" (ABC 19/1/2015)"Como perceptores de la ayuda social Hartz IV, *hay registrados 12.292 ciudadanos españoles en Alemania a los que se les puede denegar ya esa prestación social e incluso expulsar del país*".(EL Mundo 11 de Noviembre 2014). "Los suizos han decidido en referéndum ***volver a limitar la entrada de ciudadanos de países de la Unión Europea (UE) a su mercado laboral***, a través del establecimiento de cuotas anuales que deberán aplicarse de aquí a tres años."(EL Mundo 9 de Febrero 2014)

exclusivamente con la libre circulación y con la seguridad social de los trabajadores migrantes. A este respecto, comienzo con la más espectacular de todas ellas. "*Los trabajadores migrantes deben tener una oferta de trabajo antes de desplazarse al Reino Unido*", propuesta ésta que, paradójicamente, implica un retorno al pasado y un déjà vu que remueve problemáticas ya resueltas y enterradas en un permanente volver a empezar. En efecto, bien es verdad que esta pretensión limitativa del Reino Unido podría, en principio, justificarse con la literalidad del vigente artículo 45 del TFUE: "*Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: **a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;** b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros*". Sin embargo, ya en su momento, y con carácter general, el TJUE se pronunció en contra de la interpretación restrictiva del principio de libre circulación, al afirmar[3] "*Según jurisprudencia constante de este Tribunal, la libre circulación de los trabajadores forma parte de los cimientos de la Comunidad. Las normas que consagran esta libertad fundamental y, más concretamente, los conceptos de «trabajadores» y de «actividad por cuenta ajena» que definen su campo de aplicación deben, por ello, interpretarse ampliamente, mientras que las excepciones y los casos de inaplicación del principio de libre circulación de los trabajadores deben interpretarse, por el contrario, con criterio restringido*".

2.2. Consideraciones jurisprudenciales

Pues bien, la exigencia de que, antes del desplazamiento laboral, exista una oferta efectiva de trabajo, ya ha sido rechazada por el TJUE[4] que dictaminó en su día precisamente sobre este extremo: "*A este respecto, se ha mantenido que, según la letra del artículo 48*[5] *del Tratado, el derecho de los nacionales comunitarios a desplazarse libremente en el territorio de los Estados miembros únicamente se concede para responder a ofertas efectivas de trabajo [letras a) y b) del apartado 3], mientras que el derecho a residir en el territorio de dichos Estados está vinculado al ejercicio de un empleo [letra c) del apartado 3*]. Semejante interpretación, que excluye el derecho del nacional de un Estado miembro a desplazarse libremente y a residir en el territorio de los demás Estados miembros con objeto de buscar en ellos un empleo, no puede ser admitida*".* No obstante, por si surgieran dudas al respecto, remacha el Tribunal "*Por otra parte, una interpretación estricta del apartado 3 del artículo 48 comprometería las oportunidades reales de que el nacional de un Estado miembro que busca empleo lo encuentre en los demás Estados miembros, privando de eficacia a dicha disposición. De lo anterior se desprende que el apartado 3 del artículo 48 debe ser interpretado en el sentido de que enuncia con carácter no limitativo determinados derechos de que gozan los nacionales de los Estados miembros en el marco de la libre circulación de los trabajadores y de que esta libertad implica asimismo el derecho de los nacionales de los Estados miembros a circular libremente en el territorio de los demás Estados miembros y a residir en ellos con objeto de buscar empleo. Por lo demás, esta interpretación del Tratado coincide con la del legislador comunitario, como lo indican las disposiciones adoptadas para aplicar el principio de libre circulación, especialmente los artículos 1 y 5 del*

[3] Asunto 139/95 R.H. Kempf y Staatssecretaris van Justitie . Sentencia de 3 de Junio de 1986.
[4] Asunto C-292/89, The Queen y Gustaff Desiderius Antonissen. Sentencia de 26 de Febrero de 1991.
[5] El articulado del Tratado ha cambiado varias veces de numeración a lo largo del tiempo.

Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77), disposiciones que suponen el derecho de los nacionales comunitarios a desplazarse para buscar un empleo en otro Estado miembro y, por consiguiente, el derecho a residir en el mismo.

2.3. La propuesta británica versus libre circulación de ciudadanos

Por otra parte, esta propuesta británica choca con la libre circulación de ciudadanos, artículo 20[6] del TFUE y más concretamente, con el artículo 6 de la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004[7]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 que establece "*Los ciudadanos de la Unión tendrán derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período de hasta tres meses sin estar sometidos a otra condición o formalidad que la de estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos*". Además, el artículo 7 de dicha Directiva contempla el derecho de residencia por más de tres meses, siempre que se disponga de un seguro de enfermedad y se cuente con recursos suficientes para no ser una carga en el Estado de acogida. En consecuencia, si existe un derecho de residencia como ciudadano en un Estado, nada puede impedir que una persona busque empleo en dicho Estado y si lo encuentra, lo ejerza inmediatamente, sin traba alguna.

2.4. El derecho derivado *versus* la propuesta británica relativa a la libertad de circulación de trabajadores.

La idea de que la libre circulación de trabajadores incluye a los solicitantes de empleo y no exclusivamente a los trabajadores que ejercen ya una actividad laboral, se ve reforzada con el Reglamento 492/2011[8] relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión, que en su artículo 5 señala : "*El nacional de un Estado miembro que busque un empleo en el territorio de otro Estado miembro, recibirá allí la misma asistencia que la que las oficinas de empleo de ese Estado conceden a sus propios nacionales que busquen empleo*". En consecuencia, este Instrumento jurídico, se extiende no solamente a los trabajadores *stricto sensu* sino también a los solicitantes de empleo. Por ello, acotar la libre circulación de trabajadores únicamente a la existencia de ofertas de trabajo previas anteriores a los desplazamiento transfronterizos, es una limitación contraria al propio espíritu de los Tratados y plantearía un nuevo escenario en el que la movilidad personal interestatal se vería gravemente comprometida. La única vía que se podría atisbar para compaginar y concordar la propuesta británica con el Derecho de la Unión sería la propia modificación de los Tratados tanto en el ámbito de la libre circulación de trabajadores como en la de ciudadanos, lo que resultaría extremadamente complejo ya que afecta al delicado equilibrio del mercado interior, auténtica perla de la corona de Europa.

[6] "*Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*".
[7] Diario Oficial de la Unión Europea L 158 de 30.4.2004
[8] Diario Oficial de la Unión Europea L 141/1 de 27.5.2011

2.5. ¿Limitación de la estancia de los solicitantes de empleo en el Estado de acogida por un máximo de seis meses?

A veces algunos políticos de los Estados Miembros lanzan, intencionadamente, propuestas imposibles por quiméricas, en el convencimiento y con la esperanza de que no sean admitidas ni aceptadas por sus socios comunitarios y, de este modo, poder culpabilizar ,posteriormente, a las Instituciones de la Unión, espacialmente la Comisión Europea, de falta de realismo, burocracia y de concentración de poder. No obstante, estos políticos, para no pillarse los dedos, suelen dejar la puerta entreabierta a soluciones negociadas y, aunque éstas finalmente no les sean favorables, las consideran un éxito propio, jactándose ante su opinión pública nacional y concretamente ante su electorado de que, gracias a su intervención, se está produciendo un cambio lento pero constante que terminará por encauzar los "*excesos denunciados*". A tal fin, suele utilizarse una técnica refinada consistente en plantear problemáticas que ya están resueltas, ofreciendo soluciones que, total o parcialmente, ya han sido adoptadas y que curiosamente coinciden con los planteamientos que se formulan. Pues bien, este es el caso de la segunda gran iniciativa del premier británico que podría resumirse de la siguiente manera "*Limitar la estancia de los solicitantes de empleo hasta un máximo de seis meses en caso de que no encuentren trabajo en dicho período*". De este modo, se está sugiriendo, a "*sensu contrario"*, que éste es un ámbito no reglamentado y que como consecuencia, los demandantes de empleo de un Estado pueden desplazarse al territorio de otro Estado y permanecer en él buscando trabajo sin limitación temporal lo que conlleva, aunque no se diga explícitamente, cargas económicas para el Estado de acogida.

2.6. La sentencia Antonissen

Probablemente, el primer Ministro Cameron se habrá asesorado convenientemente por sus servicios competentes, antes de formular esta propuesta de limitación de 6 meses, por, por lo que, en el momento de pronunciar su discurso, era ya consciente que, intencionadamente, estaba introduciendo un elemento de inquietud en una población británica que podría colegir, de las palabras de su mandatario, que el Reino Unido estaba siendo invadido por nacionales de otros Estados a la busca y captura de un empleo, con el consiguiente perjuicio para su sistema de protección social. A este respecto, la posición británica parece reivindicar, con ésta y la anterior propuesta (ver 2.1) , que no se desvirtúe la esencia de la libre circulación de trabajadores para que no termine siendo, finalmente, una especie de libre circulación de desempleados que se desplazan por el espacio europeo sin control alguno. A tal fin, lo que reclama el premier británico es que se establezcan unas restricciones que, curiosamente, ya existen y se aplican, sin problema alguno, por las Administraciones nacionales que pueden limitar el período de residencia en el territorio de su Estado a los nacionales de otros Estados que buscan empleo. En este sentido, lo más curioso es que el TJUE ya se ha pronunciado al respecto, precisamente en el Asunto Antonissen contra the Queen[9], o lo que es lo mismo contra el Reino Unido, por lo que la Administración británica no puede alegar desconocimiento en un tema que ya ha sido resuelto y además a su favor como se verá más adelante. Ergo, el pronunciamiento del Sr. Cameron, al menos en este punto, no responde a una necesidad real ni a una problemática concreta sino que parece que lo que se desea es dar una señal positiva de "*we love you*" a la parte de su electorado

[9] Ver nota a pie de página 4

euroescéptica que está virando hacia otras formaciones políticas. Con ello se pretende frenar el ascenso fulgurante del UKIP por medio de una actuación decidida, aunque sea ficticia, contra una invasión imaginaria proveniente del continente. Y como ya se sabe que para los enfermos imaginarios la mejor medicina es un placebo y no un fármaco probado, se apresta a ello. Sin embargo, para los amantes de la medicina tradicional, se reproduce a continuación, el Considerando número 9 de la Directiva 2004/38 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: "*Los ciudadanos de la Unión deben disfrutar del derecho de residencia en el Estado miembros de acogida durante un período que no supere los tres meses sin estar supeditados a más condiciones o formalidades que la posesión de un documento de identidad o un pasaporte válido sin perjuicio de un tratamiento más favorable, reconocido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para los que buscan empleo*".

2.7. Las cuestiones prejudiciales del asunto Antonissen

Vayamos al Asunto Antonissen que tanto juego nos está dando. Para ello, nada mejor que reproducir una de las preguntas que en su día formuló el Tribunal remitente británico y que reza así: ¿*Con objeto de determinar si debe considerarse como "trabajador" en el sentido del artículo 48 del Tratado CEE al nacional de un Estado miembro cuando busca trabajo en el territorio de otro Estado miembro, de manera que no pueda ser expulsado si no es con arreglo a la Directiva 64/221 del Consejo, de 25 de febrero de 1964, ¿puede la legislación del segundo Estado miembro disponer que se podrá ordenar que el referido nacional abandone el territorio de dicho Estado (con la posibilidad de interponer recurso)* ***si no ha conseguido un empleo transcurridos seis meses desde que fue admitido en el mencionado territorio***? A este respecto, podríamos volver a analizar la nueva propuesta del Premier Cameron y comprobar que la respuesta que el TJUE facilitó al Órgano Jurisdiccional que planteó la correspondiente cuestión prejudicial, puede ser perfectamente válida para la situación actual. De hecho, lo que se pretendía era que se determinara si las disposiciones de Derecho comunitario que regulan la libre circulación de los trabajadores puede limitar hasta 6 meses la permanencia de un solicitante de empleo en el Estado de acogida. Pues bien, el TJUE encara directamente la cuestión planteada y dictamina: "*Las disposiciones de Derecho comunitario que regulan la libre circulación de los trabajadores no son óbice para que la legislación de un Estado miembro establezca que todo nacional de otro Estado miembro que haya entrado en su territorio para buscar allí un empleo pueda ser obligado (sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso) a abandonar dicho territorio si transcurridos seis meses no ha encontrado empleo, a no ser que el interesado pruebe que continúa buscando un empleo y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado".*

2.8. Seis meses ¿Cláusula de guillotina?

Como podrá comprobarse, el TJUE compartió, con esta sentencia, la decisión de expulsión adoptada por las Instituciones británicas, si bien limitó la cláusula guillotina, haciéndola depender de las posibilidades reales de encontrar trabajo (se sobreentiende en un período previsible y corto de tiempo) así como del cumplimiento de los procedimientos formales de garantía jurisdiccionales. De todos modos, conviene resaltar que esta propuesta entra en conflicto con la primera propuesta que se ha examinado en párrafos precedentes (Ver 2.1) ya que presupone que una persona puede, durante un plazo de 6 meses, buscar

trabajo en el Reino Unido, por lo que parece invalidar o al menos suavizar, el planteamiento de que la libre circulación se limite exclusivamente a la situación de que "*Los trabajadores migrantes deben tener una oferta de trabajo antes de desplazarse al Reino Unido*". Pequeña contradicción de un político racionalista y cartesiano, perdonable porque en un discurso electoral la coherencia y el comedimiento no son los elementos más característicos y usuales. Ahora bien, todavía puede ofrecerse una interpretación muchísimo más grave y peligrosa de las palabras del Sr. Cameron que, si se confirmarse, excederían todo sentido de la racionalidad, pudiéndose considerar como una declaración de guerra en toda regla. En efecto, ante la ausencia de matizaciones podría colegirse que los trabajadores no británicos, ciudadanos de la Unión, que perdieran su empleo en el Reino Unido podrían ser expulsados, transcurrido el período de seis meses en situación de desempleo. En este sentido, no conviene contestar los excesos verbales con paranoias interpretativas por lo que me limito a apuntar una posibilidad que ya, de pasada, descarto por el sentido práctico que caracteriza a la política británica.

2.9. Los efectos colaterales de las adhesiones de Rumanía y Bulgaria

No creo que realmente el premier británico tuviera como punto de mira prioritario la libre circulación de trabajadores sino más bien las consecuencias de la misma. En este sentido, el final del período transitorio aplicable a los trabajadores rumanos y búlgaros y la presencia importante de ciudadanos de estos países que demandan prestaciones asistenciales en el Estado de acogida, está activando la xenofobia latente de una parte de la sociedad que , en un ejercicio de reduccionismo, no diferencia entre ciudadano de la Unión y emigrante de tercer Estado y que considera que se está esquilmando la caja de la Seguridad Social en perjuicio de los propios nacionales. Además, para entender mejor, aunque no justificar, los miedos de la ciudadanía británica, compartidos por otras ciudadanías (alemana, danesa etc.) debe hacerse hincapié en que la Administración británica es muy poco burocrática y en muchos casos renuente a identificar[10] a los solicitantes de prestaciones asistenciales o, aunque lo haga, los controles son de menor intensidad que los que se practican en el continente, centrándose la política disuasoria migratoria especialmente en las fronteras[11] y en menor medida en el interior de las Islas.

2.10. Restricciones en el ámbito de la libre circulación de trabajadores para nuevas adhesiones a la UE

Otra de las propuestas, casi ocurrencias, del Primer Ministro Cameron consiste en demandar que los ciudadanos de los nuevos Estados que se adhieran a la UE no disfruten de la libre circulación de trabajadores hasta que sus economías no alcancen los niveles medios de los Estados ya Miembros. Con ello, lo que se pretende es que no se vuelva a repetir la experiencia de los ciudadanos búlgaros y rumanos que, según los políticos británicos y en parte alemanes, han invadido el espacio europeo, arrasando los sistemas de protección social de los Estados de acogida. A este respecto, el fin del período transitorio de la libre circulación de los trabajadores rumanos y búlgaros ha coincidido con un incremento de unas posiciones antieuropeas que han encontrado argumentos para multiplicar las críticas y la

[10] El Reino Unido carece de documento de identificación obligatoria
[11] Reino Unido no es parte de Schengen

presión contra la libre circulación de personas y trabajadores, conectando con una parte de la sociedad que teme que la presencia masiva de nacionales de Estados con niveles de vida no comparables con los del Estado de acogida ,implique una competencia desleal en el ámbito laboral y una utilización fraudulenta y abusiva de los beneficios sociales.

2.11. La adhesión del año 2004: una experiencia negativa para el Reino Unido

Quizás, para entender esta propuesta británica para los nuevos Estados y colocarla en su justo término ,convendría recordar que Reino Unido en la época de su boom económico , coincidente con el de España(2004/2009), abrió su mercado laboral de par en par a los trabajadores de los nuevos Estados que se adhirieron a la Unión Europea en el año 2004, lo que unido a que otros países mantuvieron las restricciones a la libre circulación hasta el final del 2011(especialmente Alemania) provocó un aumento cuantitativo y no previsible de los desplazamientos de nacionales de los Estados adherentes al Reino Unido. De hecho, esta experiencia es el germen del posicionamiento actual de la Administración británica en relación con la libre circulación de trabajadores. Por ello, cuando se materializó la entrada de Bulgaria y Rumanía en 2007 a la Unión Europea , el Reino Unido fue uno de los países más reticentes a poner fin al período transitorio de 7 años, agotando todos los plazos previstos al respecto. Sin embargo, a pesar de las limitaciones al movimiento transfronterizo de mano de obra de Bulgaria y Rumanía, los desplazamientos de ciudadanos de estos países por motivos en principio extralaborales alarmó a la opinión pública de algunos Estados Miembros lo que conllevó, a la postre, un endurecimiento de las condiciones para la concesión de prestaciones en Bélgica, Alemania y Reino Unido a todos los ciudadanos europeos , multiplicándose, como consecuencia, las demandas jurisdiccionales internas y también las cuestiones prejudiciales ante el TJUE en las que, como partes demandantes figuraban nacionales rumanos y búlgaros.

2.12. Las invasiones laborales tradicionales de los nuevos Estados miembros

La Unión Europea siempre ha temido las "invasiones" de trabajadores de nuevos Estados Miembros. De hecho, con la adhesión de Grecia y posteriormente de España y Portugal, se introdujeron largos períodos transitorios de 7 años (hasta 10 años para los portugueses en Luxemburgo) que también se aplicaron en las sucesivas ampliaciones de 1 de Mayo del 2004 (Polonia, Hungría, Eslovaquia, República Checa etc.) 1 de Enero de 2007 (Rumanía y Bulgaria) y 1 de julio 2013(Croacia). Por ello, la técnica de la suspensión temporal de la libertad de circulación es perfectamente admisible, si bien parece difícil justificar que en las nuevas adhesiones se aplique todo el acervo comunitario con la única excepción "*sine die*" de libertad de circulación de los trabajadores que debería esperar , según la propuesta británica, para su culminación a algo tan indeterminado como la consecución por parte de los nuevos Estados adherentes de un desarrollo económico similar al de los que ya forman parte de la Unión Europea. De todos modos, como cualquier ampliación exige la unanimidad de los Estados Miembros, bastaría que el Reino Unido condicionase su aceptación al cumplimiento de este requisito para que, al menos en este caso, la Administración británica pudiese, por sí sola, ser determinante en la decisión final. De todos modos, sería difícil que un único Estado Miembro pudiese soportar aisladamente la presión de sus socios de la Unión y el malestar de los nuevos Estados que considerarían un agravio comparativo las nuevas exigencias impuestas. Ahora bien, según las tesis del Reino Unido, la Unión Europea debería limitarse a un mercado económico interior sin dimensiones

políticas federalistas, por lo que no puede descartarse que, a la desesperada, pudiera producirse el temido veto en relación con cualquier nueva adhesión que no contemple sus pretensiones sobre libre circulación

3. LAS PROPUESTAS BRITÁNICAS EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

3.1. La problemática de los sistemas Beveridge

Entiendo que todo artículo es relativamente partidista y éste no es una excepción. Por ello vamos a intentar empatizar , que no compartir , un poco con las propuestas británicas para que no se pueda alegar que sus reivindicaciones no son jamás escuchadas y que sus peticiones son un clamor en el desierto. En este sentido, debe reconocerse que los países que cuentan con un sistema Beveridge más desarrollado son los que se ven más afectados por lo que su suele denominar turismo social. En efecto, los sistemas Bismark, al hacer dependiente el reconocimiento de sus prestaciones al cumplimiento de período de seguro, se ven mucho más libres de abusos y fraudes, dado que su modelo está más orientado a la protección del trabajador como tal, mientras que los sistemas bismarkianos, al ir más dirigidos a la protección del ciudadano, basan la protección en la residencia y no en el trabajo. Pues bien, cabe suponer que las verificaciones de los períodos de residencia resultan siempre más complicadas que los períodos de seguro o de empleo, máxime en países, como el Reino Unido, en que los controles de identidad se han suavizado o desaparecido de facto y, que como norma general, se presume al peticionario un derecho por el simple hecho de presentar la solicitud y demostrar su estado de necesidad. Además, debe tenerse en cuenta que muchas de las prestaciones que configuran los sistemas nacionales, especialmente en los países nórdicos y anglosajones, son de naturaleza no contributiva, situándose mucho más cerca de la asistencia social que de la Seguridad Social, sin que, en algunos supuestos, se exija el cumplimiento de período de residencia alguno. En consecuencia, cuando en las colas de peticionarios se mezcla población autóctona y emigrante y teniendo en cuenta los recortes que, con motivo de la crisis, se están introduciendo, no es de extrañar que los discursos xenófobos calen en parte del electorado nacional. De todos modos, para entender, aunque, repito, no se compartan estos planteamientos, nada mejor que acudir a un ambulatorio español ubicado en un barrio de gran presencia de migrantes o tener que visitar la sala e urgencia de un hospital y estar atentos a los comentarios al respecto, sobre todo en caso de que las listas de espera se eternicen. Y es que la asistencia sanitaria en España es una prestación no contributiva que sigue el modelo Beveridge por lo que siempre se pone de ejemplo por políticos populistas cuando se habla de fraude y abuso de las prestaciones por partes de ciudadanos de otros Estados.

3.2. El efecto llamada de los Estados más proteccionistas socialmente. Algunos datos estadísticos

Por otra parte, y abundando en las tesis británicas, cuando las prestaciones que se conceden son generosas, puede producirse un efecto llamada, propiciado por su atrayente sistema de bienestar social. Si además, y continuo con la argumentación británica, se cuenta con un mercado de trabajo que ofrece, especialmente en época de crisis, posibilidades laborales y protección social mientras se encuentra trabajo, el escenario está ya completo. Por ello, alegan, siempre se producirán desplazamientos bien por motivos estrictamente

laborales bien, y esto tampoco convendría olvidarlo, con el único motivo de beneficiarse de una protección social que ni por intensidad ni por extensión, puede reconocerse en el Estado del que proviene el demandante de empleo o el solicitante de prestaciones. Sin embargo, cuando se comprueba la realidad y la tozudez de los datos y de las estadísticas, podremos apreciar que lo que se quiere vender como un problema de primera magnitud, es simplemente una excepción numérica que afecta a colectivos específicos de dimensión reducidísima. En realidad se está generando una inquietud artificial y creándose una alarma social destinada a combatir las frustraciones de una parte de la población que debe buscar un culpable más débil por comprender y admitir la política de recortes de sus Gobiernos. La explicación que suele utilizarse a tal efecto, es que los ciudadanos extranjeros no contribuyen en la financiación del sistema de seguridad social del que se benefician abusivamente, olvidándose que si bien alguno de ellos, por su nivel de ingresos o por no ser considerados como sujetos fiscales, no presentan declaración de renta y no contribuyen con impuestos directos, todos los residentes financian las prestaciones no contributivas con impuestos indirectos a través, por ejemplo del IVA, con lo que aunque sea en una medida mínima, se trata de personas que no pueden escapar del sistema impositivo del país de acogida. En este sentido, resulta interesante ofrecer algunas cifras al respecto que resultan significativas para el propósito de este trabajo. Así, el Centro de Investigación y Análisis de Migración de la UCL (CReAM en inglés) de Londres ha publicado un estudio que demuestra que la ciudadanía procedente de la UE tiene un impacto económico positivo en el Reino Unido. El análisis, escrito por dos investigadores[12], destaca que los inmigrantes europeos contribuyeron entre 2001 y 2011 con más de 20.000 millones de libras (unos 25.000 millones de euros) a las finanzas públicas. Asimismo, con respecto a la percepción de prestaciones, la publicación destaca que los inmigrantes que llegaron desde el año 2000 tienen un 43% menos de posibilidades que los nativos de recibir beneficios sociales y exenciones fiscales. A este respecto, sus posibilidades de acceder a viviendas sociales son también menores en un 7%. El estudio también demuestra que desde el año 2000, la media de los inmigrantes procedentes de los Estados miembros está más preparada que los nativos: el 62% de los inmigrantes de los originales 15 países de la UE tiene un título universitario frente al 24% de los británicos. También los inmigrantes procedentes de Europa Central y del Este (Bulgaria, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia y Rumanía) están ligeramente más capacitados que los nativos, ya que un 25% ha terminado la universidad. Esto implica que, valorando los gastos en materia de educación que el Reino Unido habría tenido que soportar para formar a los licenciados de otros Estados Miembros que desarrollan su actividad laboral en el Reino Unido, las arcas públicas de la Administración británica se habrían ahorrado aproximadamente 8.000 millones de euros. Además, durante el período de 2001 a 2011, los inmigrantes europeos de la UE-15 aportaron el 64% más en impuestos de lo que reciben en beneficios y los inmigrantes de los países del Este de Europa contribuyeron en un 12% más de lo que recibieron. En cambio, en su conjunto, los ciudadanos británicos recibieron aproximadamente 800.000 millones de euros más de lo que aportaron fiscalmente en ese período de tiempo. En consecuencia, podría plantearse si la inmigración es el problema o la solución y si, puestos a aplicar medidas radicales no convendría que los inmigrantes sirvieran de ejemplo a los británicos a la hora de solicitar prestaciones sociales y pagar impuestos.

[12] Prof. Christian DustmanDr. Tommaso Frattini "***Yes, EU immigrants do have a positive impact on public finances*****"** Publication date: Nov 05, 2014 11:10 AM

3.3. ¿Alemania aliada del Reino Unido?

Probablemente, la situación descrita también podría ser extensible a otros países como la República Federal de Alemania que también ve renacer movimientos xenófobos que culpabilizan a la libre circulación de trabajadores de algunos de los males que aquejan a su Estado del Bienestar. Así, en el año 2013, residían en Alemania cerca de tres millones de ciudadanos no alemanes de la UE, de los cuales, solamente 300.000 recibían beneficios sociales (la mayoría de ellos, perceptores de prestaciones familiares). Sin embargo, en un informe presentado en el año 2014 por los Ministros de trabajo e Interior alemanes , denominado "*Cuestiones jurídicas y desafíos en el uso de los sistemas de seguridad social por parte de los nacionales de los Estados Miembros de la UE*", se defiende la adopción de medidas para restringir el acceso a las prestaciones con lo que, según los Ministros alemanes se estaría limitando lo que ellos mismos califican como "*La inmigración de la pobreza*", o, lo que es lo mismo, el desplazamiento de colectivos concretos con la única intención de recibir prestaciones sociales. Sin embargo, aunque la política alemana presenta ciertas similitudes con la línea ideológica británica, su objetivo es totalmente distinto ya que los ministros alemanes afirman, y pienso que con cierta credibilidad, que de lo que tratan es de combatir el fraude y el abuso en la percepción de beneficios pero que de ningún modo están cuestionando la libre circulación de trabajadores. Y como muestra de su buena voluntad el Viceministro del Interior Guenter Krings declaró en la presentación del estudio "*La libre circulación de trabajadores es uno de los pilares de la Unión Europea*" "*pero la libre circulación tiene un propósito: encontrar un lugar para trabajar o estudiar*" "*Si Usted no tiene una posibilidad de conseguir empleo no reúne las condiciones necesarias para la libre circulación".* En consecuencia, aunque el enfoque alemán tiene también un marcado acento electoralista dirigido a frenar el ascenso de partidos extremistas, no está poniendo en pregunta la esencia de la libre circulación de trabajadores sino, en parte, la libre circulación de personas y su repercusión en los sistemas de protección social de los países de acogida. Así, la posición alemana se centra en limitar el efecto llamada mientras que el planteamiento británico hace hincapié en el control nacional de la libre circulación de trabajadores de forma similar a como se actúa con la inmigración proveniente de terceros Estados.

3.4. El Tribunal de Justicia y la Comisión Europea valedores de la libre circulación de trabajadores

Antes de continuar analizando el discurso del premier británico me voy a permitir una pequeña digresión para ofrecer una panorámica amplia de esta corriente opositora que, aunque con distintas intensidades, está afectando a los actuales desplazamientos laborales transfronterizos. A este respecto, debe reconocerse que la libre circulación de trabajadores y personas ha tenido como valedores privilegiados al Tribunal de Justicia y a la Comisión Europea. Por ello, cualquier incertidumbre que generen estas dos Instituciones, suelen ser aprovechadas por los Estados Miembros para intentar recuperar protagonismo y potenciar las competencias nacionales. Así, en los últimos meses se ha podido apreciar una línea de actuación menos firme por parte de de los hasta ahora defensores acérrimos de la libertad de circulación, que han virado hacia posiciones más matizadas que coinciden en parte con ciertas tendencias emergentes en la sociedad europea.

3.5. ¿Mantiene la Comisión Europea su posición tradicional sobre libre circulación de trabajadores?

Un punto de inflexión en esta deriva parcialmente restrictiva lo constituye la Comunicación[13] de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre "*Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de su familias: cinco medidas clave"*. En este documento se hace un pronunciamiento previo de principio del que podría colegirse que la Comisión pretende ofrecer respuestas positivas en favor de los desplazamientos transfronterizos: "*El derecho de los ciudadanos de la UE a desplazarse y residir libremente en cualquier país de la UE, junto con los miembros de su familia, es una de las cuatro libertades fundamentales consagradas en la legislación de la UE y una piedra angular de la integración de la UE*". A este respecto, la Comunicación parece continuar, en sus primeras afirmaciones, en la senda tradicional de respeto máximo de los derechos de los ciudadanos europeos en sus traslados interestatales cuando señala textualmente: "*La libre circulación de los ciudadanos de la UE estimula el crecimiento económico al permitirles viajar, estudiar y trabajar en otros países y al posibilitar a los empresarios tener acceso a un mayor número de candidatos con talento. Habida cuenta de los importantes desequilibrios en los mercados de trabajo de Europa y de la disminución de la población en edad laboral, la movilidad de los trabajadores contribuye a abordar los desajustes entre capacidades y empleos. Se calcula que, en la UE-15, el PIB a largo plazo aumentó casi un 1 % gracias a la movilidad posterior a la ampliación (2004-2009) Para los ciudadanos de la UE, la libre circulación es el derecho más estrechamente asociado a la ciudadanía de la Unión[14]: el 56 % de ellos la consideran el mayor logro de la UE[15] y el 67 % estima que la libre circulación aporta beneficios económicos a la economía de su país".*

3.6. La Comunicación de la Comisión sobre Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave

Sin embargo, la Comunicación, acto seguido, comienza a mostrar su propósito manifiesto de fijar su posición y acercarse, aunque sea parcialmente, a la problemática surgida en el espacio europeo "*La crisis económica ha acentuado en algunos Estados miembros un debate sobre el impacto de la libre circulación en los sistemas sociales nacionales y la presión que ejerce sobre los servicios locales. La presente Comunicación tiene por objeto aclarar los derechos y las obligaciones de los ciudadanos de la UE, así como las condiciones y limitaciones con arreglo a la legislación de la UE, y abordar las inquietudes planteadas por algunos Estados miembros*". De todos modos, y para que no se la tilde de seguidista de las posiciones más o menos radicales de algunos Estados Miembros, la Comisión, basculando entre su función de guardiana de los Tratados y su obligación de propiciar consensos señala: "*los datos ponen de manifiesto que los ciudadanos móviles de la UE representan una proporción muy pequeña de los beneficiarios de prestaciones especiales de carácter no contributivo, que son prestaciones que combinan características de seguridad social y asistencia social: menos del 1 % de todos los beneficiarios (ciudadanos de la UE) en 6 países (Austria, Bulgaria, Estonia, Grecia, Malta y Portugal); entre el 1 % y el 5 % en*

[13] COM (2013)837 final.25 de Noviembre 2013
[14] *Flash* Eurobarómetro 365, febrero 2013, http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_365_en.pdf.
[15] Eurobarómetro estándar 79, mayo 2013, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb79/eb79_en.htm.

otros 5 (Alemania, Finlandia, Francia, Países Bajos y Suecia), y más del 5 % en Bélgica e Irlanda. Reciente estudios[16] han concluido que no hay ninguna relación estadística entre la generosidad de los sistemas de bienestar y los flujos de ciudadanos móviles de la UE". Perfecto, pero….

3.7. La Comunicación de la Comisión y las prestaciones sociales

En un ejercicio de cal y de arena, la Comisión se adentra en los vericuetos de los derechos pero también fundamentalmente de las limitaciones en el acceso a las prestaciones sociales. Por supuesto, en sus apreciaciones y pronunciamientos el análisis de la Comisión se ajusta a la literalidad del derecho primario y derivado. No obstante, una Comunicación que en principio estaba concebida para defender la libre circulación se convierte finalmente en una base o argumento para que los Estados Miembros apliquen una serie de restricciones validadas y, en parte sancionadas por la propia Comisión. Como botón de muestra, nada mejor que utilizar el texto de la Comunicación: "*Los ciudadanos de la UE que residen legalmente en otro Estado miembro de la UE también deben recibir el mismo trato que los nacionales, pero existen salvaguardias para proteger al Estado miembro de acogida frente a cargas financieras no razonables. Durante los 3 primeros meses de residencia, el Estado miembro de acogida no está obligado por la legislación de la UE a conceder asistencia social a los ciudadanos de la UE que no ejerzan una actividad económica. Tampoco está obligado a concederla a las personas que buscan empleo por primera vez. Para el período posterior de residencia, hasta los 5 años, es poco probable que los ciudadanos de la UE, en la práctica, puedan tener derecho a prestaciones de asistencia social, ya que para adquirir el derecho de residencia tendrían que demostrar a las autoridades nacionales que disponen de recursos suficientes, que generalmente suelen ser, a título orientativo, iguales o superiores al umbral de ingresos con arreglo al cual se concede asistencia social. En casos específicos, la solicitud de asistencia social puede dar lugar a dudas razonables por parte de las autoridades nacionales con respecto a si la persona podría convertirse en una carga excesiva para el sistema de asistencia social. En este contexto, un Estado miembro podrá subordinar la concesión de asistencia social o de prestaciones especiales de carácter no contributivo a un ciudadano de la UE procedente de otro Estado miembro a la condición de que dicho ciudadano cumpla los requisitos para la obtención del derecho de residencia por un período superior a 3 meses. Las autoridades deben evaluar la situación individual teniendo en cuenta una serie de factores tales como el importe, la duración, el carácter temporal de la dificultad o el nivel general de carga que la concesión de una ayuda supondría para el sistema de asistencia social nacional. Si, sobre esta base, llegan a la conclusión de que la persona supone una carga excesiva, podrán poner fin a su derecho de residencia*". Para algunos Gobiernos, ávidos de contentar a la parte de la sociedad más euroescéptica, la Comunicación de la Comisión ha sido considerada como un apoyo indirecto a las tesis más restrictivas, dando alas a actuaciones consistentes en denegación de permisos de residencia, rechazo en la concesión de prestaciones y amenazas, hasta ahora no cumplidas, de expulsión de ciudadanos europeos. Por ello, países como Bélgica, Alemania, han dado un paso adelante a la hora de endurecer requisitos y condiciones de residencia, lo

[16] Véase, por ejemplo, la bibliografía del Informe ICF-GHK Milieu en CEPS, *Social benefits and migration. A contested relationship and policy challenge in the EU* (Prestaciones sociales y migración. Una relación controvertida y un reto político en la UE).

que ha propiciado que el Reino Unido se atreva a lanzar iniciativas y propuestas no solo en relación con el uso abusivo de los sistemas de protección social sino lo que es mucho más grave, contrarios a la esencia de la libre circulación de trabajadores.

3.8. Las prestaciones sociales y los solicitantes de empleo. La cuestión prejudicial Alimanovic

En el discurso de Cameron, y retomamos las líneas directrices de este trabajo, una de las propuestas más impactantes por su repercusión en la opinión pública ha sido introducir restricciones al acceso de la protección social de los solicitantes de empleo. A este respecto, conviene señalar que es ésta una problemática que nuevamente comparten otros Estados Miembros (concretamente Alemania). En efecto, lo que temen estos países es que haya una avalancha de desempleados de otros Estados Miembros que, mientras buscan trabajo, se benefician de prestaciones sociales. Esto estaría provocando, según las autoridades de estos países, el tan reiterado efecto llamada así como una utilización desmedida, fraudulenta y abusiva de los sistemas de protección social de los Estados de acogida, desvirtuándose de algún modo el principio de libre circulación de trabajadores ya que, en algunos casos, más que demandantes de empleo nos encontraríamos con demandantes de ayuda social. Pues bien, este planteamiento enunciado y denunciado por Cameron parece especialmente oportunista por prematuro. En efecto, está pendiente de fallo jurisdiccional un asunto alemán[17] que, como cuestión prejudicial, se plantea precisamente esta problemática. Por ello, cuando se resuelva se aclarará si el Reglamento 883/2004[18] de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social es aplicable en los supuestos de demandantes de empleo de otros Estados Miembros que soliciten prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto en el Estado de acogida mientras buscan trabajo en su territorio. A este respecto, conviene señalar que estas prestaciones especiales no contributivas son aquellas que, además de ser financiadas exclusivamente con impuestos, ofrecen una cobertura adicional sustitutoria o auxiliar de los riesgos tradicionales mencionados en el campo de aplicación material del Reglamento 883/04[19]. En este sentido, se trata de prestaciones que son una mezcla de seguridad social y asistencia social. El ejemplo más característico español serían las pensiones de invalidez y jubilación, en su modalidad no contributiva, incluidas en el artículo 38 de la Ley General de Seguridad Social que se conceden, sujetas a límite de ingresos, cuando no existe derecho a las prestaciones de similar naturaleza de tipo contributivo o cuando la cuantía de estas últimas sea inferior a la establecida para las de tipo no contributivo. Pues bien, el Órgano Jurisdiccional alemán que remite la cuestión prejudicial pregunta al TJUE *¿Es aplicable el principio de igualdad de*

[17] Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundessozialgericht (Alemania) el 10 de febrero de 2014 – Jobcenter Berlin Neukölln / Nazifa Alimanovic y otros(Asunto C-67/14).

[18] DOUE número L 166 de 30 de Abril de 2004;corrección de errores DOUE número L 200 de 7 de Junio de 2004.

[19] Artículo 3 del Reglamento 883/04 Campo de aplicación material. "El presente Reglamento se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con :a) las prestaciones de enfermedad ;b) las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; c) las prestaciones de invalidez; d) las prestaciones de vejez; e) las prestaciones de supervivencia; f) las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional; g) los subsidios de defunción; h) las prestaciones de desempleo ;i) las prestaciones de prejubilación ;j) las prestaciones familiares"

trato del artículo 4[20] del Reglamento (CE) nº 883/2004 – también a las prestaciones especiales en metálico no contributivas? Y añade el Tribunal remitente, "*En caso de que se responda afirmativamente a la primera cuestión: ¿es posible (y, en tal caso, hasta qué punto) limitar el principio de igualdad de trato del artículo 4 del Reglamento (CE) nº 883/2004 mediante disposiciones de Derecho nacional en virtud de las cuales no se puede acceder a dichas prestaciones, sin excepción alguna, cuando el ciudadano de la Unión tiene derecho a residir en otro Estado miembro exclusivamente por el hecho de buscar empleo?*" Finalmente, rubrica el Tribunal Supremo Social alemán las dos preguntas formuladas con otra que sirve de colofón y que debe considerarse decisiva ¿*Se opone el artículo 45 TFUE, apartado 2,[21] en relación con el artículo 18[22] TFUE a una disposición nacional que, sin excepción alguna, niega a los ciudadanos de la Unión que invocan su derecho a la libre circulación como demandantes de empleo una prestación social dirigida a asegurar la subsistencia y que a la vez facilita el acceso al mercado laboral, durante el tiempo en que disfruten del derecho de residencia sólo debido al hecho de buscar empleo, con independencia de la vinculación que mantengan con el Estado de acogida?.*

3.9. Alimanovic y la prestación alemana de desempleo Hartz 4

Para facilitar la comprensión al lector de esta enrevesada cuestión prejudicial, debe explicarse que en Alemania existe una prestación no contributiva de desempleo (Hartz 4) que actúa como asistencia social y que puede concederse a los demandantes de empleo mientras buscan y encuentran trabajo. A este respecto, conviene señalar que los ciudadanos alemanes, lógicamente, disfrutan de estos beneficios y también los trabajadores de otros Estados Miembros que, habiendo desarrollado actividad laboral o económica en Alemania, han perdido su empleo. Sin embargo, lo que quiere aclarar y dilucidar el Tribunal alemán es si, a título de ejemplo, un nacional español que se desplace a Alemania para buscar un empleo (situación muy normal) y que, tal como se ha visto en párrafos precedentes, tiene al menos 6 meses de residencia legal (ver asunto Antonissen), puede en dicho período solicitar y beneficiarse, entre otras prestaciones, del subsidio asistencial alemán Hartz 4 hasta que encuentre trabajo. No voy a desarrollar dotes adivinatorias y dejo a cada uno que decida `por su cuenta cual va a ser la decisión final que se adopte. En este sentido la prudencia es una buena consejera máxime cuando se trata de predecir el resultado de la sentencia que vaya a recaer en algún caso concreto. Por ello, y volviendo al discurso de Cameron y a su pretensión concreta de limitar e introducir restricciones al acceso de la protección social de los solicitantes de empleo ,podría considerarse que nos encontramos ante una presión política de primera magnitud para influir en que el fallo jurisdiccional sea favorable a los intereses británicos, y de paso alemanes . También podría pensarse que la Administración británica ya presupone que el pronunciamiento les va a ser propicio por lo que Cameron podrá afirmar en los meses próximos que, por una vez, el TJUE ha atendido sus demandas, lo que implica que ya ha comenzado el viraje hacia sus posicionamientos por lo que se está siguiendo la

[20] "*Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento*".

[21] "*La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo*".

[22] "*En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad*"

dirección correcta. Por último, si el TJUE dictara un fallo reconociendo el derecho de los solicitantes de empleo a percibir prestaciones sociales, se reforzaría la reivindicación británica de que debe producirse un giro de 180 grados en el ámbito de la libre circulación de trabajadores. A eso se llama, en Europa, una estrategia win win.

3.10. El asunto Dano

Ya se ha señalado anteriormente que ciertos pronunciamientos o demandas del Primer Ministro Cameron han sido contemplados y atendidos por el derecho derivado, habiéndose dictado sentencias al respecto que posibilitan que las Administraciones nacionales puedan combatir el abuso o el fraude en la percepción de prestaciones sociales por parte de nacionales de otros Estados miembros en el nuevo país de acogida. En este sentido, las declaraciones y propuestas que se formulan juegan ya con la presunción de que van a ser aceptadas, teniendo en cuenta, sobre todo, que ya existe, en algunos casos, jurisprudencia al respecto, por lo que se juega en territorio conquistado. Así en su momento, cuando llegue la hora de recoger los frutos y contabilizar derrotas y victorias, podrá argumentarse que las reivindicaciones británicas, en esta proposición, han tenido éxito y que la Unión Europea se está plegando a los posicionamientos del Reino Unido. De hecho, Cameron defiende la denegación de acceso a las prestaciones sociales a personas que no realizan actividad laboral alguna, inactivos y cuya motivación fundamental para los desplazamientos transfronterizos no es de índole laboral. A este respecto conviene recordar que el discurso de Cameron se pronunció el 28 de noviembre pasado cuando ya se había dictado por el TJUE la sentencia en el asunto Elisabeta Dano[23] que precisamente se refiere a la problemática que estamos examinando.

3.11. Las cuestiones formuladas por el órgano jurisdiccional remitente en el asunto Dano

El fondo de esta cuestión prejudicial se centra en el reconocimiento de prestaciones sociales no contributivas a personas que no se consideran trabajadores pero que de facto tienen una residencia tolerada en un Estado miembro. Nos encontramos en consecuencia con un procedimiento jurisdiccional similar al que como cuestión todavía prejudicial, se analizó en párrafos precedentes (Jobcenter Berlin Neukölln / Nazifa Alimanovic y otros,Asunto C-67/14), con la diferencia que en el asunto Dano se trata de personas inactivas económicamente y no con solicitantes de empleo. Pues bien, el órgano jurisdiccional alemán remitente en el asunto Dano formuló una serie de preguntas al TJUE, cuya redacción se ha simplificado aquí para hacerla más asequible al lector, "¿Pueden los Estados miembros, en virtud del artículo 4[24] del Reglamento nº 883/2004, excluir total o parcialmente a ciudadanos de la Unión necesitados de la percepción de prestaciones sociales de subsistencia no contributivas del Reglamento [nº 883/2004] –que sí se conceden a los propios nacionales en la misma situación– para evitar asumir una carga excesiva de dichas prestaciones? En caso de respuesta negativa a esta cuestión: ¿tienen prohibido los Estados miembros excluir total o parcialmente a ciudadanos de la Unión necesitados de la percepción de prestaciones sociales de subsistencia no contributivas, en virtud de la Directiva 2004/38 (Directiva de residencia)

[23] Asunto C-333/13 Elisabeta Dano, Florín Dano y Jobcenter Leipzig. Sentencia de 11 noviembre de 2014
[24] Ver nota nº14 de este trabajo

–que sí se conceden a los propios nacionales en la misma situación– para evitar asumir una carga excesiva de dichas prestaciones?

3.12. El asunto Dano y el Reglamento 883/04

En consecuencia, el Tribunal alemán plantea en primer lugar si en virtud del principio de igualdad de trato contenido en el artículo 4 del Reglamento 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de seguridad social y que incluye, en su campo de aplicación subjetivo (debe recordarse este extremo) a personas no activas, pueden denegarse a estas personas prestaciones especiales no contributivas cuya concesión está basada en la residencia y en una determinada situación de necesidad. Lamentablemente el TJUE centra todo su fallo jurisdiccional en la aplicación de la Directiva de residencia 2004/38 y solamente hace una referencia indirecta al Reglamento 883/04 al señalar: "*La misma conclusión se impone por lo que se refiere a la interpretación del artículo 4 del Reglamento nº 883/2004. En efecto, las prestaciones de que se trata en el litigio principal, que constituyen «prestaciones especiales en metálico no contributivas» en el sentido del artículo 70, apartado 2, de dicho Reglamento, únicamente se facilitan, en virtud del apartado 4 de este mismo artículo, en el Estado miembro en el que las personas interesadas residan, y de conformidad con su legislación. De ello se desprende que nada se opone a que la concesión de tales prestaciones a ciudadanos de la Unión que no ejercen actividades económicas esté supeditada a la exigencia de que éstos cumplan los requisitos para disponer del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 en el Estado miembro de acogida (véase, en este sentido, la sentencia Brey, EU: C: 2013:565, apartado 44)".*

3.13. Asunto Dano. Prestaciones sociales y ejercicio de actividades económicas

Debe reconocerse que en este fallo jurisdiccional el Tribunal escurre el bulto y adopta, finalmente, una decisión, no tanto en base al Reglamento 883/04, sino a la Directiva 2004/38. En este sentido, el TJUE señala: *"Por lo tanto, para apreciar si los ciudadanos de la Unión que no ejercen una actividad económica, en la situación de los demandantes en el litigio principal, cuyo período de residencia en el Estado miembro de acogida ha sido superior a tres meses pero inferior a cinco años, pueden invocar la igualdad de trato respecto de los nacionales de este último Estado miembro por lo que se refiere al derecho a percibir prestaciones sociales, procede examinar si la residencia de dichos ciudadanos cumple los requisitos del artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38. Entre ellos figura la obligación de que el ciudadano de la Unión que no ejerce una actividad económica disponga, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes. Admitir que personas que no disfrutan del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 puedan reclamar un derecho a percibir prestaciones sociales en las mismas condiciones que las aplicables a los propios nacionales iría en contra de un objetivo de dicha Directiva, recogido en su décimo considerando, consistente en evitar que los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. A este respecto, es necesario añadir que, por lo que se refiere al requisito de disponer de recursos suficientes, la Directiva 2004/38 distingue entre, por un lado, quienes ejercen una actividad profesional y, por otro, quienes no la ejercen. Según el artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/38, el primer grupo de ciudadanos de la Unión que se encuentran en el Estado miembro de acogida disponen del derecho de residencia sin tener que cumplir ninguna otra condición. En*

cambio, si se trata de personas que no ejercen una actividad económica, el artículo 7, apartado 1, letra b), de dicha Directiva exige que cumplan el requisito de disponer de recursos propios suficientes. Por consiguiente, es preciso señalar que el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38, pretende impedir que los ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica utilicen el sistema asistencial del Estado miembro de acogida para garantizar su subsistencia. Por lo tanto, un Estado miembro debe tener la posibilidad, con arreglo al citado artículo 7, de denegar las prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica y ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de poder disfrutar de la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de recursos suficientes para optar al derecho de residencia".

3.14. El asunto Dano y la Directiva 2004/38

Lógicamente, como consecuencia de estos considerandos que se han reproducido, la sentencia era previsible "*La Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir en el territorio de los Estados miembros y el Reglamento 883/2004 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la normativa de un Estado miembro en virtud de la cual se excluyen a nacionales de otros Estados miembros de la percepción de determinadas prestaciones especiales en metálico, no contributivas, 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 de 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*". En resumen, las Administraciones nacionales ya cuentan con mecanismos e instrumentos, por ejemplo con esta para mí incompleta sentencia, para combatir el peligro del turismo social o el turismo de los pobres. Por tanto, el premier Cameron podrá afirmar que ha ganado esta batalla aun antes de iniciarla. Enhorabuena.

3.15. El asunto Peter Brey

Como la crónica de una muerte anunciada, el resultado de la sentencia recaída en el asunto Dano era totalmente previsible máxime teniendo en cuenta el fallo jurisdiccional dictado en el asunto Pensionsversicherungsanstalt y Peter Brey[25] . A este respecto, el relato de los hechos es el siguiente: El Sr. Brey y su esposa, ambos de nacionalidad alemana, abandonaron Alemania para instalarse en Austria durante el mes de marzo de 2011. El Sr. Brey percibe en Alemania una pensión de invalidez por un importe bruto mensual de 862,74 euros y una asignación de dependencia mensual de 225 euros. La pareja carece de otro tipo de ingresos o patrimonio. La esposa del Sr. Brey percibía en Alemania una prestación básica (prestación no contributiva), que, debido a su instalación en Austria, dejó de abonársele a partir del 1 de abril de 2011. Mediante resolución de 2 de marzo de 2011, la Pensionsversicherungsanstalt austríaco desestimó la solicitud del Sr. Brey de concesión de un suplemento compensatorio a partir del 1 de abril de 2011 debido a que, por la escasa cuantía de su pensión, el Sr. Brey no disponía de recursos suficientes para justificar la residencia legal en Austria.

[25] Asunto 140/12. Sentencia de 19 de septiembre del 2013

3.16. El asunto Peter Brey: un círculo vicioso

El problema que plantea el órgano jurisdiccional remitente es la típica figura de la pescadilla que se muerde la cola. Para reconocer una prestación especial no contributiva es necesario tener una situación de necesidad económica y a la vez contar con una residencia legal en un Estado, derecho de residencia que se deniega si el interesado no tiene recursos suficientes y tiene que solicitar la referida prestación. Sin embargo el TJUE, tradicionalmente tan generoso defensor de los derechos del trabajador migrante, o de los ciudadanos que se desplazan transfronterizamente , se muestra reticente y confuso y con un estilo Oráculo de Delfos sugiere más que dice,exigiendo un esfuerzo de interpretación al señalar: "*Por tanto, no cabe deducir que el Derecho de la Unión se oponga a una disposición nacional, como la discutida en el litigio principal, que supedita el derecho a una prestación especial en metálico no contributiva a la exigencia de cumplir los requisitos para disponer del derecho de residencia legal en el Estado miembro de que se trate. Pues bien, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que nada se opone, en principio, a que la concesión de prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejercen actividades económicas esté supeditada a la exigencia de que éstos cumplan los requisitos para disponer del derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida. Es preciso recordar que el derecho de los nacionales de un Estado miembro a residir en el territorio de otro Estado miembro sin ejercer en él una actividad laboral o profesional no es incondicional. De ello resulta que, mientras que el Reglamento nº 883/2004 pretende garantizar a los ciudadanos de la Unión que han hecho uso del derecho a la libre circulación de los trabajadores el mantenimiento del derecho a determinadas prestaciones de seguridad social concedidas por su Estado miembro de origen, la Directiva 2004/38 permite, por su parte, al Estado miembro de acogida que imponga a los ciudadanos de la Unión, cuando éstos ya no tengan la condición de trabajador, restricciones legítimas por lo que respecta a la concesión de prestaciones sociales a fin de que éstos no se conviertan en una carga excesiva para el sistema de asistencia social de dicho Estado miembro. No obstante, las autoridades nacionales competentes no pueden deducir tal conclusión sin haber procedido a una apreciación global de la carga que supondría concretamente la concesión de esta prestación sobre todo el sistema nacional de asistencia social en función de las circunstancias individuales que caracterizan la situación del interesado. En efecto, en primer lugar, debe señalarse que la Directiva 2004/38 no excluye en absoluto cualquier posibilidad de conceder, en el Estado miembro de acogida, prestaciones sociales a los nacionales de otros Estados miembros. La Directiva 2004/83 admite una cierta solidaridad económica de los nacionales del Estado miembro de acogida con los de otros Estados miembros, en particular, si las dificultades que atraviesa el beneficiario del derecho de residencia tienen carácter temporal .Pues bien, de los apartados 64 a 72 de la presente sentencia resulta que el mero hecho de que un nacional de un Estado miembro disfrute de una prestación de asistencia social no basta para demostrar que represente una carga excesiva para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida.* A partir de estos considerandos el Tribunal dictamina: *"El Derecho de la Unión… debe interpretarse en el sentido que se opone a una normativa de un Estado miembro que, incluso para el periodo posterior a los tres primeros meses de residencia, excluye en cualquier circunstancias y de manera automática la concesión de una prestación, como el suplemento compensatorio austriaco, a un nacional de otro Estado miembro que no ejerce una actividad económica porque éste no cumple los requisitos para disfrutar del derecho de residencia legal en el territorio del primer Estado dado que la existencia de tal derecho de residencia está supeditada a la*

exigencia de que dicho nacional disponga de recursos suficientes para no solicitar la citada prestación".

3.17. Análisis comparativo: Dano versus Brey

Puede colegirse perfectamente que el TJUE ha sido muy complaciente tanto en la sentencia Dano como en la sentencia Brey con los intereses nacionales o mejor dicho nacionalistas de los Estados miembros. Bien es verdad que en el fallo jurisdiccional recaído en el asunto Brey parece limitar las competencias de las Administraciones de los Estados miembros para rechazar los permisos de residencia de manera automática cuando se hace uso de prestaciones no contributivas de tipo mixto o prestaciones de asistencia social (dos denominaciones para una misma figura según el propio Tribunal, dependiendo de que se haga referencia al Reglamento 883/04 o a la Directiva 2004/38). Personalmente me parece que el Tribunal debería haberse fijado mucho más en el Reglamento 883/04 que en la Directiva 2004/38. En efecto, al regular las prestaciones especiales no contributivas del tipo mixto del artículo 70[26], el legislador del Reglamento 883/04 opta por la no exportación de este tipo de exportaciones (inaplicación artículo 7, supresión de las cláusulas de residencia). En consecuencia, en el supuesto del Sr. Brey, este tipo de prestaciones a las que podía tener derecho la esposa, en virtud de la legislación de Alemania, su Estado de origen, no son exportables a Austria porque se reconoce que únicamente es el Estado de residencia el competente para otorgar estos beneficios sociales. Pues bien, si el legislador comunitario ha adoptado esta regulación restrictiva no debería endurecerse aún más la normativa existente, exigiendo, además, que los interesados, para tener residencia legal, en este caso en Austria, no soliciten este tipo de prestaciones. Ahora bien, si éstas fueran exportables podría entenderse esta regulación y la interpretación del TJUE. En efecto, en este caso, Alemania hubiera exportado a la Sra. Brey todas las prestaciones a las que podría tener derecho. Sin embargo, y dado que el artículo 70 del Reglamento 883/04 solamente admite como Estado competente el de residencia para estas prestaciones, no es lógico que adicionalmente se limite la concesión de las mismas o se condicione la residencia precisamente a que no se tenga necesidad de ellas, pudiéndose denegar el permiso de residencia a los interesados que por su situación económica tengan que acogerse a las mismas. Asimismo, una argumentación similar podría valer en el asunto Dano, ya que si el Reglamento 883/04, además de a los trabajadores y pensionistas, incluye las personas no activas, lo lógico es que éstas puedan

[26] *El presente artículo se aplicará a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en la legislación que, por su alcance personal, objetivos y condiciones para su concesión presenten características tanto de legislación de seguridad social a que se refiere el apartado 1 del artículo 3 como de asistencia social. A efectos del presente capítulo, se entenderá por "prestaciones especiales en metálico no contributivas" aquellas que: a) tienen por objeto proporcionar: i) cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de seguridad social mencionadas en el apartado 1 del artículo 3, que garantice a las personas en cuestión unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate; o ii) únicamente la protección específica de las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado miembro de que se trate, y b) cuando la financiación proceda exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones, no dependan de ninguna contribución del beneficiario. No obstante, las prestaciones concedidas para completar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo, y c) figuren en el anexo X. El artículo 7 y los demás capítulos del presente título no se aplicarán a las prestaciones mencionadas en el apartado 2 del presente artículo. Las prestaciones recogidas en el apartado 2 únicamente serán facilitadas en el Estado miembro en el que las personas interesadas residan, y de conformidad con su legislación. Esas prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia.*

disfrutar también de estas prestaciones no contributivas contempladas en el artículo 70 del referido Reglamento sin requisitos adicionales. La secuencia lógica, en puridad jurídica, sería reconocer el derecho y si posteriormente se desea proceder a la retirada del permiso de residencia y/o a la expulsión del territorio nacional, actuar en consecuencia. Por tanto, como puede verse, la propuesta de Cameron en este punto ya cuenta con todos los parabienes de las Instituciones de la Unión por lo que resulta superflua y meramente electoralista. No aporta nada nuevo y realmente lo que busca es que su electorado le considere el promotor de unas reformas que son innecesarias porque la interpretación del TJUE en relación con el derecho de la Unión es ya clara, contundente y favorable a los intereses británicos.

3.18. ¿Periodo de espera de cuatro años para los trabajadores migrantes en la concesión de prestaciones sociales?

Otro de los elementos estrella del discurso de Cameron es la condicionalidad de que los trabajadores migrantes deban esperar cuatro años para tener derecho a algunas prestaciones sociales. El ataque, en este caso, se dirige tanto contra el principio de libre circulación de trabajadores como contra el principio de igualdad de trato. En consecuencia, la propuesta de Cameron requeriría, para su materialización, una modificación sustancial de los Tratados, lo que quebraría los pilares de la Unión Europea, transformándola en un mercado en el que las mercancías, los capitales, los servicios podrían circular libremente mientras que las personas tendrían limitado y restringido la movilidad transfronteriza. Ahora bien, siempre existe una solución si lo que desea es que ciertas prestaciones, fundamentalmente aquellas consideradas como especiales no contributivas de tipo mixto, dependan del cumplimiento de períodos de residencia. Simplemente, este requisito debería exigirse tanto a nacionales como a no nacionales, con lo que la igualdad de trato se respetaría totalmente. De hecho, por ejemplo, las prestaciones no contributivas españolas de invalidez y jubilación exigen, para su concesión, 5 o 10 años, respectivamente, de residencia en España, siendo aplicable tanto a los españoles como a los ciudadanos de otros Estados Miembros. Pues bien, no existiría problema alguno si los requisitos que se quieren establecer en el Reino Unido para la concesión de algunas prestaciones se condicionaran, sin discriminación de nacionalidad, al cumplimiento de 4 años de residencia. No obstante, de ningún modo podría admitirse que a los trabajadores migrantes, ciudadanos de la Unión Europea se les tratara de forma distinta que a los nacionales británicos. De hecho, una norma de esta índole vulneraría frontalmente el artículo 18 del TFUE[27], artículo 45, apartado 2[28] del TFUE, el artículo 4 del Reglamento 883/04[29] y el artículo 2[30] del Reglamento 429/11. De todos modos, y ahondando todavía más en la propuesta de Cameron , previa aceptación de la premisa de que se puede exigir el cumplimiento de períodos de residencia para nacionales y no nacionales, no debería

[27] "*En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad*"

[28] "*La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo*".

[29] Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento.

[30] Todo nacional de un Estado miembro y todo empresario que ejerzan una actividad en el territorio de un Estado miembro podrán intercambiar sus demandas y ofertas de empleos, formalizar contratos de trabajo y ejecutarlos de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en vigor, sin que de ello pueda resultar discriminación alguna.

olvidarse que el principio de totalización de períodos está contemplado expresamente en el TFUE, cuyo artículo 48 establece textualmente "*El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas.* También en el derecho derivado la totalización, agregación o acumulación de períodos queda recogida con una prístina claridad. Así, en el artículo 6 del Reglamento 883/04 se señala : "*Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine: la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones, la admisión a una legislación, o el acceso o la exención del seguro obligatorio, voluntario o facultativo continuado, al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica".* En consecuencia, la propuesta de Cameron solamente es aceptable, siempre que se aplique a nacionales y no nacionales. Sin embargo es de temer que sus propios votantes se revolverán ante la idea de que pueda endurecerse los requisitos, también para ellos, para el acceso a las prestaciones. Además debe tenerse en cuenta que si se estableciese el condicionamiento de 4 años de residencia en el Reino Unido, ocurriría que un español por ejemplo, podría totalizar los períodos de residencia cumplidos en España y en el Reino Unido, como se hace en España para el cumplimiento de los períodos de residencia requeridos por nuestra legislación para tener derecho a las pensiones no contributivas, con lo que la propuesta que se está analizando sería totalmente ineficaz para limitar el acceso a las prestaciones de los trabajadores migrantes ciudadanos de la Unión Europea. A este respecto, conviene señalar que el artículo 48 del TFUE se refiere a "todos los períodos" con los que se incluye, sin lugar a dudas, también los períodos de residencia. Ergo, solamente con modificaciones del Tratado podría conseguirse el propósito enunciado por Cameron, sin que deba olvidarse que la unanimidad siempre es requerida para cualquier cambio del derecho primario de la Unión Europea.

3.19. Las prestaciones familiares: Estado de empleo o de residencia de los miembros de la familia

La última vuelta de tuerca del discurso de Cameron es la exigencia de que los hijos de los trabajadores deban residir en el Reino Unido para que puedan ser beneficiarios de las prestaciones familiares. En este sentido, otra vez la Administración británica repite problemáticas ya resueltas con anterioridad y vuelve a rescatar viejos fantasmas en un retorno al pasado impropio de unos políticos coherentes y responsables. En efecto, en la redacción original del Reglamento 1408/71[31] (antecedente del actual Reglamento 883/04), su artículo 73, apartado 2, introducía una distinción

[31] Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo de 14 de Junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Versión consolidada DO número L 28 de 30.1.1997.

entre los trabajadores empleados en Francia y en otros Estados miembros. Así se disponía que, con excepción de Francia, el derecho a las prestaciones se debía reconocer en base a la legislación del Estado de empleo, mientras que para Francia el importe de los subsidios familiares serían los previstos por la legislación en cuyo territorio residieran los miembros de las familias de los trabajadores (por ejemplo, un trabajador español ocupado en Francia cuyos hijos residieran en España percibiría el importe de las prestaciones españolas). La razón alegada por Francia para esta excepción era la elevadísima cuantía, según afirmaban las autoridades francesas, de sus prestaciones familiares, precisamente algo que la Administración británica sostiene también, al defender que la cuantía de las prestaciones familiares sea acorde con el nivel de vida del Estado de residencia de los miembros de la familia.

3.20. Las prestaciones familiares y el asunto Pinna

La diferencia de trato entre la regulación francesa y la de los demás Estados miembros provocó una cuestión prejudicial (asunto Pietro Pinna)[32] en la que el TJUE consideró que el referido artículo 73, apartado 2 del Reglamento n° 1408/71 "*es nulo por cuanto excluye la concesión de prestaciones familiares francesas a los trabajadores sometidos a la legislación francesa en razón de los miembros de su familia que residan en el territorio de otro Estado miembro".* Sin embargo, para fortalecer su posición, las autoridades británicas podrían alegar que están dispuestos a aplicar, sin discriminación de nacionalidad, la propuesta formulada, tanto para los trabajadores británicos como para el resto de ciudadanos europeos cuyos hijos residan fuera del Reino Unido. A este respecto también el TJUE en el referido asunto Pinna fue categórico: "*Si bien la legislación francesa aplica por lo general el mismo criterio para determinar el derecho a las prestaciones familiares de un trabajador francés empleado en territorio francés, dicho criterio no reviste en modo alguno la misma importancia para esta categoría de trabajadores, porque el problema de una residencia de los miembros de la familia fuera de Francia se plantea esencialmente para los trabajadores extranjeros. Desde luego este criterio no es el más adecuado para asegurar la igualdad de trato prescrita por el artículo 48 del Tratado y no puede por tanto utilizarse en el marco de la coordinación de las legislaciones nacionales prevista por el artículo 51 del Tratado para promover la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad conforme al artículo 48".* En consecuencia, de los considerandos que se han analizado se desprende, no solamente que la propuesta británica entrañaría una discriminación encubierta contra los trabajadores migrantes, sino que la fórmula de excluir, a efectos de concesión de prestaciones familiares, la legislación del Estado de empleo sería contraria al artículo 48 del propio Tratado. Además, uno de los principios de la coordinación de regímenes de seguridad social contenidos en el propio artículo 48[33] es la exportación de prestaciones, o lo que es lo mismo, la eliminación de la cláusula de residencia. De hecho, en el Reglamento 883/04 se establece en su artículo 7: "*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,*

[32] Asunto 41/84 Pietro Pinna Caisse d'allocations familiales de la Savoie. Sentencia de 15 de enero 1986 y asunto 359/87 de Pietro Pinna Caisse de'allocations familiales de la Savoie. Sentencia de 2 de marzo de 1989

[33] "*El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros*"

supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel que se encuentra la institución deudora".

3.21. Propuesta alternativa en relación con prestaciones familiares

Lo que el TJUE en su vasta y variada jurisprudencia ha establecido es que los trabajadores migrantes no deben sufrir merma o reducción de derechos por el ejercicio de la libre circulación. De hecho, la seguridad social de los trabajadores migrantes, que se regula en el artículo 48 del TFUE, tiene como finalidad eliminar las barreras que en el ámbito de la protección social puedan surgir a la hora de materializarse esta libre circulación. Por ello, podría entenderse perfectamente que nos encontraríamos ante un obstáculo grave para el ejercicio de la movilidad transfronteriza si los trabajadores perdieran el derecho a las prestaciones familiares cuando sus miembros de la familia no le acompañaran en su desplazamiento laboral. Ahora bien, el interés que prima en la aplicación del artículo 48 del Tratado es el del trabajador y de los miembros de su familia. Por ello, y puestos a buscar soluciones conciliadoras y con el fin de demostrar que pueden existir medidas flexibles dentro del propio derecho actual, la propuesta británica podía encontrar mayor aceptación si simplemente se introdujera una modificación en el Reglamento 883/04 sobre prioridad de concesión de prestaciones familiares. Así podría considerarse que el Estado de residencia de los hijos es el competente para la concesión de las mismas siempre que el Estado de empleo de los trabajadores garantizase un complemento en el supuesto de que el importe de sus prestaciones fuera superior al del Estado de residencia. Sin embargo, en los discursos políticos las sutilezas jurídicas están de más.

4. CONCLUSIONES

La Europa de los ciudadanos está sufriendo arremetidas con ocasión o por consecuencia de la crisis económica. Sin embargo, no es ésta la única razón ni la más convincente para entender la nueva dinámica desestabilizadora.. Quizás debamos remontarnos a la caída del muro de Berlín para datar el inicio de la decadencia de la Unión. En efecto, el país proeuropeo, por excelencia, Alemania que, conjuntamente con Francia, había construido la mayor parte del aparato de las Comunidades comenzó a plantearse que también hacia el Este y no solamente hacia el Oeste podría desarrollar y realizar sus aspiraciones políticas y económicas. Además, con la globalización, se abren los mercados asiáticos lo que permite a la República Federal de Alemania progresar y expandirse. Ahora bien, cuando una Organización no evoluciona, involuciona y la Unión Europea, para su progreso, debería haber reforzado sus estructuras políticas y no solamente las económicas, debilitándose las estructuras nacionales en beneficio de las supranacionales. En cambio, se produjo el movimiento inverso, es decir el avance de las corrientes nacionalistas en detrimento de las aspiraciones federalistas. En este sentido, puede afirmarse que las adhesiones de los nuevos Estados Miembros, a partir del 2004, han favorecido la extensión de la Unión pero no la intensidad de la misma. Y es que las ampliaciones no comportan siempre más Europa sino, en algunos casos, menos. A este respecto, debe ponerse de manifiesto que, al menos en el ámbito sociolaboral, se ha producido una moratoria, rompiéndose la tendencia de potenciar la dimensión social de la Unión que inició Jacques Delors. A partir de esta premisa, lo económico o lo economicista se han impuesto y los mercados han tomado y monopolizado el poder. De hecho, puede constatarse que las tesis euroescépticas avanzan considerablemente, mientras que la Europa de los ciudadanos y su logro más significativo, la libre circulación de personas y trabajadores, retrocede. El órdago del Reino Unido puede ser el último acto de su enfrentamiento con el proyecto europeo, si no se acepta su envite, o, por el contrario, el inicio de la "britanización" del Continente.

De nuevo sobre el Sistema Especial de Seguridad Social de Personas Empleadas de Hogar. Puntos críticos
Once again about the social security of persons employed in domestic service. Critical points

ROSA QUESADA SEGURA
CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Resumen

Se analiza en este artículo el cambio producido en el sistema de protección social de los trabajadores y las trabajadoras del hogar familiar al pasar a integrarse en el Régimen General de la Seguridad Social como Sistema Especial. Principalmente se repasan todos los cambios normativos que afectan tanto a las nuevas reglas de encuadramiento como a las prestaciones a las que tienen derecho. Distinguiendo en todo caso las modificaciones producidas respecto a la anterior regulación. Y, finalmente se hace una crítica de aquellas peculiaridades normativas que se mantienen sin justificación objetiva y suficiente.

Abstract

This article discusses the change in the social protection system of the domestic workers in its integration into the General Regimen of Social Security as Special System. Are principally reviewed all the normative changes in the new rules of framing and benefits affected. Distinguishing, in any case, the changes produced in the previous compared regulation. And finally, we make a critique of those legal peculiarities that remain without enough objective justification.

Palabras clave

Seguridad Social, Sistema Especial de Seguridad Social de los Empleados del Hogar familiar. Concepto de trabajador doméstico. Prestaciones de Seguridad Social. El desempleo.

Keywords

Social Security; Special System of Social Security for domestic worker; Concept of domestic worker; Social Security benefits; Unemployment.

1. PLANTEAMIENTO: DE SU CONFIGURACIÓN COMO RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL A SU CONSIDERACIÓN ACTUAL COMO SISTEMA ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL

El Régimen Especial de Seguridad Social del Servicio del Hogar Familiar fue regulado por Decreto 2364/1969 de 29 septiembre, es decir, en un momento histórico donde el trabajo prestado en el hogar familiar estaba formalmente excluido del ordenamiento jurídico-laboral, lo que dio lugar a un sistema de aseguramiento articulado a través de mecanismos fundamentalmente similares a los establecidos para los trabajadores por cuenta propia y realmente de mínimos, en base a la existencia de una cuota única e indivisible lo que dio lugar a unas capi disminuidas prestaciones. Y tradicionalmente minusvalorado, planeando siempre la sospecha de fraude en la afiliación. Por ello, y a grandes rasgos, en este Régimen especial no existía distinción entre riesgos comunes o profesionales, la cotización era a cargo del propio empleado del hogar cuando el trabajo se prestaba de forma discontinua y no exclusiva o cuando se hallaba en situación de IT, no existía cobertura por desempleo... Y pese a que la Ley 26/1985 de 31de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social, así como una serie de normas reglamentarias –RD 1609/1987, 23 diciembre; RD 356/1991, 15 marzo; RD 2329/1993, 29 diciembre; RD 2064/1995, 22 diciembre y RD 84/1996, 26 enero–, introdujeron algunas nuevas medidas, sin embargo se trataba de reglas muy puntuales que no afectaban a la

naturaleza ni peculiaridades básicas de este Régimen Especial. El reconocimiento del carácter laboral y por cuenta ajena de esta prestación de servicios por el RD 1424/1985, unido a las nuevas expectativas nacidas a la luz del Pacto de Toledo donde se señaló la necesidad –dentro de la lógica de los derechos sociales y del principio de igualdad–y la conveniencia –para la viabilidad del sistema–, de unificar los diferentes Regímenes Especiales de la Seguridad Social mediante su integración en el Régimen General, algo que, desde hacía tiempo, ya venía reivindicándose por la doctrina iuslaboralista[1], abrieron los cauces a su actual integración en el Régimen General de Seguridad Social, si bien como Sistema Especial.

La Disposición Adicional trigésimo novena de la Ley 27/2011 sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social realizó la histórica y demandada integración con efectos de 1 de enero de 2012, por lo que pasa a regirse por lo allí dispuesto y por "*las peculiaridades que puedan determinarse reglamentariamente*".

Esta nueva regulación junto con el RD 1.620/2011, de 14 de noviembre por el que se regula –modificación actualizada, más garantista, y sin embargo, con puntos oscuros– una vez más la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, vienen a reparar una situación de histórica desigualdad de trato de un colectivo de trabajadores –básicamente integrado por mujeres[2]– en base a la naturaleza de su actividad laboral, al dignificarlo profesionalmente.

Desigualdad de trato que, pese a los resultados injustos y comparaciones peyorativas a las que daba lugar, sin embargo, siempre ha sido salvada por el Tribunal Constitucional bajo el argumento de que *la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá ser algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico* –SSTC 103/1984 y 27/1988–. O como también se ha sustentado *la Constitución permite, aunque no impone, una diferente protección en atención a las causas que originan las situaciones de necesidad y, por tanto, no es ilegitimo ni irrazonable que el legislador o el Gobierno, puedan tomar en consideración estos factores causales para acordar un régimen jurídico diverso* –STC 375/1993 y ATC 573/1986–.

A lo que añade, de forma que cuanto menos se puede calificar de discutible desde el punto de vista de nuestra Constitución Social, que "mantener los efectos típicos de un sistema basado en el nivel contributivo –quien más cotiza puede obtener en el futuro

[1] Sobre la necesidad del cambio normativo, GARCIA NINET, J.I.: Propuestas para un cambio de régimen jurídico de los empleados de hogar, en Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, págs. 95 y ss. Y respecto a la modificación legal que se introduce: FERNANDEZ ORRICO, F.J. : Aspectos prácticos de la integración del Régimen especial de Empleados de Hogar en el Régimen general de la Seguridad Social a partir de 2012, en Revista Relaciones Laborales 22, 2011; LOPEZ GANDIA, J. y TOSCANINI GIMÉNEZ, D. : El nuevo régimen laboral y de Seguridad Social de los Trabajadores al servicio del hogar familiar, Bomarzo, 2012; Vela Díaz, R. : El nuevo régimen de las personas empleadas del hogar: Aspectos laborales y de Seguridad Social, Ed. Laborum, 2012. Y referido concretamente al Régimen Especial de SS de Empleados del Hogar, ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S., Compendio de seguridad Social, Técnos, Madrid, 2ª ed., 1987 y QUESADA SEGURA, R. El contrato de servicio doméstico, La Ley, Madrid, 1991.

[2] De acuerdo con la Exposición de Motivos del RD 1620/2011, la feminización de este trabajo es prácticamente absoluta: el 94% de las personas empleadas en el hogar familiar son mujeres.

mayores prestaciones– no pueden considerarse discriminatorios respecto de aquellos cuya cotización ha sido inferior" –STC 70/1991–, ya que "se constata fácilmente repasando la normativa vigente, que nuestro sistema de SS continúa conservando rasgos típicamente contributivos en buena parte de sus prestaciones". Y todo ello porque "el derecho a la Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel "–STC 65/1987–; sin que pueda ser suficiente por sí mismo para basar las alegaciones ante los Tribunales de Justicia, ya que "las normas que contienen derechos sociales o de prestación ...únicamente cobrarán peso específico autónomo en la medida en que su contenido se lleve a la práctica en aplicación o desarrollo del postulado de Estado Social..." –STC 215/1994–. Consolidando con su posición la idea, señala Monereo, de que el legislador ha optado siempre, con mayor o menor grado de intensidad por otorgar regímenes específicos de regulación y ámbitos de tutela, a ciertos trabajadores sin que esa desigualdad de trato haya sido pedida por el grupo afectado, ni quede de ordinario justificada en razón de criterios verdaderamente objetivos que la aconsejen[3].

A su vez, ambos cambios normativos se producen de forma coincidente con la aprobación del Convenio 189 OIT[4] sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. La importancia incuestionable de este Convenio, promovido por el impulso del sindicalismo europeo e internacional y su oportunidad como eje para la construcción nacional de un régimen protector de derechos sociales a favor de un numero importantísimo de trabajadores y trabajadoras, que emergen de la invisibilidad y alcanzan la dignidad a través de su trabajo, así como, especialmente, el sistema de garantías públicas que ello crea entre los Estados que lo ratifiquen, en la pretensión de trazar una red de seguridad supranacional que permita la garantía de derechos y la interdicción de abusos respecto a los trabajadores/as domésticos migrantes, debe considerarse, sin duda, como un acierto y un paso imprescindible y largo tiempo demorado de la Organización Internacional.

Sin embargo su alcance y efectividad real va a depender de lo que quieran –o puedan– los legisladores nacionales. La propia amplitud de la norma internacional, la falta de referencia a alguno de los temas más importantes de la relación de trabajo, así como la remisión expresa en otras cuestiones a las normas nacionales o convencionales, permite una vía de escape a la discrecionalidad de los Estados miembros, que, en este sentido, podrán optar, o bien por el establecimiento del régimen de trabajo doméstico desde una visión liberal de la relación de las partes –permitiendo una amplia libertad en la fijación del contenido obligacional del contrato– desde el criterio de la igualdad formal de los contratantes, pero sin pretender modificar, ni cambiar el propio concepto de esta relación y con absoluto respeto a los derechos a la intimidad personal y familiar del hogar donde se prestan los servicios. O

[3] MONEREO PEREZ, J.L.: Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo, Civitas, Madrid, 1996, pág. 66.

[4] La adopción por la Conferencia General del Convenio nº 189, sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos 2011, el 16 de junio en Ginebra, en el seno de la 100ª reunión de la Organización Internacional de Trabajo, junto con la Recomendación 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, que lo complementa, se puede calificar, sin margen de duda, como un hecho histórico, como una conquista social, como la consecuencia de una potente reivindicación sindical y de organizaciones no gubernamentales e institucionales, principalmente de América central y del sur .

bien, optar por una legislación progresista y tutelar, dirigida a una equiparación lo más razonable posible con el trabajador ordinario.

En materia de Seguridad Social el Convenio 189 OIT hace depender la acción protectora del índice de cobertura de los riesgos sociales previsto en las legislaciones nacionales. En consecuencia se garantizarán un conjunto mayor o más reducido de prestaciones en relación con el ámbito de protección social previsto en las legislaciones de los países que lo ratifiquen. Así la protección puede abarcar desde las prestaciones derivadas de las contingencias de enfermedad, maternidad, accidente, invalidez, vejez, muerte y supervivencia y protección a la familia –y por tanto deberá garantizarse la asistencia sanitaria, la incapacidad, la jubilación, la protección familiar y la maternidad, así como la protección de asistencia social y servicios sociales– , a las prestaciones ligadas a los riesgos profesionales –como el desempleo, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional–. No obstante, la mención expresa de la norma internacional a la maternidad garantiza para la trabajadora doméstica, al menos, la protección social ante esta situación. Los demás derechos relacionados con todas las circunstancias unidas a la protección de la maternidad/paternidad/riesgo por embarazo/riesgo por lactancia, dependerá de la Seguridad Social nacional y de la amplitud de su sistema de cobertura.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que el art. 14 del Convenio 189 OIT no habla de equiparación, sino, en redacción complicada, de "condiciones no menos favorables" que las condiciones aplicables a los trabajadores en general, por lo que cabe deducir que si bien es posible el establecimiento de un régimen propio de Seguridad Social para los trabajadores de esta actividad profesional, también es cierto que este régimen de protección específica no puede tener un tratamiento *in peius* respecto al régimen común. Lo que se exige, por tanto, en la norma internacional es que exista coherencia entre la normativa laboral y la de Seguridad Social a partir de la garantía de derechos mínimos e igualdad de trato. En consecuencia, no podrán admitirse aquellas reglas en las legislaciones nacionales que pugnen con la consideración de trabajador por cuenta ajena del trabajador del hogar, o aquéllas que directamente contradigan los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación sin justificación suficiente en su propia naturaleza[5].

Estamos, por tanto, en un momento de cambios profundos en el sistema de garantías y protección de estos trabajadores/a: una nueva regulación del régimen laboral, la integración en el Régimen General de SS mediante su consideración de Sistema Especial y un importante Convenio Internacional que, pese a no ser ratificado por España, sin duda constituye una referencia que no puede ignorarse a la hora de interpretar este nuevo sistema de protección social.

A partir de aquí y sin dejar de señalar el avance en los derechos sociales y también de racionalización jurídica que ello ha supuesto para este numeroso colectivo de trabajadores, no puede ignorarse la pervivencia, todavía, en las nueva regulación, de desigualdades en el tratamiento normativo respecto de determinadas prestaciones, especialmente en cuanto se hace depender de plazos temporales su integración plena y efectiva con el Régimen General.

[5] Sobre el Convenio 189 OIT en QUESADA SEGURA, R.; La dignificación del trabajo doméstico. El Convenio nº 189 OIT, 2011, Revista Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El análisis que ahora se propone tiene que ver con diferentes aspectos de este sistema especial relacionados especialmente con los cambios introducidos o con las deficiencias que aún se mantienen, revisadas ahora, desde y a partir de este nuevo conjunto normativo, sin que, en consecuencia, puedan ser admitidas aquellas que pugnen con la consideración de trabajador por cuenta ajena del trabajador/a del hogar, o aquellas que directamente contradigan los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, sin justificación suficiente en su propia naturaleza.

Lo que lleva a señalar una serie de cuestiones, divididas en dos grandes apartados. Por una parte, la determinación de los sujetos a los que va dirigida la norma y, en consecuencia la delimitación de las responsabilidades y derechos en materia de Seguridad Social que les conciernen. Por otra, el análisis del sistema de prestaciones, poniendo de relieve la pervivencia de peculiaridades en la acción protectora. Y, finalmente, una última reflexión, que viene a señalar de forma singular lo contradictorio que resulta, con la nueva situación de los trabajadores /as del hogar familiar, el que se mantenga la exclusión del derecho a la prestación por desempleo.

Y una última precisión, en la normativa laboral y de Seguridad Social la referencia que se hace es siempre en masculino al "empleado del hogar". Ciertamente es un término que se utiliza de forma genérica y por ello, en principio neutro, pero igualmente es cierto que su utilización reiterada impide visualizar la realidad social a la que se dirigen, pese al reconocimiento, en la propia Esposición de Motivos de la norma reguladora de esta relación especial, de la super feminización de este trabajo. Y, extrañamente, tampoco existe una perspectiva de género en el contenido de ambas normas –tan solo la referencia a la maternidad como riesgo que debe ser cubierto en igualdad de condiciones por la Seguridad Social–. Derechos de protección del empleo, derechos ligados al embarazo, derechos de permanencia, derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, garantía a la intimidad en el caso de residir en el hogar familiar… Todo ello se ignora como si el término "empleado del hogar" hiciera desaparecer la realidad de las auténticas protagonistas de este trabajo. Por ello, en este comentario la referencia se hará a ambos sexos –aún a riesgo de perjudicar la lectura–, pues no puede olvidarse que también es este un trabajo que puede ser desempeñado por el hombre.

2. DELIMITACIÓN DE LOS SUJETOS Y DERECHOS Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

2.1. Delimitación del ámbito subjetivo. Antiguas y nuevas precisiones

La determinación de los sujetos de este Sistema especial, es decir, de quienes asumen las obligaciones de afiliación, alta y pago de la cotización así como de aquellos que son beneficiarios de las prestaciones constituye el primer punto de análisis. Por varias razones: por una parte porque se han producido diferentes modificaciones legales que afectan al concepto de trabajadora y de titular del hogar familiar, es decir, de ambos sujetos de la relación de trabajo. Modificaciones introducidas por diferentes normas y que tratan de aclarar y limitar con mayor precisión el ámbito subjetivo tanto de la relación de trabajo como del sistema de protección social. Y, en segundo lugar, porque se ha producido un importante giro en las obligaciones del titular del hogar familiar en orden a la afiliación, alta y cotización, al generalizarse tales obligación en todo caso –pese a que cuando se den

determinados requisitos relacionados con la duración de la jornada y con el consentimiento formal del empleador, el o la trabajadora del hogar pueda asumir la responsabilidad en este sentido, lo que no excluye al empleador del pago de la cuota correspondiente–.

En cuanto al concepto de trabajador/a del hogar familiar, en principio se mantiene el mismo ámbito subjetivo establecido, en su momento, en los artículos 2 del D 2364/69 y del RD 1424/1985, siendo el sujeto al que va dirigida la norma de protección social el mismo al que va dirigida la norma laboral, es decir el trabajador/ra doméstico en cuanto reúne los elementos configuradores del concepto de trabajador –voluntariedad, ajenidad, dependencia y remuneración–, y en consecuencia rigen las mismas reglas respecto a la capacidad para contratar, la misma presunción a favor de la naturaleza del trabajo por cuenta ajena, así como los mismos derechos –entre ellos, principalmente, a la igualdad de trato–.

En general, pues, quedan incluidos en su ámbito de aplicación aquellos sujetos que «en calidad de empleados del hogar» reúnan los siguientes requisitos personales: ser español, o en caso de ser extranjero hallarse en las condiciones previstas en el art. 7.4 de la LGSS, realizar la prestación de servicios en territorio nacional –con la importante especialidad extensiva a quienes presten servicios a personal diplomático o funcionario estatal destinado oficialmente en país extranjero, los cuales pueden ser sujetos protegidos si así lo solicitan–, y tener más de dieciséis años, conforme el artículo 6.1 ET, y, por último, que se dediquen a servicios exclusivamente domésticos por cuenta de un titular del hogar familiar empleado y de forma remunerada.

Tan importante como la definición de las notas configuradoras del sujeto trabajador/a en este caso es la lista de las exclusiones, especialmente las constitutivas. Aquí es donde más se abunda legislativamente y, en muchos casos, a consecuencia de anteriores resoluciones judiciales.

De esta forma, quedan excluidos del ámbito de esta disposición, aquellas personas en las que falte alguno de los presupuestos configuradores de su naturaleza jurídico laboral, como la remuneración, la dependencia o la ajenidad –artículo 2.2 RD 1424/1985–. Por ello queda fuera de esta consideración el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad –artículo 2, 1, c) RD1424/85 y artículo 3, c) D.2364/69–.

Como igualmente queda explícitamente excluida por iguales razones la relación de colaboración y convivencia familiar denominada "au pair" –regulada en este caso por el Acuerdo Europeo sobre colocación Au Pair de 24 de noviembre de 1969[6]–, en donde se presume una relación de amistad y colaboración mutua, sin remuneración y basada en la buena fe.

Igualmente rige la exclusión por parentesco hasta el segundo grado por afinidad o consanguinidad salvo que se demuestre la condición de asalariado del empleado/a del hogar. Originariamente la exclusión por razón de parentesco establecida en el REEH era de una notoria desigualdad de trato respecto a la regla similar establecida en el RGSS, en cuanto el artículo 3.1 a) D.2346/69 consideraba excluidos del ámbito de este Régimen Especial a los prohijados o acogidos de hecho así como el cónyuge y demás parientes del cabeza de familia

[6] España ratifico el Acuerdo el 24 de junio de 1988 (BOE de 6 de septiembre de 1988).

por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive, siendo ésta, además, una exclusión "iuris et de iure". No obstante, la diferencia de trato en relación al artículo 7 LGSS que, como se sabe, excluye por razón de parentesco "hasta el segundo grado inclusive, siempre que estén ocupados en su centro o centros de trabajo y que convivan en su hogar y estén a su cargo", fue objeto de corrección en SSTC 79/1991, de 15 de abril, 92/1991, 6 mayo, y 59/1992, 23 abril[7], en donde se afirma que, "aunque el parentesco entre titular del hogar familiar y empleado doméstico pueda justificar diferencias de tratamiento en materia de afiliación y alta al correspondiente RESS, no por ello permite justificar toda diferencia, sino sólo aquella que resulte razonable a la luz del conjunto del ordenamiento. Y como quiera que en éste genera sólo una presunción "iuris tantum" de que el pariente no es trabajador, en el REEH tal circunstancia deberá ser tenida en cuenta a estos efectos, so riesgo de incurrir en discriminación por una circunstancia personal contraria al artículo 14 CE" (STC 92/1991)[8]. En consecuencia, se concluye, "la compatibilidad del artículo 3.1 del Decreto 2346/1969 con el artículo 14 CE impone una interpretación sistemática e integradora en el régimen jurídico del parentesco según el ordenamiento laboral y las propias normas generales del sistema de SS" (STC 59/1992).

Por tanto en la actualidad debe entenderse que el límite de la presunción de no laboralidad por parentesco lo fija el artículo 7.2 LGSS, por lo que los parientes de tercer grado del empleador pueden, sin trabas, proceder a su afiliación y alta por cuenta ajena en este Sistema Especial.

Por lo demás no se ha tenido en cuenta que, cuando el artículo 3 del D. 2346/1969 excluye a los prohijados o acogidos de hecho o de derecho de las excusiones por parentesco, embargo, no contempla la exclusión de las parejas de hecho. Lo que demuestra la obsolescencia de estas reglas en una materia en la que el legislador se ha mostrado siempre tan receloso de un posible fraude de afiliación.

Como excepción a la exclusión por parentesco, el propio artículo 3 del D. 2346/1969 establece una singular a favor de los familiares femeninos de sacerdotes célibes cuando no tuvieran otro empleado del hogar a su servicio. Sobre la posible tacha de discriminación de esta regla se pronunció, igualmente, el Tribunal Constitucional en STC 109/1988 entendiendo que "la excepción se encuentra objetivamente justificada..." Justificación difícil de entender en un Estado aconfesional y en el marco de una Constitución que proclama la libertad de culto y prohíbe cualquier tipo de discriminación en base a creencias o confesiones religiosas. Sin que, además, la referencia exclusiva del artículo 3 D.2346/69 a los sacerdotes y no a los religiosos o religiosas, admita, según el Constitucional, tacha de discriminación al "basarse en la diferente función y régimen de vida que le es propia en comparación con los sacerdotes, ya que la vida monástica y en comunidad excluye el trabajo doméstico, que como cualquier otro se realiza también en comunidad" (STC 59/1992). No obstante, la admisión de una sola excepción a favor del familiar femenino de sacerdote ofrece serias dudas, especialmente porque niega el caso inverso –la sentencia se refiere a un familiar femenino de

[7] Así se había considerado también en algunas resoluciones judiciales –STSJ Navarra de 13 de septiembre de 1991 (Rec. 105/91)–.

[8] Se considera rota la presunción de no laboralidad por parentesco cuando no convivan ni estén a cargo del empleador –STSJ Madrid 3 de abril de 1996 (EDJ (El Derecho Jurisprudencia) 36971) y STSJ Valladolid, conten-adm. 17de septiembre, 2010 (EDJ 212320)–.

una religiosa teresiana, empleada a su servicio– sin justificación objetiva suficiente para el mantenimiento de una regla excepcional que abiertamente bordea los límites de la discriminatoria por razón de género[9].

Otra exclusión específica, por lo demás no establecida en el D.2346/69, sino que es consecuencia de la inclusión constitutiva que realiza el artículo 97.2.b) LGSS, es la que tiene por objeto a los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares al considerar "obligatoriamente incluidos en su campo de aplicación" del Régimen General a tales trabajadores, si bien desde el punto de vista laboral sean –sin género de dudas– empleados del hogar, como de forma explícita se señala en el artículo 1.4 del RD1424/85. De forma semejante puede considerarse que los tripulantes de embarcaciones de recreo al servicio de particulares queden igualmente excluidos de este Sistema Especial, quedando incluidos en el Régimen Especial Trabajadores del Mar conforme a la Ley de 30 de diciembre de 1969 (BOE de 31 de diciembre).

La justificación, en su momento, resultaba obvia si se consideraba la existencia de un mayor riesgo profesional en su actividad y la no consideración en el RESH de los riesgos profesionales en materia de periodo de carencia y de prestaciones. Ahora, no obstante, la incorporación al Régimen General y el reconocimiento del accidente de trabajo y la enfermedad profesional a los trabajadores/as del hogar familiar, pone en cuestión el mantenimiento de esta regla, si bien, en definitiva a quien favorece es al empleado –y en este caso, generalmente, varón–.

En cuanto al titular del hogar familiar, se le puede definir como aquella persona natural titular del hogar o de la residencia donde los servicios domésticos se prestan y que como consecuencia de la relación especial concertada, hace suya la utilidad resultante del trabajo ajeno, lo dirige y remunera. El primer requisito, por tanto es que el titular del hogar familiar sea una persona física. En coherencia, el artículo 2,1 a) del RD 1424/85 –y en la actualidad se mantiene igual exclusión en el artículo 2.1 a) RD 1620/2011– excluía del ámbito de aplicación de la norma reglamentaria la relación concertada entre un empleado del hogar y una persona jurídica de carácter civil o mercantil "aun si su objeto es la prestación de servicios o tareas domésticas", que se regirán por la normativa laboral común. Como en su momento manifestó De la Villa "es un acierto esta exclusión para salir al paso de abusos cometidos históricamente[10] . Situación por lo demás corregida tempranamente por una abundante jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo y el Tribunal Supremo, en base al artículo 2.c) de la Ley de Contrato de Trabajo[11], al considerar que no existe servicio doméstico cuando el contratante fuera una persona jurídica con independencia de si se persigue finalidad lucrativa o no.

[9] De forma extensiva, el análisis de esta sentencia y sus antecedentes en QUESADA SEGURA, R. El contrato de servicio doméstico, La Ley, Madrid, 1991, págs. 223 a 228.

[10] DE LA VILLA GIL, L.E.: "La relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar", en: Las relaciones especiales de trabajo, D.L., nº monográfico, 1986, pág. 211.

[11] Entre las más antiguas SSTS de 1 de junio de 1940, 13 de febrero de 1943, 24 de mayo de 1954 y 9 de marzo de 1955. Y del TCT: SS de 31 de marzo de 1964, de 2 de julio de 1974, 9 de junio de 1980, 5 de febrero de 1982 y 22 de marzo de 1983.

Con este requisito la norma reglamentaria está, además, concretando y delimitando el concepto de esta relación especial de trabajo, porque a su través se está excluyendo de su ámbito todo supuesto que haga referencia a la posible existencia de cualquier tipo de organización de carácter empresarial.

No obstante el legislador entiende que debe aclararse esta cuestión y en ese sentido la Disposición adicional decimoséptima de la Ley 27/2011 vuelve a excluir del concepto de empleado del hogar a aquellos trabajadores dedicados a tareas domésticas no contratados directamente por un titular del hogar, sino al servicio de empresas, ya sean personas jurídicas, de carácter civil o mercantil –lo que incluye, por tanto, a las Empresas de Trabajo Temporal–, lo que supondrá en tal caso y de acuerdo con esta Disposición " el alta de tales trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social de tales trabajadores por cuenta de esas empresas".

En sentido similar, el artículo 2.3 RD 1620/2011 –manteniendo idéntica regla del régimen anterior– establece la presunción de la existencia de una única relación laboral de carácter común cuando se de una dualidad de servicios simultáneos, uno de carácter doméstico y otro ajeno al mismo «en actividades o empresas de cualquier carácter del empleador», salvo que estos sean de carácter esporádico u ocasional con respecto al servicio puramente doméstico –art. 2. 1 d) RD1424/85–, lo que en su momento dio lugar a una cierta conflictividad judicial[12].

Sin embargo, aparece por primera vez en el artículo 2.1 RD 1620/2011 la exclusión de la relación de los cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o por entidades privadas mediante la prestación económica destinada a la cobertura de los gastos del servicio previsto en el Programa Individual de Atención, de acuerdo con la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia –artículos 14.3 y 17 de la Ley 39/2006–, así como las relaciones de los cuidadores no profesionales consistentes en la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada, –artículo 18, Ley 39/2006–, aunque en uno u otro caso, los cuidados se lleven a cabo en el domicilio de la persona dependiente o del familiar con el que la misma conviva[13].

[12] SSTCT de 25 de febrero de 1986, de 18 de febrero de 1986, y 8 de abril de 1986 – en todos los casos sobre el carácter marginal de ciertos trabajos prestados de forma simultanea por la empleada del hogar-. Más recientes STSJ Madrid de 30 de marzo de 2007 (EDJ 148116), TSJ Castilla-la Mancha de 15 de noviembre de 2012 (EDJ 279146) TSJ de Baleares de 21 de marzo de 2013 (EDJ 116256).

[13] Desde el 15 de julio de 2012 el Convenio especial suscrito por cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia con a seguridad Social tiene carácter voluntario, siendo las cotizaciones, desde el 1 de enero de 2013 a cargo exclusivamente del suscriptor. El coeficiente aplicable durante 2014 es del 0,77%, efectuándose una cotización por formación profesional en una cuantía equivalente al o, 20% de la base de cotización. El convenio especial surte efecto desde la fecha de su solicitud de suscripción y no desde el mismo día de la prestación económica para cuidados de familiares, como venía ocurriendo hasta ahora.

2.2. Sujetos responsables del alta, afiliación y cotización. Cambio en el sistema aseguratorio

Suprimido el artículo 49 del RD 84/1996, 26 enero, sobre inscripción de empresas y afiliación de trabajadores a la Seguridad Social, que establecía la obligación del trabajador del hogar familiar de solicitar la afiliación, el alta y la baja cuando prestase sus servicios "a uno o más cabezas de familia a tiempo parcial, sea con carácter indefinido, tanto de forma fija periódica como fija discontinua, o sea de duración determinada en los supuestos previstos en el artículo 15 ET", lo que reducía la obligación de solicitar la afiliación, el alta y la baja al titular del hogar únicamente en el supuesto de que los servicios se prestasen de manera exclusiva y permanente, la aplicación de las reglas generales del RD 84/1996 –artículos 24, 25 y 29– , en virtud de la Ley 27/2011, generaliza la obligación de afiliación alta y baja del titular del hogar igualmente en el supuesto de que el trabajador preste su actividad de forma parcial o para más de un solo empleador.

Se ha producido, por tanto, un cambio trascendente en el sistema de aseguramiento de estos trabajadores pasando, en la actualidad, a ser el titular del hogar familiar el responsable del ingreso de la cuota tanto si el trabajador presta servicios de forma exclusiva y permanente como si es trabajador a tiempo parcial –(ahora) de más de 60 horas al mes–. No obstante, una modificación posterior –Disposición adicional 2ª RD-Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social–, suavizo la obligación del titular del hogar de "en todo caso" al establecer para aquellos empleados del hogar que trabajasen menos de 60 horas mensuales para un empleador, y por acuerdo entre los sujetos, la obligación de formular directamente su afiliación, alta baja y variaciones de datos. No es que con ello se vuelva a la situación anterior, pero sí que se descarga al empleador –en muchas ocasiones se trata de personas de edad avanzada y sin conocimientos suficientes para realizar estas gestiones por sí mismos– de tales trámites.

Se trata de una regla que, al facilitar la gestión al empleador de sus obligaciones respecto a la Seguridad Social, persigue, a la vez que fomentar el alta del trabajador, la eficacia del sistema ya que, en general, lo que se contempla aquí es la situación de un mismo empleado/a trabajando parcialmente para varios empleadores. En este supuesto y aun cuando se mantiene el carácter de trabajadores/as por cuenta ajena de los empleados/as de hogar, se les considera como sujetos responsables del cumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, así como de cotización tanto de las aportaciones propias como de las relativas a los empleadores a los que presten sus servicios.

En consecuencia, también en este supuesto corresponde al trabajador el formalizar la cobertura de las contingencias profesionales con la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social de su elección, salvo que sus empleadores ya tuvieran aseguradas dichas contingencias respecto a otros empleados incluidos en este sistema especial, en cuyo caso la citada cobertura correspondería a la entidad gestora o colaboradora elegida por el titular del hogar familiar. Dos reglas garantistas –o de control– para los empleadores completan la anterior, ya que vienen a dejar finalmente, en manos del empleador el poder último de la actuación del empleado en este sentido. Por una parte el reconocimiento al empleador de la posibilidad de presentar la solicitud de baja en caso de extinción de la relación laboral. Por otra, la exigencia de que las solicitudes de alta, baja y variaciones de datos presentadas por

los empleados de hogar que hayan asumido la obligación de formular esos actos de encuadramiento también deberán ir firmadas, en todo caso, por sus empleadores.

En cuanto a las reglas de encuadramiento las peculiaridades responden a la propia singularidad de esta actividad profesional. Así, en las solicitudes de alta en este Sistema Especial, ya se formulen por el empleador o por el propio empleado de hogar, deberán figurar, además de los datos establecidos con carácter general, el código de la cuenta de la entidad financiera en la que ha de domiciliarse el pago de la cotización y los datos correspondientes al tipo de contrato de trabajo y al contenido mínimo del mismo, consistente en el número de horas de trabajo semanales, en el importe del salario pactado, tanto por hora realizada como mensual, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, así como, en su caso, en el importe del salario mensual acordado en especie y en la existencia o no de pacto de horas de presencia y/o de horas de pernocta, junto con la retribución por hora pactada.

2.2.1. El sistema especial de cotización

Sin duda, la peculiaridad más notoria y la que ha contribuido a marcar las desigualdades de tratamiento de este colectivo respecto al del trabajador del RGSS ha sido el tradicional mantenimiento de una cuota "de cuantía única, mensual e indivisible" –artículo 15,1 a) D. 2364/1969–. Regla que, ante la falta de una seria consideración de la profesionalidad de este tipo de trabajo, respondiendo a valores añejos y claramente superados, ha condicionado el sistema de protección social –reduciéndolo a mínimos– a la par que ha servido de base para la determinación del sujeto obligado al pago de la misma.

Por ello la integración de este colectivo profesional en el Régimen General ha supuesto como primera e importante consecuencia el final del sistema de cuota única, estableciéndose bases de cotización de importe fijo pero en relación al nivel retributivo del trabajador/ra. La Disposición adicional trigésimo novena de la Ley 27/2011 estableció quince tramos que oscilaban entre 90,20 euros mensuales correspondiente a la base mínima, hasta los 748,20 euros de base máxima. Sin embargo, una última modificación introducida por el RD-Ley 29/2012 simplifica –acertadamente– el número de tramos inicialmente fijado que pasa a ser ahora de ocho, si bien amplía las cuantías, especialmente, las correspondientes a los tramos inferiores.

De acuerdo a la Ley 36/2014, de 26 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, en este Sistema Especial, las bases y los tipos de cotización serán, a partir de 1 de enero de 2015, los siguientes: Las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales para el año 2015 se determinarán actualizando las retribuciones mensuales y las bases de cotización de la escala vigente en el año 2014 –que oscila entre la mínima de 147,86 euros mensuales a la máxima fijada en 790,65 euros mensuales[14]– en idéntica proporción al incremento que experimente el salario mínimo interprofesional. Para la

[14] La Orden ESS/86/2015, de 30 de enero, fija para el año 2015 el tipo de cotización en el 24,70 por 100, correspondiendo el 20,6 por 100 a cargo del empleador y el 4,10 por 100 a cuenta del empleado/a del hogar, y siendo a cargo del empleador únicamente el tipo aplicable a las contingencias profesionales, siendo este el mismo que la tarifa de primas vigentes para el RGSS, es decir, el porcentaje del 1,1 por 100. incluyendo la retribución en especie como un nuevo concepto en la base de cotización.

cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sobre la base de cotización que corresponda, se aplicará el tipo de cotización previsto al efecto en 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 lo resultante a cargo exclusivo del empleador.

Respecto a los tipos de cotización, se establece un incremento de forma progresiva desde el año 2013 hasta el 2019, en donde se prevé ya la plena equiparación con la establecida en el RGSS. Durante el año 2015, el tipo de cotización por contingencias comunes, sobre la base de cotización que corresponda según lo indicado en el apartado anterior, será el 24,70 por ciento, siendo el 20,60 por ciento a cargo del empleador y el 4,10 por ciento a cargo del empleado.

Para la determinación del sujeto responsable del abono de la cuota, debe distinguirse de nuevo, si los servicios de prestan por un periodo superior a las 60 horas mensuales o por menos de dicho periodo.

En el primer caso, será el empleador quien deberá ingresar la aportación propia y la proporcional que corresponda al empleado del hogar, realizando el descuento correspondiente sobre el salario de éste de igual forma a lo establecido en el RGSS. Por el contrario, cuando los servicios se presten durante menos de 60 horas al mes para un mismo empleador, estos trabajadores son, a partir del 1 de abril de 2013, a quienes corresponde la obligación de cotizar, debiendo ingresar la aportación propia y la correspondiente al empleador o empleadores con los que mantenga tal acuerdo, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales. En estos casos el empleador está obligado a entregar al trabajador, además del recibo de salarios en todo caso, la aportación y cuota que le corresponda por las contingencias comunes y profesionales, sin que sea de aplicación en estos supuestos, la reducción del 20% de la cotización, como fórmula temporal para fomentar el alta de estos trabajadores en este Sistema Especial de SS –reducción que puede llegar al 45 por cien en caso de familias numerosas, de acuerdo al artículo 5 RD 1621/2005, por el que se aprueba el reglamento de la Ley 40/3003, de protección de familias numerosas[15]–, ni ningún otro beneficio en la cotización que vengan legalmente reconocidos de acuerdo con la exclusión que contiene la Disposición adicional segunda del RD-Ley 29/2012.

3. LA PERVIVENCIA DE PECULIARIDADES EN LA ACCIÓN PROTECTORA

El artículo 28.1 del D. 2346/69 extiende la acción protectora a las siguientes contingencias previstas en el RGSS: "las prestaciones derivadas de las contingencias de enfermedad, maternidad, accidente, invalidez, vejez, muerte y supervivencia y protección a la familia", y con igual "amplitud, términos y condiciones que en el Régimen General".

Sin embargo y pese a esta declaración, se mantenían notorias diferencias en la acción protectora del REEH con respecto al RGSS. El propio art. 28.2 D 2346/69, establece salvedades a la amplia declaración inicial. En realidad las únicas prestaciones que no presentan peculiaridades son la asistencia sanitaria, la protección familiar y la maternidad,

[15] Ver al respecto APARICIO RUIZ, M.G.: La profesionalización de los empleados al servicio del hogar familiar", Ed. Eolas, 2014, pág. 109.

así como la protección de asistencia social y servicios sociales, mientras que, anecdóticamente, se mantiene una prestación especialísima y única para este Régimen Especial, como es la prestación económica por profesión religiosa. Sin embargo su cuantía es tan mínima –unos 30 Euros en moneda actual–, el concepto de "dote" tan anacrónico y el sometimiento a determinadas condiciones –acreditar un periodo mínimo de cotización de 24 mensualidades dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante– tan injustificado, que podría suprimiese sin mayor problema.

Ahora y tras la integración en el RGSS[16], los trabajadores incluidos en el sistema especial para empleados del hogar tienen derecho a las prestaciones en los términos y condiciones establecidos en el RGSS tanto para las contingencias comunes como para las profesionales: asistencia sanitaria, maternidad, paternidad, cuidado de menor afectado de cáncer o enfermedad grave, prestaciones por fallecimiento. Si bien para otras prestaciones se mantienen particularidades.

3.1. Prestaciones reconocidas con peculiaridades de tratamiento

Las prestaciones por incapacidad temporal, incapacidad permanente y jubilación se rigen por las reglas del RGSS tras la Ley 26/1985 y sus normas de desarrollo. De acuerdo a ello, los períodos de cotización para las prestaciones de invalidez permanente, cualquiera que sea su causa, y jubilación –para las de muerte y supervivencia continua siendo de sesenta mensualidades– son los establecidos con carácter general con aplicación paulatina en las de jubilación, si el empleado tiene sesenta o más años y está en alta o situación asimilada en el momento del hecho causante, en caso contrario el período será de quince años.

No obstante existen peculiaridades de tratamiento notables:

a) Para los trabajadores/as a tiempo parcial la Disposición adicional trigésimo novena de la Ley 27/2011 establece una regla transitoria de equiparación paulatina con el Régimen General respecto al cómputo de los periodos de cotización para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad. De esta forma, desde el año 2012 hasta el año 2018, las horas efectivamente trabajadas en es te Sistema especial se determinarán en función de las bases de cotización previstas en la Disposición adicional séptima de la LGSS apartado 2.a) 1, 2 y 3, divididas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada uno de dichos ejercicios.

b) Por lo que respecta a la incapacidad temporal, acaba la peculiaridad más notoria en este sentido, como era el trasvase de la obligación de cotizar al trabajador/a durante el periodo en el que el mismo se encontrase en dicha situación –salvo el mes en que se producía la baja que correspondía al empleador–, a lo que se unía, como nueva diferenciación, el que el derecho al subsidio por incapacidad temporal no empezaba a hacerse efectivo hasta transcurridos veintiocho días a partir del inicio de la enfermedad o del accidente –art. 30 D. 2364/69–. Todo ello generaba una situación difícil de explicar desde parámetros de igualdad.

[16] Apartado 3. Disposición adicional trigésima novena , Ley 27/2011: " Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social".

Al traslado de la obligación de cotizar de un sujeto a otro –por lo demás, de la cuantía total de la cuota– se unía el efecto de la situación de suspensión del contrato en la que el empleado del hogar se encontraba, por lo tanto, sin recibir salario, mientras que el subsidio correspondiente no empezaba a percibirlo "hasta el vigésimo noveno día, a partir de la fecha en que se inició la enfermedad o se produjo el accidente".

El régimen actual de la IT del empleado/a del hogar es, pues, el siguiente: El cálculo y la cuantía de la prestación económica es similar a la establecida en el RGSS, siendo la cuantía diaria del subsidio el resultado de aplicar el 75 por 100 a la correspondiente base reguladora, estando constituida ésta por la base de cotización del empleado de hogar correspondiente al mes anterior al de la baja médica, dividida entre treinta. Dicha base se mantendrá durante todo el proceso de incapacidad temporal, incluidas las correspondientes recaídas, salvo que se produzca un cambio en la base única de cotización, en cuyo caso se tendrá en cuenta esta última.

Desde el 1 de enero de 2012, el subsidio de IT por contingencia común comienza a percibirse desde el noveno día de la baja, correspondiendo al empleador el pago desde el cuarto al octavo día, si que quepa, en este ámbito, el pago delegado, sino que debe ser directo por la Entidad gestora. No obstante, en caso de incumplimiento por parte del empleador de la obligación de afiliación y alta del trabajador, éste es responsable directo de las prestaciones, sin que la entidad gestora esté obligada a su anticipo –SSTSJ de Madrid de 24 de octubre de 1995 y de Cataluña de 13 de diciembre de 1995 (EDJ 8662)–. Por el contrario, en caso de falta de cotización por parte del empleador, la entidad gestora no queda eximida de responsabilidad ya que tiene la obligación de controlar el pago efectivo de las cuotas, de acuerdo al artículo 21 del D 2346/1969.

Se iguala, por tanto, el régimen de esta prestación al establecido para el trabajador común, si bien la peculiaridad que se establece reside en procurar una menor carga económica y de gestión al empleador al reducir el tiempo en el que la prestación es a su cargo y en garantizar el pago directo por la entidad gestora.

Igualmente, se establece una regla transitoria que viene a mantener una peculiaridad de tratamiento contenida en la Disposición Adicional octava, 1 LGSS, en cuanto excluía expresamente del ámbito del REEH la aplicación de la regla contenida en el art. 162 1.2 LGSS, que permite la integración en el periodo que haya de tomarse como cálculo de la base reguladora de los meses durante los cuales no hubiera existido la obligación de cotizar. Lo que suponía que, para los trabajadores/as del hogar familiar, el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación desde una situación asimilada al alta sin obligación de cotizar, no se aplicaba la doctrina del paréntesis, ni se procedía a la integración de lagunas con bases mínimas[17]. Por lo que se computan como importe cero la cotización correspondiente a tales meses –STSJ de Cataluña de 17 febrero, 2000–, teniendo derecho a percibir en su caso, la cuantía mínima establecida anualmente –STS de 10 de febrero de 2009 y TSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2004–.

[17] Este trato desigual ha quedado reservado únicamente para los trabajadores del hogar familiar ya que el art. 4.4 RD 1647/1997 y la DA 8°, LGSS prevén la regla de integración de lagunas en el RE Minería del Carbón y para los trabajadores por cuenta ajena del RE Agrario y del RE Trabajadores del Mar –STSJ Comunidad Valenciana 17 octubre 2001–.

No obstante la Disposición adicional cuadragésimo novena de la Ley 27/2011 mantiene transitoriamente la anterior regulación al establecer que desde el año 2012 hasta el año 2018, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes causadas por los empleados de hogar, respecto de los periodos cotizados en este Sistema Especial, sólo se tendrán en cuenta los periodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo previsto en los artículos 140.4 y 162.1.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

c) Por otra parte el no reconocimiento de los riesgos profesionales en el REEH, excluía la posibilidad de considerar la IT derivada de contingencias profesionales, otorgándose únicamente prestaciones por accidente o enfermedad común, lo que suponía la inaplicación en este ámbito del trato especial que reciben los riesgos profesionales en materia de periodos de carencia o de prestaciones.

La justificación de esta importante singularidad de trato que se ha mantenido hasta el RD 1596/2011 y que producía esta notoria desprotección de un colectivo de trabajadores tan sensiblemente débiles, residía en el hecho de que la cuantía de la cuota era indivisible, por lo que no se cotizaba específicamente por tales riesgos, y por tanto, quedaban excluidos de la protección por los mismos –por lo demás, como igualmente quedan excluidos en la actualidad, y por igual causa, de la protección que frente al salario o a las indemnizaciones otorga el Fondo de Garantía Salarial, pese a que se ha producido una nueva regulación laboral–.

El cambio se produce mediante la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, al añadir una nueva Disposición adicional, la quincuagésima tercera, a la Ley General de la Seguridad Social, desarrollada por RD 1596/2011, de 4 de noviembre extendiendo, con efectos de 1 de enero de 2011, la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores del hogar familiar, reconociéndoles las mismas prestaciones que las previstas en el Régimen General para tales contingencias, si bien con ciertas peculiaridades.

La gestión y el control de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales se llevarán a cabo por la Entidad gestora o, en su caso, la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social con la que se haya formalizado la cobertura de tales contingencias.

Cuando la IT derive de contingencias profesionales, el subsidio se percibe desde el día siguiente a aquel en el que se haya producido el accidente o desde el día siguiente al de la baja para el trabajo cuando ésta fuera posterior a la fecha del accidente. El salario correspondiente al día del accidente es por cuenta del empleador.

Una regla que contempla, de nuevo, la singular posición del empleador, establecida igualmente en la misma Disposición adicional de la Ley 27/2011 - es la que considera la inaplicación en este Sistema especial del régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 126 de la LGSS.

d) Junto a ello, subsiste una peculiaridad establecida en el régimen anterior: Si el trabajador /a fuera interno, tiene derecho a permanecer alojado en el domicilio donde presta

sus servicios un mínimo de 30 días, salvo prescripción facultativa que decida su hospitalización, pese a estar su contrato de trabajo en suspenso. Lo que supone, por tanto, la contemplación de una situación muy específica de esta actividad profesional: mientras que el contrato de trabajo está en suspenso, se mantienen, no obstante las prestaciones derivadas del pago en especie. Se trata por tanto, de la imposición al titular del hogar familiar de un genérico deber de protección en su acepción más tradicional, que en su momento se utilizó como fórmula compensatoria ante un régimen de protección social muy limitado, pero que en la actualidad ha perdido gran parte de su vigencia[18].

e) En la situación de riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, se reconocen a las empleadas del hogar beneficiarias los mismos derechos y en los mismos términos que los establecidos en el RGSS. Aquí la peculiaridad viene determinada por las obligaciones que competen al titular del hogar familiar, debiendo éste declarar formalmente la inexistencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la empleada. Para estas contingencias la base reguladora será la equivalente a la establecida para la incapacidad temporal.

f) Respecto a la incapacidad permanente, pese a que son de aplicación en este ámbito las reglas del RGSS desde la Ley 26/1985 - lo que en su momento confirmó la STS Ud. 19 diciembre 2003 - no puede desconocerse la reticencia de los Tribunales del Orden Social a admitir la incapacidad permanente total en el caso de los trabajadores/as del hogar, con el argumento de que el "trabajo doméstico se caracteriza por la realización de esfuerzos de tipo medio, pero no esfuerzos notables" –STSJ País Vasco de 7 de febrero de 2006–, introduciendo criterios subjetivos en los que subyace una discrecional minusvaloración del trabajo prestado en el hogar familiar. En este mismo sentido las SSTSJ Valladolid de 26 de julio de 2005 (EDJ 134195) y TSJ de Galicia de 22 de marzo de 2010 (EDJ 93422), ambas contemplando supuestos de fibromialgia sometida a revisiones, o la del TSJ de Granada de 23 de abril de 2008 (EDJ 211910) en el caso de epilepsia. No obstante si se reconoce la Incapacidad permanente total en otras resoluciones como la contenida en la STSJ de Cantabria de 4 de octubre de 2005 (EDJ 196268) al estar limitada su capacidad de permanecer en pie y andando de forma prolongada o debido a limitación funcional de los miembros superiores por padecer MSD unido a lumbalgías y a la patología psíquica en STSJ de Galicia de 26 de octubre de 2012 (EDJ 254944).

g) Jubilación: Las reglas para cursar derecho a la pensión de jubilación son las mismas que las establecidas en el RGSS.

Es más, las peculiaridades respecto al cálculo de la cuantía de la prestación por jubilación desaparecieron ya en gran medida en el REEH por la remisión de la Ley 26/1985 y los RRDD 1799/85 y 1609/87, al RGSS. En consecuencia y desde la aplicación de esta disposiciones normativas y reglamentarias, la cuantía de la pensión de jubilación de los empleados/as del hogar se determina aplicando a la base reguladora el porcentaje que proceda de acuerdo con la escala establecida para el RGSS, si bien la misma se establecía en función exclusivamente de los años de cotización efectiva del beneficiario –STSJ-Galicia 13

[18] Sobre las consecuencias del incumplimiento de esta obligación por parte del titular del hogar familiar, tanto DE LA VILLA GIL, L.E.: "La relación laboral…", op. cit. pág. 218, como SALA FRANCO, T.: "La relación especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico ", RL, Tomo I, 1986, pág. 309, lo equiparan al despido improcedente.

junio 1994 y STSJ Andalucía 30 septiembre 1999–. Con ello se puso fin a una de las especialidades del REEH que establecía un porcentaje para la pensión de jubilación singular y diferenciado.

Modificación legal que permitió, además, otra novedad más. Y es que a partir de la misma la pensión de jubilación puede causarse aunque el interesado no se encuentre en alta en el momento del hecho causante, siempre que acredite un período de carencia superior al de quince años y al menos dos de ellos dentro de los ocho inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho.

De forma general y a efectos de completar el período de carencia, el art. 26 D. 2346/69 permite la correspondencia de cotizaciones tanto con el RGSS como con otros RESS. En base a esta regla, una reiterada jurisprudencia confirma la posibilidad de totalizar los periodos de cotización cubiertos en otros regímenes de la SS, incluido el SOVI –STS de 7 mayo 1997, SS.TSJ-Madrid 14 junio 1989 y TSJ-País Vasco 14 julio 2000–.

Rige igualmente en este ámbito las reglas generales respecto al reconocimiento de la prestación, pudiendo solicitarse la misma a uno u otro régimen en el que se reúna el periodo carencial, siendo preferente el RSS en el que se estuviera cotizando en el momento de la solicitud –STSJ-Comunidad Valenciana 9 noviembre 1989–. Si no se reúne en ninguno, pero si totalizadoramente, la prestación debe reconocerse en el RSS en donde se hubiera realizado la mayor cotización –de acuerdo con el art. 26.2 c) D 2346/1969 y único D 2957/1973–.

Otra peculiaridad normativa corregida desde que se hace efectivo la integración de este colectivo en el Régimen General es que pueden acceder, a la jubilación anticipada si reúnen los requisitos establecidos de estar de alta o asimilada al alta, de edad - inferior en dos años a la edad ordinaria - y de periodo de carencia mínimo - treinta y cinco años de cotización efectiva - y a la jubilación parcial, igualmente si se cumplen los requisitos de edad - y periodo de carencia exigidos para tener derecho a la pensión de jubilación contributiva.

Termina de esta forma otra de las peculiaridades normativas que afectaba a estos trabajadores/as ya que con anterioridad sólo se admita en este ámbito la jubilación ordinaria a los 65 años de edad –art. 26. 2 a) D 2346–. Lo que en su momento confirmó de forma reiterada el Tribunal Supremo al señalar "que tanto la D.T. 2. ª, Como la DT 1. ª de la OM 18 enero 1967, fueron dictadas con la exclusiva finalidad de reconocimiento del derecho a prestación de jubilación en el RGSS, limitando el beneficio de la jubilación anticipada a los trabajadores afiliados a tal régimen e impidiendo el traslado analógico a otros regímenes de la SS al amparo del artículo 4.1 del Código Civil –SSTS 14 junio 1994 y 28 octubre 1994–. Si bien la regla contenida en el artículo 26 D. 2346/69, que permitía el cómputo de periodos de cotización a distintos Regímenes SS, dio entrada, aún de forma indirecta, a la posibilidad de acceder a este derecho en el ámbito del REEH. Y en el mismo sentido la Ley 47/1998, 23 diciembre, cuando regulo el derecho a la jubilación anticipada reconociendo la posibilidad de efectuar cotizaciones en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social que tuvieran reconocido el derecho a la misma y su cómputo conjunto. Con fundamento en este artículo, el Tribunal Supremo reconoció, en un supuesto de prestación de servicios en varios Estados de la Unión Europea, el derecho a la jubilación anticipada a una empleada del hogar argumentando que "aun no correspondiendo por edad a la actora la jubilación anticipada de acuerdo con el REEH al que pertenece por afiliación, al no contar con cotizaciones

suficientes ni en este ni en el General para acceder por sí a la jubilación, es en el Especial donde consta mayor número de días cotizados en los diferentes Estados Miembros" –STS 12 mayo 1999–. Siguiendo la misma doctrina se reconoció el derecho a la jubilación anticipada de una empleada del hogar "en el Régimen en el que el interesado acredite mayor número de cotizaciones, aplicando sus normas reguladoras" –STSJ Cataluña 29 noviembre 2004–.

Otra singularidad de tratamiento se originaba por el hecho de no tener en cuenta los "días-cuota" correspondientes a las gratificaciones extraordinarias a efectos del periodo de carencia. Doctrina que ya fue prontamente corregido por el Tribunal Supremo al entender "que deben computarse todas las cotizaciones efectuadas o días-cuota y no solamente las de los días naturales..." –STS en interés de Ley, 10 junio 1974–.

Si bien y finalmente la Disposición adicional cuadragésimo novena de la Ley 27/2011 mantiene transitoriamente la anterior regulación contenida en la Disposición adicional octava, 1 LGSS, al establecer que desde el año 2012 hasta el año 2018, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de jubilación causadas por los empleados de hogar, respecto de los periodos cotizados en este Sistema Especial, sólo se tendrán en cuenta los periodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo previsto en los artículos 140.4 y 162.1.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Lo que supone que, en el caso de los trabajadores/as del hogar familiar, para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación desde una situación asimilada al alta sin obligación de cotizar, no se aplica la doctrina del paréntesis, ni se procede a la integración de lagunas con bases mínimas.

3.2. Prestaciones excluidas: el desempleo

La exclusión de la prestación por desempleo, a los trabajadores/as del hogar familiar ha sido una constante en su régimen de aseguramiento desde que así se estableció en el art. 28.2 D 2364/69, sin que el art. 205.2 LGSS en modo alguno incluyera este colectivo entre las personas protegidas en base a que en el Régimen Especial no se protegía dicha contingencia. De esta forma los empleados del hogar son los únicos –entonces y en la actualidad– que, siendo trabajadores por cuenta ajena, quedan fuera del derecho a prestaciones por desempleo. No obstante la exclusión del derecho a la prestación por desempleo a los trabajadores del hogar familiar tanto en el nivel contributivo como en el asistencial, no siempre ha sido rigurosa. Principalmente en base a una doctrina progresista del Tribunal Constitucional se ha ido reconociendo en determinados supuestos. Así la STC 209/1987 declaró inaplicable el apartado final del párrafo tercero del art. 7 RD 625/1985 que excluía del subsidio por desempleo en el nivel asistencial para mayores de cincuenta y dos años a todos los Regímenes Especiales de SS que no contemplaran la contingencia del desempleo, entendiendo que cuando el solicitante reuniese los requisitos para acceder a la contingencia de vejez, salvo la edad, por la vía del REEH, tenía derecho a solicitar este subsidio asistencial de mayores de cincuenta y dos años. En igual línea la STC 78/1990 cuando afirmaba que "exigir reglamentariamente que la jubilación se haya de realizar en un Régimen de la SS que tenga prevista la protección por desempleo, excede de la capacidad de la norma de desarrollo…pues la Ley no establece esa diferencia de trato entre quienes se jubilen en un régimen u otro del sistema". Se trata, por tanto "de un requisito contrario a la ley, por no

estar previsto en la misma, y contrario a la Constitución, por establecer ilegalmente una diferencia no querida por el legislador"[19].

Expresamente, la Disposición adicional cuadragésimo novena de la Ley 27/2011 excluye de la acción protectora del Sistema especial para Empleados de Hogar la correspondiente al desempleo. Si bien a continuación se señala que ello debe entenderse "sin perjuicio de las iniciativas que puedan establecerse con respecto a esta cuestión en el marco de la renovación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar".

Se mantiene, pues, la exclusión de la prestación por desempleo de los trabajadores/as del hogar familiar, pero si bien, en su momento la justificación venía por el hecho de que, al tratarse de una cuota única, no se preveía tal contingencia, así como por la generalizada minusvaloración profesional de este trabajo y la persistente sospecha de fraude en las prestaciones. Ahora, sin embargo, es más difícil encontrar una justificación a tal exclusión, salvo que no existe una cotización especifica por desempleo, lo que aumentaría la base de cotización –y en consecuencia la cuota del titular del hogar familiar–, y, posiblemente también la idea de evitar situaciones de uso irregular o fraudulento de la prestación, especialmente cuando el sistema de control por parte la Inspección de Trabajo es mucho más complicado de ejercer en el ámbito del trabajo doméstico.

No obstante, la Disposición Adicional 2ª del RD 1.620/2011 abre la vía a la fijación de un sistema de protección por desempleo para este colectivo, si bien deja la decisión a lo que el Gobierno estime más conveniente una vez referido el informe de evaluación del grupo de expertos y previa consulta y negociación con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Decisión a la que se fijaba el plazo para su adopción al 31 de diciembre de 2013. Y, que como tras muchas con plazo fijado –por ejemplo, la ampliación del permiso por paternidad– han ido quedando aplazadas a nuevas fechas que a su vez de nuevo se incumplen.

En definitiva, poner en marcha esta prestación exige voluntad política y acuerdo consensuado y a partir de aquí, una norma de desarrollo en la que se precise, verdaderamente, el modo de funcionamiento, derechos y deberes, obligaciones formales relativas a los actos de encuadramiento y a la cotización, y a las prestaciones. Un reglamento de desarrollo que cubra las carencias actuales y aborde aquellos aspectos más prácticos que precisen de mayor concreción para su adecuada aplicación, con vistas a una convergencia plena[20].

[19] Se corregía de esta forma la doctrina anterior del TCT que entendía que "*el art. 3.2 Ley 31/1984 excluía de su ámbito de protección tanto el nivel contributivo como el asistencial, a quienes como, las demandantes pertenecen al régimen especial de empleados de hogar, por no protegerse en el mismo la contingencia por desempleo pese a reunir los requisitos establecidos en el mismo: ser trabajador emigrante que, habiendo retornado del extranjero, no tenga derecho a la prestación por desempleo*"- SSTCT 10 septiembre y 14 octubre 1986 -.

[20] VELA DIAZ, R.: "De la Ley 27/2011 al RD 29/2012 de mejora de gestión y protección social en el sistema especial para Empleados del Hogar: la nueva frontera entre las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar", en Revista Temas Laborales, nº 121, 2013, pág. 150.

4. UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN

Desde el Pacto de Toledo y aún antes, a impulso de la doctrina iuslaboralista, se venía demandando la integración de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social en el Régimen General. Lo que finalmente ha sucedido con los más clásicos entre ellos, el Agrario y el del Servicio del Hogar Familiar. Integración que se produce mediante su consideración de Sistemas Especiales del Régimen General.

Por lo que afecta al colectivo de trabajadores/as del hogar, la Disposición Adicional trigésimo novena de la Ley 27/2011 realizó la demandada integración y con ello, la reparación de una situación de histórica discriminación de un colectivo profesional sumamente feminizado. Cambio normativo que se produce de forma coincidente con la aprobación del Convenio 189 OIT sobre trabajadores y trabajadoras domésticos, norma internacional que exige coherencia entre la normativa laboral y la de Seguridad Social a partir de la garantía de derechos mínimos e igualdad de trato.

No obstante la integración no ha sido plena. De ahí que, en lugar de que, sencillamente, la norma integradora hubiera previsto su inclusión sin más en el Régimen General, ha optado por incluirla como un Sistema Especial.

La cuestión reside en que esta nueva conceptualización lo único que debería haber producido es peculiaridades, de mayor o menor relieve, en el mecanismo de encuadramiento y cotización, al cambiar la técnica del "régimen especial" por la del "sistema especial", pero no, como ha sucedido, mantener también ciertas peculiaridades que afectan al conjunto del régimen protector, cuando lo que se debería haber producido es una equiparación sustancia en la acción protectora.

De esta forma y pese a lo que ello significa de avance en los derechos sociales y también de racionalización jurídica, perviven, todavía, en la nueva regulación, desigualdades en el tratamiento normativo. Por una parte, en cuanto se hace depender la integración plena y efectiva de determinadas prestaciones –la incapacidad permanente y la jubilación–, de plazos temporales. Por otra, por la que se excluye, sine die, la prestación por desempleo.

Por ello vuelvo a preguntarme, como en su momento ya lo hice: ¿Qué justificación cabe, salvo la existencia de menor presión contributiva –lo cual no puede ser una razón admisible en nuestros días– para excluir a los trabajadores del hogar familiar del sistema de protección por desempleo?[21].El trabajador al servicio del hogar familiar es un trabajador por cuenta ajena, y cuya especialidad en este caso y lo que determina el peor tratamiento protector que se le otorga frente a la generalidad de los trabajadores incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social reside en el hecho de que trabaja para una unidad familiar carente de fines o estructura empresarial, lo que da lugar a una presión contributiva menor y correspondiente al otorgamiento de menores prestaciones. Razonamiento que no es defendible en el contexto actual de la Seguridad Social que debe inspirarse en los principios de solidaridad e igualdad de trato. Por otra parte, la tendencia hacia un sistema social de Seguridad Social moderno, integrado y unitario, pugna con el mantenimiento de estas peculiaridades normativas que generan supuestos de infra protección sin justificación suficiente.

[21] QUESADA SEGURA, R., El contrato de servicio doméstico, La Ley, Madrid, 1991, págs. 237 y ss.

Reconciliación de los cónyuges y pensión de viudedad
Reconciliation of the spouses and widow's pension

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

Resumen

El régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia ha sido diseñado, en buena medida, por los tribunales, puesto que la normativa aplicable no daba respuesta expresa a muchos de los heterogéneos supuestos que en la práctica se producían. En esa línea, la legislación de Seguridad Social no se ocupa de los efectos de la reconciliación de los cónyuges, pero desde luego el restablecimiento del vínculo matrimonial ha de repercutir en la identificación de los beneficiarios de la pensión de viudedad, y en la eventual cuantía de la pensión. El presente estudio trata, precisamente, de eliminar las incertidumbres que genera esa institución de la reconciliación de los cónyuges.

Palabras clave

Pensión de viudedad, reconciliación, separación legal, matrimonio, divorcio.

Abstract

The legal framework of the widow's pension has been built, in large part, by the courts, since the applicable regulations do not offer a solution to many of the heterogeneous cases that occurred in real life. In this sense, Social Security legislation does not address the effects of the reconciliation of the spouses, but of course the restoration of marriage should affect the identification of the beneficiaries of the widow's pension, and the amount of the benefits received. This research will try to eliminate the uncertainties generated by this institution of reconciliation of the spouses.

Keywords

Widow's pension, reconciliation, legal separation, marriage, divorce

1. INTRODUCCIÓN

El contexto social en el que nació la pensión de viudedad difiere sustancialmente del actual, y la fisonomía de la familia no resulta comparable. Precisamente por ello, la realidad social ha desbordado las previsiones normativas, que no están diseñadas para dar respuesta a situaciones muy distintas de las tradicionales. Esa inadecuación entre la realidad y la norma exige de los tribunales un especial esfuerzo para proceder a una adaptación razonable de normas concebidas y diseñadas para un escenario distinto y, en general, para supuestos prototípicos.

Como es bien sabido, en un primer momento el legislador únicamente contemplaba la posibilidad de un cónyuge supérstite –y de sexo femenino–, por cuanto el matrimonio era jurídicamente indisoluble, salvo por muerte. En ese contexto, la pensión de viudedad atendía a una situación de necesidad real, porque el fallecimiento del marido suponía la extinción del contrato de trabajo, y con ello la desaparición de los ingresos regulares del entorno familiar, ya que la esposa se dedicaba por lo general al cuidado del hogar y de los hijos. El advenimiento de la democracia, y la legalización plena de diferentes formas de cesación de la convivencia o ruptura del matrimonio –principalmente el divorcio, pues la separación y la nulidad sí se admitían–, derivaron en una realidad mucho más compleja, que ha dado lugar a un régimen jurídico también complejo, donde la situación de necesidad se presume *iuris et*

de iure, o directamente se considera irrelevante en tanto no se produzca una reforma legal, necesaria, que introduzca coherencia.

Muestra sin duda de esa complejidad es la posible concurrencia de varios beneficiarios –cónyuge supérstite y excónyuges–, pues las reglas de reparto no se encuentran totalmente perfiladas en la Ley. La situación adquiere nuevos matices con el más reciente reconocimiento de la pensión de viudedad a los convivientes de hecho en ciertas circunstancias, así como también con las cada vez mayores restricciones para los excónyuges. El matrimonio poligámico, el matrimonio homosexual, los ritos matrimoniales a los que no se atribuyen efectos civiles o los matrimonios con elemento extranjero contribuyen a un paulatino incremento de esa complejidad, que sin duda se agudiza cuando la pensión de viudedad no es reconocida directamente, pero pretende percibirse indirectamente disfrazando esa pensión de derecho de acrecimiento para los huérfanos. En todo ese complejo escenario resulta imprescindible valorar qué efectos despliega una eventual reconciliación de los cónyuges previamente separados o divorciados. Cuando el sujeto causante fallece una vez que se ha producido la reconciliación, no siempre es claro si el cónyuge reconciliado merece la consideración de cónyuge supérstite o de excónyuge.

La jurisprudencia ha ofrecido valiosas pautas, que demuestran, una vez más, que la legislación civil ejerce una notable influencia sobre ciertas parcelas del Derecho de la Seguridad Social. Como se verá, la regla general es que la reconciliación sólo afecta al reconocimiento y disfrute de la pensión de viudedad en situaciones de previa separación legal cuando se cumplan las exigencias del Código Civil, de modo que es imprescindible la comunicación al juzgado. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente parece cuestionar esa solución tradicional, ofreciendo un punto de apoyo para defender que la reconciliación de hecho podría asimismo desplegar efectos.

2. LA RECONCILIACIÓN EN EL ÁMBITO CIVIL

La reconciliación de los cónyuges es una institución bien conocida en Derecho Civil. No en vano, el art. 74 del CC en su versión original de 1889 ya establecía que «la reconciliación pone término al juicio de divorcio y deja sin efecto ulterior la sentencia dictada en él; pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Tribunal que entienda o haya entendido en el litigio». Una Ley de 24 de abril de 1958 prohibió el divorcio, pero el CC admitía tanto la nulidad como la separación. En ese escenario, el art. 74 del CC seguía regulando la reconciliación, pero en otros términos ante la prohibición del divorcio, toda vez que en ese momento la reconciliación ponía fin «al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Tribunal que entienda o haya entendido en el litigio».

La regulación vigente, como se sabe, trae causa 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. No obstante, en materia de reconciliación la regulación no resulta especialmente novedosa (no hay reglas específicas en Derecho Foral), ni siquiera tras el matiz introducido por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en la comunicación de la reconciliación al juzgado, que desde entonces deben efectuarla ambos cónyuges «separadamente».

Sea como fuere, el CC vincula los efectos de la reconciliación a la forma de cese de la convivencia matrimonial. En supuestos de nulidad, obviamente, la reconciliación es irrelevante jurídicamente, toda vez que no se puede restablecer un vínculo que no ha existido, y de ahí el silencio legal. En cambio, la ley sí alude a la reconciliación tanto en materia de separación legal como de divorcio. En relación con la separación, el art. 84 CC, siguiendo las pautas de la mencionada Ley de 1958, dispone que «la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio». Se produce, así pues, una reanudación de la convivencia, y el matrimonio vuelve a desplegar plenos efectos. En supuestos de divorcio, en cambio, el art. 88 CC deja claro que la reconciliación «no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio»; cuestión distinta es que la reconciliación tenga lugar mientras se tramita el divorcio, pues en tal supuesto se extingue la acción de divorcio, como ya disponía la primera versión del CC en 1889.

No son estas, desde luego, las únicas referencias a la reconciliación en el CC, pero en todas las demás subyace la misma idea: el restablecimiento pleno del vínculo matrimonial de quienes previamente habían cesado en la convivencia por separación legal. De ese modo, la reconciliación de los cónyuges separados permite que el supérstite mantenga los derechos sucesorios (art. 835 CC), no afecta al régimen de separación de bienes (art. 1443 CC) y permite eludir las causas de desheredación (arts. 854 a 856 CC, aunque este último tiene un alcance más amplio).

En todo caso, conviene recordar que la reconciliación puede ser expresa o tácita, y en ambos casos produce efectos. Sin embargo, esos efectos no son idénticos, puesto que la reconciliación expresa en supuestos de separación –o de divorcio antes de la sentencia judicial que lo declare–, y en concreto la comunicada al juzgado, despliega plenos efectos entre los cónyuges y respecto de terceros, si bien el restablecimiento del matrimonio no hace revivir la sociedad de gananciales, sino que el régimen económico-matrimonial por defecto tras la reconciliación es el de separación de bienes[1]. En cambio, la reconciliación tácita –la no comunicada al juzgado– sólo genera efectos entre los cónyuges, pero no respecto de terceros de buena fe que no conozcan dicha circunstancia por otra vía[2]. Esta diferencia entre reconciliación expresa y tácita resulta especialmente relevante, como fácilmente se puede colegir, en materia de derechos de Seguridad Social, toda vez que el sistema de Seguridad Social debe considerarse un tercero[3].

3. UNA CUESTIÓN PREVIA: LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DE LOS EXCÓNYUGES TRAS LA LEY 40/2007

Como es conocido, la LGSS equipara la nulidad, la separación (legal, no de hecho) y el divorcio en materia de pensión de viudedad, pues en los tres casos se considera producida una disolución o ruptura del matrimonio (o un cese legal de la convivencia) que convierte al supérstite en excónyuge. No hay, pues, una semejanza plena entre el régimen civil de esas

[1] Vid. STSJ (Civil/Penal) de Andalucía/Granada de 26-6-2009 (recurso 3/2009).
[2] Vid. STSJ (Civil/Penal) de Cataluña de 24-2-2014 (recurso 42/2013).
[3] Vid. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: *La reconciliación conyugal y sus efectos*, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, nº 7/2012 (BIB 2012\3091).

tres formas de ruptura matrimonial y sus consecuencias en materia de Seguridad Social, porque la separación no produce en esta última parcela efectos más dulcificados o generosos que el divorcio. Esa identidad de efectos en el ámbito de la pensión de viudedad ha sido declarada compatible con la Constitución por el TC, ya que ni puede apreciarse discriminación con la situación de los cónyuges no separados (en la separación, aun cuando el matrimonio no está disuelto, se produce un efectivo cese de la convivencia), ni existe «discriminación por indiferenciación» al tratar de forma idéntica la separación y el divorcio (el legislador ha elegido una opción legítima, aunque otras fueran posibles)[4].

En cualquier caso, la reforma operada en el art. 174.2 LGSS por la Ley 40/2007 suscitó serias dudas sobre la pertinencia de mantener ciertas interpretaciones clásicas que derivaban de una doctrina jurisprudencial ya consolidada. No en vano, en casos de separación legal o divorcio, tras el fallecimiento del causante el separado o divorciado se convertía en pensionista de viudedad, pero la cuantía de su pensión dependía del tiempo de convivencia, pues se aplicaba una regla de proporcionalidad, hubiera o no concurrencia con otros eventuales beneficiarios. Por otra parte, el cónyuge supérstite tenía derecho no ya a una parte de la pensión proporcional al tiempo de convivencia, sino a la totalidad de la pensión excluida la parte de los excónyuges. Dicho de otra forma, los tiempos de no convivencia se imputaban al cónyuge supérstite[5].

Las relevantes novedades que introdujo la Ley 40/2007 en esta materia, y en particular el reconocimiento de la pensión a los convivientes de hecho y la necesidad de pensión o indemnización compensatoria para que los excónyuges se convirtieran en beneficiarios, hizo pasar relativamente desapercibidos ciertos cambios de redacción cuya interpretación podría conducir a variaciones notables en la concepción tradicional. En particular, el art. 174.2 LGSS, en su segundo párrafo, dispone que «si, habiendo mediado divorcio, se 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 ciento 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 en los términos a que se refiere el apartado siguiente».

Como se aprecia, la regla de proporcionalidad está prevista para los supuestos de concurrencia de beneficiarios –lógicamente sólo para divorcio, pues en supuestos de separación no cabe un nuevo matrimonio, ni la conformación de una pareja de hecho, al exigir el art. 174.3 LGSS que no exista impedimento matrimonial–, de modo que, en general, cuando sólo exista un único beneficiario –cónyuge o excónyuge– percibiría la pensión en cuantía íntegra, salvo en supuestos de nulidad. Por cierto, en situaciones de concurrencia el precepto permite defender que esa regla de proporcionalidad afecta también al supérstite, pues no se precisa que para calcular la cuantía de su pensión deban imputársele los períodos

[4] Vid. ATC 328/2007, de 12 julio.

[5] Vid. PÉREZ ALONSO, M.A.: *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 47 y ss.; BLASCO LAHOZ, J.F. y PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: *La última reforma de la Seguridad Social. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

de no convivencia, ni tampoco que tras la extinción del derecho de uno de los beneficiarios el supérstite tenga derecho a percibir esa parte de pensión[6].

La aclaración a estos interrogantes resulta especialmente pertinente, por cuanto los efectos de la reconciliación dependen, sin lugar a dudas, de cómo se calcule la pensión de viudedad en estos supuestos. Dicho de otra forma, si el cónyuge separado que disfrute de la pensión como único beneficiario tiene derecho al importe íntegro, la reconciliación no produce efecto alguno sobre la cuantía de la pensión (aunque sí, desde luego, sobre las condiciones de acceso, ya que en defecto de reconciliación como regla general necesitará acreditar que fue reconocida una pensión compensatoria). En la medida en que el cálculo proporcional quedaría limitado a las situaciones de concurrencia de beneficiarios, la reconciliación sólo jugaría un papel determinante en este escenario.

Aunque de la literalidad del precepto pueden extraerse esas conclusiones, resulta poco probable que el legislador de 2007 pretendiese realizar modificaciones de esa índole, pues no hay indicios ni evidencias en tal sentido. Como fácilmente puede comprobarse, el Preámbulo de la Ley 40/2007 omite cualquier referencia al respecto, y alguna de esas novedades, por resultar notablemente más ventajosa que en la situación precedente, podrían haber compensado el impacto socio-político de otras medidas más restrictivas. No conviene olvidar que alguna de las interpretaciones propuestas mejoraría la situación de determinados pensionistas de viudedad (divorciados o separados que fueran únicos beneficiarios), y con ello la ausencia de publicidad resulta extraña si la voluntad del legislador hubiera sido firme. Asimismo, las consecuencias de esas interpretaciones podrían conllevar mayores cargas al erario público, lo que resulta contradictorio en un contexto donde la voluntad expresa del legislador va en dirección opuesta. Tampoco cabe apreciar presión o excesiva sensibilidad social hacia los derechos de Seguridad Social de los excónyuges, pues las propuestas parecen dirigirse hacia su paulatina exclusión del ámbito de las prestaciones por muerte y supervivencia, y por ello no es fácil de explicar que el legislador haya querido mejorar sustancialmente alguna de las condiciones de percepción de su pensión (endureciendo significativamente otras, cierto es), al mismo tiempo, además, que se decantaría por reducir la cuantía de la pensión del cónyuge supérstite en caso de concurrencia de beneficiarios.

Debe recordarse, asimismo, que la Ley 40/2007 es plasmación legal del contenido del Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social firmado por los interlocutores sociales el 13 de julio de 2006, y de ese Acuerdo no puede deducirse, en absoluto, ninguna pretensión de cambio en ese sentido. Es probable que las dudas provengan simplemente de deficiencias evidentes en la técnica legislativa, y de un mal trasvase de las cláusulas de ese Acuerdo a la redacción de la Ley. Quizá, incluso, se apostó por acudir a redacciones legales previas, o clásicas, pues, a modo de ejemplo, el tenor literal de la DA 10ª Ley 30/1981 era ciertamente análogo («el derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o

[6] Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "Artículo 174", en MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *Ley General de Seguridad Social. Comentada con jurisprudencia*, Lay, Madrid, 2009, págs. 1262 y ss.; RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia*, Laborum, Murcia, 2009, págs. 197 y ss.; LOUSADA AROCHENA, J.F.: Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las Leyes 40/2007, de 4 de diciembre, y 26/2009, de 23 de diciembre, AS, nº 1, 2010 (BIB 2010\568); SALA FRANCO, T., ROQUETA BUJ, R., LÓPEZ BALAGUER, M., y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas en materia de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 113 y ss.; DESDENTADO DAROCA, E.: *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*, Bomarzo, Albacete, 2009, págs. 93 y ss.

prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido»). Precisamente a partir de ese precepto, y con esa redacción significativamente parecida a la hoy vigente, la STS de 21-3-1995[7] advirtió que «el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de su pensión la porción que ha de asignarse a este último».

Con estos precedentes, no sorprende que tanto la doctrina de suplicación[8] como la jurisprudencia se hayan decantado por una posición continuista, si bien esta no ha sido una cuestión especialmente litigiosa en los últimos años. Un repaso a la doctrina judicial reciente demuestra que en esta materia de pensión de viudedad para excónyuges la mayor parte de conflictos surgen cuando la Entidad Gestora deniega la pensión por no acreditar el solicitante la percepción de una pensión compensatoria. Sin embargo, recientemente el TS ha tenido ocasión de pronunciarse de manera directa sobre los derechos de los excónyuges, afirmando que, aun tras la Ley 40/2007, la «regla de proporcionalidad en la determinación de la cuantía de la pensión no limita su aplicación al caso de concurrencia de beneficiarios para distribuir entre ellos el importe de la prestación causada, sino que opera en todos los supuestos de crisis matrimoniales como un criterio de asignación del derecho en función del tiempo convivido»[9].

De este modo, el cálculo del importe de la pensión de viudedad de los excónyuges, o el reparto en situaciones de concurrencia de beneficiarios, se rige por las reglas clásicas. Esta precisión, como se dijo, es determinante en materia de reconciliación, pues si en supuestos de separación legal el cónyuge separado tiene derecho a la pensión de viudedad en cuantía íntegra, la reconciliación no tendría ningún efecto en la cuantía, y sólo sería valorado como requisito de acceso a la pensión cuando tras la separación legal no se hubiera pactado pensión compensatoria. La jurisprudencia reciente en materia de efectos de la reconciliación omite esa valoración, remitiéndose expresamente a la jurisprudencia tradicional, lo que indica que, al menos por el momento, los criterios interpretativos no han variado[10].

4. RECONCILIACIÓN Y PENSIÓN DE VIUDEDAD: EFECTOS SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN

Como bien se sabe, la LGSS no se pronuncia sobre las consecuencias de una eventual reconciliación, de modo que ha sido la jurisprudencia la que ha debido clarificar los efectos de la reanudación de la convivencia. Todo ello sin perjuicio, claro está, de la referencia expresa a la reconciliación en la Ley Orgánica de Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre), cuya DA 1ª dispone que «quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del Sistema Público de Pensiones causada por la víctima, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos».

[7] Recurso 1712/1993.
[8] Vid. SSTSJ de Cataluña de 14-9-2011 (recurso 7009/2010) y Andalucía/Sevilla de 1-3-2012 (recurso 1701/2011).
[9] Cfr. STS de 23-6-2014 (recurso 1233/2013), con un interesante voto particular que defiende la posición contraria.
[10] A modo de ejemplo, vid. STS de 23-4-2012 (recurso 3383/2011).

Al margen de esa especial previsión –que sigue una dinámica propia, pues esa reconciliación no implica necesariamente una ruptura matrimonial previa, sino que se refiere más bien al perdón de la víctima y a la continuidad de la convivencia[11]–, parece imprescindible acudir al Código Civil para concretar las consecuencias de la reconciliación en el sistema de Seguridad Social. Como ya se advirtió, la reconciliación produce efectos sobre la separación legal, de modo que la reconciliación comunicada al juzgado restablece plenamente el vínculo y permite reanudar la convivencia matrimonial en sentido jurídico; el matrimonio, así pues, desplegaría nuevamente los efectos que le son propios. En cambio, la reconciliación no provoca iguales efectos en caso de nulidad, ni de divorcio, de modo que, en materia de Seguridad Social, tanto la nulidad como el divorcio conducirán a la consideración como excónyuges de los afectados, sin que la reconciliación pueda alterar tal condición, ya que en ambos casos se produce jurídicamente la disolución del matrimonio, y no cabe su restablecimiento, sino, en su caso, la celebración de un nuevo enlace matrimonial.

De este modo, la reconciliación sólo tiene efectos, en este campo de la pensión de viudedad, en supuestos de separación legal, y la pretensión, ordinariamente, consiste en reducir o eliminar el impacto del cálculo proporcional. Un repaso a la jurisprudencia demuestra que en la mayoría de los casos el beneficiario de la pensión es único, y la demanda se inicia tras estimar el INSS que la separación legal impide en todo caso reconocer una pensión de viudedad en cuantía íntegra. En realidad, cabe distinguir dos problemas distintos. El primero de ellos consiste en determinar los requisitos para que la reconciliación se estime producida jurídicamente. El segundo de ellos se refiere al cálculo de la cuantía de la pensión del beneficiario una vez producida legalmente la reconciliación.

Respecto de los requisitos para la válida reconciliación, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo nunca ha tenido dudas sobre la necesidad de comunicación al juzgado. La STS de 15-12-2004[12] es contundente al pronunciarse sobre un supuesto de hecho en el que tras la separación legal continuó –prácticamente sin interrupción– la convivencia. La sentencia advierte que «en tanto subsista y no se modifique por una nueva resolución judicial la decretada situación de separación matrimonial, la convivencia conyugal resulta legalmente inexistente, por más que pueda seguir dándose en la práctica o de hecho», y ello es así «por las exigencias de la propia naturaleza de un Estado de Derecho», por cuanto «la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no puede surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha, en tanto no se obtenga el refrendo judicial modificador de la situación de separación y propio de la reconciliación matrimonial comunicada, oportunamente, al Órgano Judicial». Por consiguiente, del mismo modo que la separación de hecho no produce efectos suspensivos de la convivencia que puedan derivar en una minoración de la pensión de viudedad, la reconciliación de hecho no permite corregir en materia de Seguridad Social los efectos aparejados a la separación legal. Posteriormente, la STS de 2-2-2005[13] insistiría en la «necesaria publicidad, que, en principio, resulta predicable de las situaciones relativas al estado civil y si la sentencia que acordó la separación se inscribe en el Registro Civil (artículo 76 de la Ley del Registro Civil), también tendrá que

[11] Vid. SSTSJ de La Rioja de 19-6-2014 (recurso 90/2014) y de Andalucía/Granada de 23-1-2014 (recurso 2170/2013).
[12] Recurso 359/2004.
[13] Recurso 761/2004.

inscribirse la reconciliación, que sólo tiene acceso al Registro a través de la resolución que el órgano judicial debe dictar conforme al artículo 84 del Código Civil»[14].

Ciertamente, y como también se advirtió, la reconciliación de hecho puede tener efectos para quienes conocen la situación, por lo que esta contundencia judicial quizá podría matizarse en ciertas circunstancias. En este sentido, alguno de los recursos ha cuestionado directamente la condición de «tercero» del INSS, con el fin de conseguir que la reconciliación no comunicada contase con los efectos pertinentes. La STS de 23-2-2005[15] reconoció que el «INSS no es propiamente un tercero en sentido legal estricto, si consideramos sólo como tal al que entabla o mantiene de buena fe una relación de tipo contractual con los cónyuges (en ese sentido lo entiende el art. 61 párrafo tercero del CC»), pero afirmó que «desde una interpretación amplia del concepto, tercero es toda aquella persona, física o jurídica, que por no ser sujeto directo ni indirecto de la relación de convivencia, se encuentra en una posición externa y ajena a ella; por esa razón, es lógico que no le pueda afectar la reanudación de la convivencia, si ésta, porque así lo han decidido libre y voluntariamente los cónyuges, se desenvuelve en el terreno de lo puramente fáctico y sin ningún efecto jurídico fuera del marco matrimonial; lo que no es obstáculo, por supuesto, para que dentro de él produzca la eficacia que le reconoce el art. 84 CC. Desde ese prisma cabe afirmar que, si cualquier persona ajena al matrimonio es un tercero, con mayor razón debe ser considerado así el INSS, que en su condición de gestor de un patrimonio que debe administrar con el rigor que exige su naturaleza pública y su destino solidario, estaría, en caso contrario, inerme para combatir o cuestionar situaciones *de facto* que se desenvuelven en el terreno de la intimidad».

En esta sentencia, asimismo, se aclara que la comunicación al juzgado no es en sí misma una exigencia en materia de pensión de viudedad, sino un medio de prueba, puesto que la «convivencia reanudada –o el "tiempo vivido" tras la separación, en términos del art. 174 LGSS– es un hecho que, por producir el efecto jurídico de incrementar la pensión, necesita ser probado», y la «única forma de acreditar fehacientemente tal hecho, es precisamente la comunicación al juzgado que prevé el art. 84 del CC». En esta línea, «la comunicación de la reconciliación al juzgado es el único medio de defensa de la Entidad Gestora frente a las numerosas peticiones de incremento de pensión que sin duda habrán de plantearse, y que pretendan basarse en la simple declaración de testigos, necesariamente muy próximos al círculo matrimonial y en muchas ocasiones muy vinculados emocionalmente con él, o en documentos o certificados que a lo más, podrán demostrar la realidad de una "vida en el mismo domicilio" de la que habla el art. 87 Código Civil, pero no la efectiva reanudación de la convivencia o de la reconciliación de los cónyuges, que sólo puede tenerse por válidamente acreditada cuando así la ponen estos, libremente, en conocimiento del juez que decretó su separación»[16]. Con mayor contundencia incluso, la STS de 16-7-2012[17]

[14] En el mismo sentido, vid. SSTS de 25-9, 2 y 26-10, y 28-11-2006 (recursos 3169/2005, 1925/2005, 3163/2005 y 672/2006), de 24-7-2007 (recurso 3410/2006), de 28 y 29-5 y 21-7-2008 (recursos 1863/2007, 1279/2007 y 2705/2007), de 21-7 y 7-12-2011 (recursos 4066/2010 y 867/2011), de 23-4-2012 (recurso 3383/2011).

[15] Recurso 6086/2003.

[16] En el mismo sentido, STS de 28-2-2006 (recurso 5276/2004), en el que se añade que la modificación del art. 84 CC por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que supone que la reconciliación debe ser comunicada al Juez separadamente por los cónyuges, «en nada vendría a alterar lo que hasta ahora se ha argumentado, puesto que pervive la exigencia de que se comunique la reconciliación al Juez que entendió o haya entendido del litigio de separación para que pueda hablarse de convivencia con relevancia jurídica a los efectos que se discuten en el presente recurso».

[17] Recurso 3431/2011.

afirma que «notorio es lo sabido por todos, lo que es público y consta en registros públicos y no lo que es conocido por algunos vecinos, empleados de banca y otras personas que ven la convivencia pero ignoran la calificación jurídica de la relación existente entre los convivientes».

En relación con el segundo de los problemas planteados, el INSS ha apostado siempre por un cálculo proporcional de la cuantía, incluso en situaciones de válida reconciliación y con un único beneficiario. Por consiguiente, una vez calculado el importe de la pensión global el beneficiario no percibiría la cuantía íntegra, sino una parte proporcional al tiempo de convivencia, que se compondría de dos –o más períodos–, en atención a las separaciones legales y a las reconciliaciones efectivamente comunicadas al juzgado. Por tanto, los tiempos de no convivencia perjudicarían al beneficiario, pues reducirían el importe de la pensión finalmente percibida. Esta línea interpretativa ha sido defendida por la jurisprudencia ya desde la primera ocasión en que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ocupó de los efectos de la reconciliación en materia de pensión de viudedad. En este sentido, la STS de 20-1-2004[18] (aunque no se había comunicado al juzgado la reconciliación, se trata de ofrecer una doctrina de más amplio alcance) acudió al art. 84 CC («La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio») para asegurar que la reconciliación no puede tener «efecto retroactivo, como así se desprende de la propia literalidad del precepto cuando se utiliza la expresión de "sin efecto ulterior"». Se añade que en el art. 84 CC «no se contiene ninguna expresión que pueda conducir a la interpretación de que la virtualidad de la decisión judicial de dejar sin efecto lo resuelto en el proceso de separación produzca el de hacer inexistente a los efectos de la convivencia el período en el que la misma no existió», y, por tanto, ese precepto no «puede suponer la eliminación de la realidad material que consiste en el hecho de que durante el tiempo que media entre la separación y la reconciliación no hubo vida en común o tiempo vivido, con el cónyuge fallecido».

El supuesto de hecho, ciertamente, es peculiar, porque no se comunicó la reconciliación al juzgado en el momento en que se produjo, pero tras el fallecimiento del causante su esposa consiguió que se dictara sentencia dejando sin efecto la anterior sentencia de separación. La Sala, como se ha dicho, entiende que no se produce de este modo una subsanación, y no puede entenderse que el matrimonio continuó ininterrumpidamente desde su inicio hasta la muerte del esposo, sino que toma en consideración el tiempo de cese en la convivencia. Esta doctrina parece fácilmente extrapolable a los supuestos de efectiva comunicación de la reconciliación, pues los paralelismos son evidentes, máxime cuando el último párrafo del FJ 3º comienza con un significativo «aun prescindiendo del hecho de que no se puso la reconciliación en conocimiento del Juez», lo que da fe de la pretensión de elaborar una respuesta no basada exclusivamente en la inexistencia de esa comunicación.

No obstante, resulta difícil compartir esa doctrina, al menos si se parte de las premisas tradicionales, en las que el excónyuge tiene derecho a una parte de la pensión en proporción al tiempo de convivencia (porque su pensión es «asimilada a la de viudedad»[19]), mientras

[18] Recurso 91/2003.
[19] Vid. STS de 26-5-2004 (recurso 3103/2003).

que el cónyuge supérstite disfruta de un derecho pleno, y por tanto de la totalidad de la pensión excepto la parte que corresponde a los excónyuges, de la que podría disfrutar sobrevenidamente si se extingue el derecho de los otros beneficiarios. Recuérdese que la pensión del excónyuge no se incrementa por tales circunstancias –precisamente por la regla de proporcionalidad–, a salvo de que eventualmente la cuantía se haya visto minorada por la necesidad de respetar el mínimo del 40% para el cónyuge supérstite previsto en el segundo párrafo del art. 174.2 LGSS. En esos términos, el cálculo del porcentaje de pensión de viudedad que corresponde al supérstite no toma en consideración exclusivamente el tiempo de convivencia, sino también los períodos de no convivencia.

Dicho de otra forma, si un cónyuge separado legalmente concurre con el cónyuge supérstite entre los dos se repartirán el 52% de la base reguladora, o, lo que es lo mismo, la pensión íntegra. Sin embargo, y en atención al criterio expuesto, si el separado legalmente se reconcilia sería tratado como excónyuge, con una pensión proporcional a la suma de dos períodos de convivencia, pese a que formalmente es un cónyuge supérstite y le debería por tanto corresponder la pensión completa, sin proporcionalidad, porque es incoherente exigir un reparto consigo mismo. No conviene olvidar que la STS de 20-1-2004 fue la primera dictada por la Sala Cuarta valorando los efectos de la reconciliación, y por ello conviene acoger esa doctrina con cierta cautela; no cabe equiparar en modo alguno los efectos de la reconciliación no comunicada al juzgado de la efectivamente comunicada, pues en tal caso la convivencia se reanuda y el matrimonio se restablece con todos sus efectos. A la postre, el cálculo proporcional en estas situaciones penalizaría a quien se ha reconciliado con el causante tras la separación legal, ya que este criterio de proporcionalidad no se aplicaría si cualquier otra persona fuera el cónyuge supérstite.

5. PENSIÓN DE VIUDEDAD SIN COMUNICACIÓN DE LA RECONCILIACIÓN AL JUZGADO: LA CONSIDERACIÓN DE PAREJA DE HECHO COMO ALTERNATIVA

Hasta tiempos recientes, la ausencia de comunicación al juzgado de la reconciliación efectivamente producida tenía efectos muy negativos para el interesado, pues era tratado como excónyuge en materia de pensión de viudedad, con la disminución correspondiente del importe de su pensión. Tras la reforma operada por la Ley 40/2007 las consecuencias podrían ser incluso más negativas, toda vez que los excónyuges sólo pueden acceder a la pensión de viudedad si tienen reconocida la pertinente pensión compensatoria. En ese escenario, es plausible, y desde luego frecuente en la práctica, que el cónyuge supérstite previamente separado y después reconciliado con el sujeto causante no pueda disfrutar de la pensión de viudedad como cónyuge supérstite si la reconciliación no fue comunicada al juzgado, ni tampoco en condición de excónyuge, si en su momento no se pactó pensión compensatoria (parece suficiente el pacto, aunque no se esté percibiendo de forma efectiva en el momento del fallecimiento del causante)[20].

Ahora bien, desde esa misma reforma legal ya mencionada, Ley 40/2007, la pensión de viudedad no queda restringida al matrimonio, sino que cabe disfrutar de la misma en caso

[20] Vid. STS de 1-4-2014 (recurso 64/2013).

de convivencia de hecho. Conviene recordar que la STS de 15-12-2004[21] ya señaló que «la convivencia real entre cónyuges judicialmente separados, que no han pretendido del Órgano Judicial competente la resolución consecuente a una propia reconciliación matrimonial, resulta, perfectamente, asimilable a la conocida como "unión de mero hecho" o *unión more uxorio*", la que, de momento y sin perjuicio de las modificaciones legales que en un futuro próximo puedan producirse en la legislación española, no alcanza a tener virtualidad jurídica alguna desde una perspectiva jurídico matrimonial».

Desaparecido el obstáculo legal, procede plantearse si en supuestos de separación legal es posible acceder a la pensión de viudedad a partir de una convivencia de hecho, por más que la STS de 23-4-2012 haya descartado la aplicación «por analogía a la pensión de viudedad derivada del matrimonio los principios basados en la interpretación de las normas aplicables a la viudedad en las parejas de hecho»[22]. La respuesta es claramente afirmativa en supuestos de divorcio o nulidad, por cuanto el matrimonio previo se considera disuelto, pero no es tan evidente tras una separación legal, ya que el vínculo matrimonial sigue vivo y únicamente se ha interrumpido la convivencia. Desde esta perspectiva, la separación legal produciría una suerte de suspensión del contrato matrimonial, a diferencia del divorcio, que daría lugar a la extinción, y de la nulidad, que implicaría en cierto modo su inexistencia. De ahí que tras el divorcio y la nulidad los interesados puedan volver a contraer matrimonio, o a iniciar una convivencia de hecho con efectos jurídicos, pero que tras la separación no sea posible celebrar un nuevo matrimonio, ni, en principio, comenzar una convivencia de hecho reconocida legalmente.

En efecto, y al menos en el contexto de la pensión de viudedad, el art. 174.3 LGSS aclara que «se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años». En aplicación de ese precepto, no cabe duda de que ninguno de los cónyuges separados legalmente puede constituir con una tercera persona una pareja de hecho apta para acceder a la pensión de viudedad, pues están impedidos para contraer matrimonio, según establece específicamente el art. 46.2 CC, y tendrían un vínculo matrimonial vivo –aunque temporalmente en suspenso– con otra persona.

Sin embargo, se podrían suscitar dudas acerca de la posibilidad de acceder a la pensión de viudedad como pareja de hecho del propio cónyuge separado en supuestos de reconciliación no comunicada al juzgado. Evidentemente, la línea de razonamiento que conduciría a una solución de esa índole resulta ciertamente alambicada, y obliga a sortear una serie de obstáculos. En este sentido, la STS de 17-7-2013[23] afirmó que «no tiene ninguna lógica exigir el requisito de formalización de una relación de pareja de hecho a quienes son cónyuges, aunque estén separados», porque «el título de la convivencia marital desarrollada tras la reconciliación de los cónyuges separados es […] el propio vínculo matrimonial no disuelto». La sentencia no desarrolla el argumento, pues no entra al fondo del asunto al no

[21] Recurso 359/2004.
[22] Recurso 3383/2011.
[23] Recurso 3909/2011.

apreciar la debida contradicción, pero de la contundencia de las expresiones transcritas podría deducirse que el TS no es partidario de una equiparación entre la convivencia producida tras la reconciliación de los cónyuges separados y la que deriva de una convivencia de hecho ordinaria que encaje en el art. 174.3 LGSS. O, dicho de otra forma, la Entidad Gestora no podría exigir que la convivencia que deriva de la reconciliación no comunicada al juzgado cumpla los requisitos del art. 174.3 LGSS para lucrar la pensión de viudedad. Conviene señalar que al no admitirse la contradicción adquirió firmeza la sentencia recurrida (y con ello se concedió la pensión), en un supuesto «ciertamente singular», según el propio TS (FJ 1º), por cuanto el primer período de convivencia previo a la separación duró más de veinte años, la separación legal únicamente dos, y la convivencia tras la reconciliación no comunicada al juzgado otros veintidós años, habiendo nacido seis hijos de esa relación. En tales circunstancias, más de cuarenta años de matrimonio con sólo dos de separación legal (producidos veinte años antes del fallecimiento del causante), la argumentación de la sentencia de instancia favorable al reconocimiento de la pensión, y sin duda también la apreciación de falta de contradicción, se enmarcan en esa vertiente humanizadora que en ocasiones impregna la jurisprudencia social.

Esa línea interpretativa *pro beneficiario* explica, seguramente, que la STS de 4-3-2014[24] llegue a una solución aparentemente contraria también en un supuesto de reconciliación no comunizada al juzgado. En concreto, el matrimonio, del que nacieron dos hijos, había durado dieciocho años, la separación (en la que no se pactó pensión compensatoria) apenas año y medio, y la convivencia posterior no comunicada al juzgado, pero sí formalizada en escritura pública, once años más. La sentencia recurrida había rechazado la pretensión de la viuda por considerar aplicable el art. 174.2 LGSS, y no el art. 174.3 LGSS, puesto que aun separados legalmente los interesados se encontraban válidamente casados. El TS corrige parcialmente, sin citarla, la afirmación efectuada unos meses antes en la sentencia de julio de 2013, admitiendo expresamente que en supuestos de separación matrimonial los cónyuges pueden constituir una convivencia de hecho que formalmente encaje en el art. 174.3 LGSS.

La sentencia, admitiendo que se cumplen las exigencias de formalización y convivencia mínima establecidas en ese precepto, por no resultar aspectos controvertidos, sólo analiza la eventual existencia de un impedimento matrimonial. Y, en ese escenario, se muestra contundente al advertir que el requisito de no tener «vínculo matrimonial con otra persona» admite que los convivientes estén casados entre sí. En realidad, da la impresión de que la sentencia no tiene como principal objetivo deslindar entre matrimonio y convivencia de hecho en situaciones de reconciliación de separados legales, sino más bien de precisar que la aplicación de normas pensadas para otras realidades no puede dar lugar a un resultado absurdo. Más allá de la argumentación jurídica en sentido estricto, que no es especialmente prolija, la sentencia efectúa dos afirmaciones que dan muestra inequívoca de su voluntad. En la primera de ellas se constata «la diabólica situación de que el INSS niega la pensión de viudedad, desde la situación matrimonial por no reunir los requisitos, pero también desde la situación de pareja de hecho, por haber contraído matrimonio con otra persona» (diferencia significativa en todo caso, pues como excónyuge la cuantía de la pensión se calcularía proporcionalmente al tiempo de convivencia, mientras como conviviente de hecho contaría

[24] Recurso 1593/2013.

con una prestación íntegra). En la segunda se niega el fraude de ley o el abuso de derecho «por parte de la actora para lucrar la pensión de viudedad por el hecho de mantener el vínculo matrimonial –que ha sido único y del que han nacido dos hijos– con el causante». A ello se añade la insistencia en que la ausencia de vínculo con otra persona «se refiere obviamente a un tercero ajeno a ambos, por lo cual, como no podía ser de otra manera, nada impide la existencia de vínculo matrimonial entre ambos, que a los fines pretendidos no puede constituir un obstáculo –sino al contrario– para lucrar la pensión de viudedad».

Como se desarrollará en el último epígrafe, aunque de esta sentencia pudiera entenderse que el art. 174.3 LGSS resultará aplicable a la convivencia que tiene lugar tras la reconciliación de los cónyuges separados, es probable que si se producen supuestos de hecho similares se considere que en estas situaciones no hay en realidad convivencia de hecho, sino restablecimiento pleno de la convivencia marital, que permitiría acceder a la pensión de viudedad como cónyuge supérstite. La aplicación directa del art. 174.3 LGSS no resulta suficientemente convincente, pues a pesar de ingenios o artificios gramaticales para eludir la exigencia de «vínculo matrimonial con otra persona», no puede obviarse que los cónyuges separados incumplen el requisito mencionado justo antes que ese en el art. 174.3, ya que para constituir válidamente una pareja de hecho los interesados no deben encontrarse «impedidos para contraer matrimonio». El art. 46.2 CC impide contraer matrimonio a «los que estén ligados con vínculo matrimonial», de modo que el art. 174.3 LGSS no puede resultar de aplicación a quien se separa legalmente, siendo indiferente que la convivencia se produzca con su propio cónyuge tras reconciliación, o con una tercera persona. Lo que debe cuestionarse no es la equiparación entre reconciliación no comunicada y convivencia de hecho, sino la rigidez de la línea jurisprudencial que no reconoce ningún efecto en materia de pensión de viudedad a la reconciliación de los cónyuges separados no comunicada al juzgado[25].

6. LA RECONCILIACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO

Lógicamente, la reconciliación de las uniones de hecho se rige por criterios muy distintos a la reconciliación en situaciones de vínculo matrimonial, toda vez que no hay reglas expresas en la legislación estatal sobre la forma de disolución de las parejas de hecho, ni sobre los efectos jurídicos de la finalización de la convivencia. El carácter «de hecho» de la convivencia implica que la eventual ruptura se mueve en esos mismos parámetros «de hecho», pero incluso sin requisitos específicos de formalización análogos a los que se contienen en el art. 174.3 LGSS para la constitución de la pareja de hecho. Las normas autonómicas sobre parejas de hecho sí contemplan las causas de extinción de la convivencia de hecho, que puede producirse de común acuerdo, por voluntad unilateral de una de las partes, por fallecimiento, por matrimonio (bien sea entre los convivientes, bien sea de uno de ellos con otra persona) o por cese efectivo de la convivencia durante cierto tiempo (un año por norma general, aunque en ocasiones son suficientes seis meses[26], tres meses[27] y en otros el simple cese de la convivencia[28]). En esos supuestos debe instarse la cancelación de la

[25] Vid. GALA DURÁN, C.: *Pensión de viudedad, situaciones de crisis matrimonial y parejas de hecho*, RDS, nº 63, 2013, pág. 176.
[26] Vid. art. 9 Ley de Canarias 5/2003, de 6 de marzo; art. 6 Ley de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre.
[27] Vid. art. 5 Ley de Valencia 5/2012, de 15 de octubre.
[28] Vid. art. 234.4 Ley de Cataluña 25/2010, de 29 de julio.

inscripción registral, cuando la pareja esté inscrita en un registro público –si bien ese trámite no parece condición *sine qua non* para la efectiva extinción de la pareja de hecho–[29], y en algún caso se contempla expresamente la posibilidad de pactar pensiones compensatorias[30] y alimenticias[31].

A esta inicial precisión conviene añadir, en el específico ámbito de la pensión de viudedad, que el reconocimiento de la condición de beneficiario en estas situaciones queda constreñido al conviviente de hecho supérstite, quedando excluidas, por tanto, las parejas de hecho «históricas». De este modo, mientras que en el caso de los supérstites la diferencia está en los requisitos exigidos para acceder a la condición de beneficiario como cónyuge o como conviviente de hecho, en el caso de anteriores relaciones la diferencia estriba en que los excónyuges pueden acceder a una parte proporcional de la pensión, mientras que los exconvivientes de hecho están excluidos en todo caso.

Ahora bien, la condición de expareja de hecho quizás podría desplegar algún efecto en materia de pensión de viudedad, condicionado a la reconciliación. Por ejemplo, cabría plantearse si ante el incumplimiento del requisito de cinco años de convivencia previos al fallecimiento del causante puede aducirse que el último período de convivencia no es el único acreditado entre los causantes, sino que existen otros períodos previos, debidamente formalizados, que sumados al último permitirían reunir el requisito. La literalidad del art. 174.3 LGSS impide acoger tal interpretación, ya que el precepto exige «una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años». La redacción del precepto es suficientemente explícita, y el carácter ininterrumpido no se puede eludir. Además, conviene tomar en consideración que la reconciliación de los excónyuges sólo despliega efectos en situaciones de separación legal, y no de divorcio, ya que en tal caso se produce una ruptura del vínculo. Sin perjuicio de las dificultades de prueba, si se acreditase una finalización de la convivencia de la pareja de hecho, y más si esa ruptura se formaliza en el registro o en escritura pública, la situación resultante es sin duda más próxima al divorcio que a la separación legal, y por ello la reconciliación no desplegaría efectos[32]

Por otra parte, ese período previo de convivencia, seguido de ruptura y posterior reconciliación, podría ser invocado para mejorar la cuantía en situaciones de concurrencia de beneficiarios. Esta situación únicamente podría producirse si se entiende que el supérstite tiene un derecho a una parte proporcional al tiempo convivido, y no la totalidad de la pensión, excluida la parte que corresponde a los excónyuges. Como ya se dijo, la jurisprudencia mantiene hasta el momento las reglas de reparto tradicionales, pese al cambio de redacción del art. 174 LGSS tras la Ley 40/2007, y con ello la pareja de hecho supérstite, si reúne el requisito de convivencia ininterrumpida tras la reconciliación, disfrutará del

[29] Vid. art. 4 Ley de Asturias 4/2002, de 23 de mayo; art. 4 Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio; arts. 18 y 19 Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo; art. 5 Ley de Extremadura 5/2003, de 20 de marzo. En cambio, la cancelación parece imprescindible en la Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo.

[30] Vid. art. 12 Ley de Andalucía 5/2002, de 16 de diciembre; art. 9 Ley de Baleares 18/2001, de 19 de diciembre; art. 310 Decreto Legislativo de Aragón 1/2011, de 22 de marzo.

[31] Vid. art. 234.10 Ley de Cataluña 25/2010, de 29 de julio.

[32] Vid. MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: *La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social*, AS, nº 6, 2008 (BIB 2008\1180).

mismo importe de pensión se compute o no el tiempo previo a la primera ruptura, ya que los períodos de no convivencia benefician al supérstite.

7. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha visto, el Tribunal Supremo sostiene formalmente que la reconciliación sólo puede ser tomada en consideración en materia de pensión de viudedad cuando los cónyuges separados judicialmente comuniquen al juzgado su nueva situación, poniendo fin de esa forma a la separación judicial. Sin embargo, dos sentencias recientes permiten cuestionar que esa respuesta tradicional vaya a mantenerse sin fisuras hacia el futuro, toda vez que se prescinde de interpretaciones técnicas para valorar la situación de necesidad en el caso concreto, con el fin de reconocer una pensión de viudedad cuando se detecta una situación real de necesidad. Es, pues, una manifestación más de la conocida jurisprudencia humanizadora, porque se admite que los cónyuges separados judicialmente que se reconcilien de hecho puedan acceder a la pensión de viudedad en condición de pareja de hecho.

La doctrina jurisprudencial, obviamente, puede variar, pues los criterios interpretativos se aquilatan por el tiempo, la experiencia y la necesidad de abordar las peculiaridades de cada supuesto de hecho. No puede sorprender, por consiguiente, que incluso líneas jurisprudenciales sin aparentes fisuras presenten algún resquicio cuando han de aplicarse a situaciones con rasgos característicos y no completamente equiparables a los que justificaron inicialmente la adopción de esos criterios interpretativos. Como se sabe, en el ámbito de los derechos sociales es muy habitual contraponer, e incluso confrontar, la interpretación técnica con la justicia, considerando que los cánones exegéticos tradicionales dan lugar a un resultado no querido desde la perspectiva de la justicia social.

En principio, no parece probable que el TS vaya a modificar sustancialmente su posición en relación con los efectos de la reconciliación de los cónyuges en materia de pensión de viudedad. La comunicación al juzgado seguirá siendo un requisito para tomar en consideración el tiempo de convivencia posterior a la reconciliación, lo que podría suponer, por cierto, la imposibilidad de disfrute en todos aquellos casos en los que no se hubiera pactado una pensión compensatoria.

Sin embargo, la STS de 4-3-2014[33] y el peculiar precedente de la STS de 17-7-2013[34] constituyen dos indicios de que esa aparentemente sólida doctrina empieza a admitir excepciones. Es poco probable que esas sentencias se decanten por aplicar en todo caso los requisitos de las parejas de hecho a la convivencia posterior a la reconciliación no comunicada al juzgado, porque esa es una fórmula demasiado voluntarista, y no en todos los casos se habrá formalizado la reconciliación en escritura pública. Más bien parece que el Tribunal trata de alertar sobre una laguna legal que da lugar a interpretaciones administrativas desmesuradas. Dicho de otro modo, la sentencia indica al INSS que en determinadas situaciones la pensión de viudedad debe ser reconocida, bien sea por la vía del matrimonio, bien por la vía de la convivencia de hecho.

[33] Recurso 1593/2013.
[34] Recurso 3909/2011.

En realidad, no parece determinante que la convivencia tras la reconciliación reúna los requisitos legales para la conformación de una pareja de hecho, sino que estas sentencias probablemente conducirán a otra línea jurisprudencial que abogue por reconocer como auténticos cónyuges supérstites a determinados cónyuges reconciliados tácitamente, que no deben merecer la consideración de excónyuge –ni reunir los requisitos exigidos a estos– si concurren determinadas circunstancias. Esas condiciones vienen recogidas expresamente en la STS de 4-3-2014, pero no en los argumentos sobre el fondo, sino en el análisis sobre la existencia de contradicción. En efecto, el último párrafo del FJ 2ª advierte que «en ambos casos de trata de matrimonios, con hijos, que obtuvieron sentencia de separación reanudando posteriormente la convivencia por tiempo superior a cinco años con carácter inmediato al fallecimiento, y entre la fecha de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante han transcurrido más de diez años». Son requisitos apenas esbozados, pero es claro que las sentencias citadas de 2013 y 2014 no apuestan ya por negar cualquier efecto a la reconciliación no comunicada al juzgado cuando la duración del matrimonio es considerable, la separación legal breve, y el tiempo de convivencia entre la reconciliación y el fallecimiento amplio. El hecho de que esa reconciliación se formalice no parece relevante, pues en el análisis de la contradicción la STS de 4-3-2014 advierte que en la sentencia de contraste la reconciliación no se elevó a escritura pública, pero significativamente no se considera una diferencia sustancial.

Por consiguiente, parece apreciarse una cierta evolución en la jurisprudencia relativa a la reconciliación, de modo que si concurren los criterios antedichos, que serán objeto de progresiva concreción en el futuro, la separación legal se considerará subsanada o finalizada por esa reconciliación efectiva y duradera, y tras el fallecimiento de uno de los contrayentes en condiciones de convertirse en sujeto causante, el otro podrá acceder a la pensión de viudedad, presumiblemente en calidad de verdadero cónyuge supérstite, por lo que no le será de aplicación la exigencia de pensión compensatoria –al no poder considerarse excónyuge–, ni tampoco los específicos requisitos para las parejas de hecho, pues la equiparación entre reconciliación no comunicada y convivencia de hecho, aunque pudiera ser funcional en algunos supuestos, es técnicamente imprecisa y con justificación jurídica difusa. Es conveniente, sin duda, que el Tribunal Supremo precise esos criterios, para que el INSS cuente con pautas precisas en su aplicación práctica.

En fin, más allá de eventuales, y presumibles, cambios de criterio en la doctrina jurisprudencial, conviene también tener presentes los riesgos de recurrir a la comunicación al juzgado como único criterio para determinar si la reconciliación produce efectos o no en materia de pensión de viudedad, máxime cuando pueden existir indicios razonables de que la reconciliación efectivamente se ha producido, indicios que a menudo no escapan al control de las entidades gestoras del sistema (convivencia en el mismo domicilio, inclusión de uno de los cónyuges como beneficiario de asistencia sanitaria posterior a la separación legal, etc.). Aunque no se trate de hechos concluyentes, debe recordarse que la STEDH Muñoz Díaz vs. España[35] reconoció la pensión de viudedad a la supérstite de un matrimonio celebrado por el rito gitano no porque dicha forma matrimonial deba entenderse lícita y haya de desplegar plenos efectos, sino por la buena fe de la solicitante de la prestación, que consideraba que su relación era un auténtico matrimonio, válido y que desplegaba efectos

[35] De 8-12-2009, recurso 49151/07.

civiles, y, en segundo lugar, porque esa creencia había sido alentada por el comportamiento del Estado, cuyos actos habían generado esa apariencia de licitud; es, a la postre, una manifestación del principio de confianza legítima derivada de la actuación de la Administración. En atención a las circunstancias, el hecho de que la reconciliación no haya sido comunicada al juzgado debe ceder ante la realidad, que es, o debiera ser, conocida por la entidad gestora, permitiendo que la reconciliación tácita genere los mismos efectos de la reconciliación expresa.

En esta misma línea, conviene precisar que el hecho de que la reconciliación no sea eficaz u oponible frente a la Seguridad Social podría repercutir asimismo en otro tipo de derechos aparejados a la prestación principal. Dicho de otro modo, los argumentos que permiten considerar como tercero a las entidades gestoras de la Seguridad Social, y al sistema en su conjunto, por la falta de comunicación, quizá no puedan utilizarse en relación con determinados sujetos privados, y en particular el empresario, cuando conozcan fehacientemente la reconciliación, lo que permitiría al trabajador o a sus beneficiarios solicitar mejoras voluntarias. No obstante, la mejora voluntaria viene ligada a que el sujeto cause –o el beneficiario pueda percibir– la pertinente prestación de Seguridad Social, por lo que si tal prestación no fuera reconocida, tampoco nace el derecho a la mejora voluntaria.

En esta misma línea, conviene precisar que el hecho de que la reconciliación no sea eficaz u oponible frente a la Seguridad Social podría repercutir asimismo en otro tipo de derechos aparejados a la prestación principal. Dicho de otro modo, los argumentos que permiten considerar como tercero a las entidades gestoras de la Seguridad Social, y al sistema en su conjunto, por la falta de comunicación, quizá no puedan utilizarse en relación con determinados sujetos privados, y en particular el empresario, cuando conozcan fehacientemente la reconciliación, lo que permitiría al trabajador o a sus beneficiarios solicitar mejoras voluntarias. No obstante, la mejora voluntaria viene ligada a que el sujeto cause –o el beneficiario pueda percibir– la pertinente prestación de Seguridad Social, por lo que si tal prestación no fuera reconocida, tampoco nace el derecho a la mejora voluntaria.

En esta misma línea, conviene precisar que el hecho de que la reconciliación no sea eficaz u oponible frente a la Seguridad Social podría repercutir asimismo en otro tipo de derechos aparejados a la prestación principal. Dicho de otro modo, los argumentos que permiten considerar como tercero a las entidades gestoras de la Seguridad Social, y al sistema en su conjunto, por la falta de comunicación, quizá no puedan utilizarse en relación con determinados sujetos privados, y en particular el empresario, cuando conozcan fehacientemente la reconciliación, lo que permitiría al trabajador o a sus beneficiarios solicitar mejoras voluntarias. No obstante, la mejora voluntaria viene ligada a que el sujeto cause –o el beneficiario pueda percibir– la pertinente prestación de Seguridad Social, por lo que si tal prestación no fuera reconocida, tampoco nace el derecho a la mejora voluntaria.

El fraude en la Seguridad Social en tiempos de crisis
Social Security fraud in times of crisis

BORJA SUÁREZ CORUJO
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Resumen

El presente artículo aborda la lucha contra el fraude en la Seguridad Social, un asunto de relevancia creciente en el actual contexto de crisis económica. Y lo desde una doble perspectiva. La primera, más general, analiza las diversas manifestaciones de fraude, relacionadas con cotizaciones no realizadas, prestaciones indebidamente percibidas y la competencia desleal entre empresas; así como los diferentes instrumentos de los que disponen las autoridades públicas en su combate, que incluyen medidas preventivas y correctivas. La segunda parte se ocupa de las actuaciones desarrolladas en esta materia desde 2012, diferenciando las actuaciones de carácter normativo de otras más relacionadas con la colaboración institucional. Se subrayan los cambios en la orientación de la política de lucha contra el fraude y las insuficiencias que todavía deben ser corregidas.

Palabras clave

Fraude / seguridad social / crisis / prestaciones /cotizaciones

Abstract

This article deals with the combat against Social Security fraud. It is an issue of growing relevance in the current context of economic crisis. From a broad perspective, the article analyzes the diverse types of Social Security fraud that concerns evaded contributions, inaccurate spending of welfare benefits and unfair business practices. Attention is also drawn to the sort of actions used by public authorities in order to reduce fraud, including preventive and punitive measures. The second part treats of the actions brought about in this area since 2012, focusing on legal changes and institutional cooperation. Stressed is made on the new policy's orientation against Social Security fraud and those aspects that need to be corrected.

Keywords

Fraud /social security /crisis / benefits / social security contributions

> *"Piensan que tengo bien empleado lo que me pasa por haber trabajado en negro, y no se fijan en que, si lo hice, fue porque con lo que Esteban me daba en la carpintería no podía sacar mi casa adelante"*
>
> Rafael Chirbes, En la orilla

1. PUNTO DE PARTIDA: LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COMO CUESTIÓN DE FONDO

La sostenibilidad de la Seguridad Social, sus problemas –estructurales y/o coyunturales– de financiación, marcan más que ningún otro aspecto el actual debate en torno a la reforma del sistema, aquí en España y en los países de nuestro entorno europeo[1]. Respecto del caso español puede decirse que las últimas grandes reformas, 2011 y 2013,

[1] No significa ello que no haya preocupación por otros aspectos, señaladamente la adecuación de los sistemas de pensiones (*vid.* COMISIÓN EUROPEA y COMITÉ DE PROTECCIÓN SOCIAL, *Pension adecuacy in the European Union 2010-2050*, 2012). Sigue siendo muy relevante el denominado *Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles* de la COMISIÓN EUROPEA [16 febrero 2012, COM(2012) 55 final], así como el interesante *Joint Report on Pensions. Progress and key challenges in the delivery of adequate and sustainable pensions in Europe*, también impulsado por la Comisión, junto al Comité de Política Económica y el Comité de Protección Social en 2010.

comparten como rasgo común que se presentan como actuaciones dirigidas a garantizar la sostenibilidad de las pensiones públicas a través de una reducción del gasto[2]. Con una diferencia importante, eso sí: mientras que la reforma de 2011 perseguía esa sostenibilidad con un endurecimiento de los requisitos de acceso a la pensión de jubilación pero preservando las señas de identidad del sistema, la reforma de 2013 (señaladamente la Ley 23/2013) utiliza la amenaza de viabilidad como pretexto para impulsar decididamente un cambio del modelo de pensiones[3].

Como planteamiento alternativo a la reducción del gasto –o contención de su incremento–, cabe defender la necesidad de incrementar los ingresos del sistema desde una doble perspectiva temporal. Primero, coyuntural, pues se trata de recuperar cuanto antes el nivel de ingresos previo a la crisis y que se desplomó como consecuencia de la intensísima destrucción de empleo y del proceso de devaluación salarial. Y, segundo, estructural, pues más allá de las tensiones financieras del momento presente provocadas por la caída de la afiliación, es indudable que en las próximas décadas habremos de afrontar un progresivo crecimiento del número de pensionistas como consecuencia del alargamiento de la esperanza de vida y de la jubilación de los *baby boomers*, esto es, del envejecimiento de la población.

Este necesario incremento de ingresos debería articularse fundamentalmente a través de la diversificación de las fuentes. En comparación con los países de nuestro entorno, el peso en la financiación de las prestaciones del sistema de la aportación del Estado vía impuestos generales es muy limitado[4]; luego parece un cauce natural para el desarrollo de esta orientación de la política de Seguridad Social. Ahora bien, no deberían descartarse ajustes adicionales en lo que hoy constituye la fuente principal de financiación, las cotizaciones sociales.

Sobre el papel puede considerarse que la carga asumida por empresarios y trabajadores a través de las cotizaciones es razonable, al menos si atendemos al tipo porcentual aplicable. Pero ello no significa que, sin necesidad de tocar los tipos, no quepa incrementar los ingresos procedentes de esta fuente a través de ajustes y medidas dirigidas a mejorar la eficiencia en la recaudación de las cotizaciones sociales.

Una primera fuga, lastre, relevante en la recaudación tiene lugar a través de los errores administrativos en el reconocimiento de prestaciones. No hablamos de algo anecdótico, al contrario: diversas estimaciones ponen de relieve que esta pérdida de recursos es en otros países europeos incluso más importante que el fraude[5]. No es, seguramente, el caso español que, por otro lado, se caracteriza por unos costes administrativos de gestión

[2] En gran medida, las principales modificaciones de calado introducidas por las sucesivas reformas en la regulación del sistema de Seguridad Social afectan directamente al modo de cálculo de las pensiones y, en concreto, a sus distintas variables: sea la determinación de la base reguladora (cada vez más vinculada a la trayectoria profesional), el tipo o porcentaje aplicable (condicionado por la edad –al alza– y por el número de año de cotización previa –un incremento importante–) o el (futuro) nuevo factor de sostenibilidad, llamado a actuar como coeficiente reductor de la cuantía de la pensión.

[3] Una buena ilustración de ello se encuentra en la *Actualización del Programa de Estabilidad 2014-2017* donde se compara el impacto de una y otra reformas (p. 79). Extensamente sobre este asunto: SUÁREZ CORUJO, B. *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad*, Thomson Reuters-Lex Nova, Valladolid, 2014.

[4] Véase al respecto: OCDE, *OECD Pensions Outlook 2012*, OECD Publishing, 2012, p. 50.

[5] Así es en varios países de la OCDE, como señalan: VAN STOLK, C. – ELMERSTICK, H. "The economic cost of Social Security fraud: a question of measurement and definition", *ual conference of the European Institute of Social Security on "Social security and fraud", Bulletin luxembourgeois des questions sociales*, vol. 30, 2013, pp.. 62.

bajos. En cualquier caso, la enorme cantidad de recursos económicos de los que dispone el sistema hace que la cuantía de este tipo de fuga sea apreciable, lo que pone de relieve la necesidad de contar con una administración de Seguridad Social que cuente con medios adecuados para el desarrollo eficiente de su función.

La atención de este trabajo se dirige, sin embargo, a la otra gran fuga del sistema: el fraude. A éste y a la lucha contra el mismo se han de dedicar las próximas páginas. Antes, interesa hacer un par de breves apuntes desde la perspectiva general de la sostenibilidad financiera de la Seguridad Social.

De una parte, cabe subrayar que las actuales tensiones financieras que sufre el sistema[6] intensifican la necesidad y legitimidad de articulación de medidas dirigidas a combatir el fraude en la Seguridad Social como actuaciones complementarias –el grueso de recursos debe venir de un diseño más ambicioso de las fuentes de financiación–, pero relevantes, dirigidas a garantizar la viabilidad del sistema[7].

Y, de otra, sin desconocer la vinculación que puede tener el fraude con la complejidad jurídica y administrativa del sistema –y, en última instancia, con una buena o mala gestión del mismo–, hay que distinguir dos tipos de comportamientos fraudulentos: unos, los que afectan a los ingresos por falta de cotización o infracotización; y otros vinculados al gasto en cuanto acceso indebido a prestaciones del sistema. No cabe duda de que la dimensión principal del fraude es el que afecta a la primera de éstas; y, sin embargo, la opinión pública parece mucho más sensible al fraude en las prestaciones, particularmente en aquellas por desempleo. Más adelante volveré sobre esta idea, pero conviene llamar la atención, ya en este punto, acerca del planteamiento ideológico que hay detrás de ello: se aprecia cierta 'culpabilización' de los perceptores de prestaciones[8], lo cual sirve para legitimar la intensificación de las medidas restrictivas en el control y, en última instancia, en el reconocimiento de los derechos[9].

2. CONSIDERACIONES GENERALES Y CONCEPTUACIÓN DEL FRAUDE EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Una caracterización básica del fraude en la Seguridad Social es aquella recogida en una Resolución del Consejo Europeo, de 22 de abril de 1999, sobre la materia[10], y que apunta a "(t)odo acto u omisión con el fin de obtener prestaciones de la Seguridad Social o de evitar la obligación de pagar las cotizaciones de la Seguridad Social infringiendo la normativa nacional de un Estado miembro en esta materia". Desde la perspectiva de la teoría general del Derecho, semejante definición puede resultar insuficiente por su laxitud y da pie en todo

[6] En 2012 y 2013 la Seguridad Social sufrió un "déficit" del 1,1 y del 1%, respectivamente.

[7] Véase: AIBAR BERNAD, J. "¿Qué se puede exigir a la Seguridad Social en época de crisis y cómo se puede favorecer su sostenibilidad económica, política y social?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, nº 375 (junio 2014), p. 52.

[8] Cabe traer a colación la obra de: WACQUANT, L. *Punishing the Poor, the Neoliberal Government of Insecurity*, Duke University Press, 2009.

[9] VONK, G. "Law and the rise of the repressive welfare state", *Annual conference…op. cit.*, pp. 121 ss.

[10] *Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 22 de abril de 1999, relativa a un código de conducta en el ámbito de la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros en materia de lucha contra el uso indebido de prestaciones de la seguridad social y el fraude en las cotizaciones a nivel transnacional y contra el trabajo no declarado y el trabajo temporal transfronterizo* [Diario Oficial C 125 de 6.5.1999]

caso a múltiples consideraciones adicionales[11]. Pero lo que aquí interesa son las manifestaciones concretas de fraude en el ámbito específico de la Seguridad Social y, desde este punto de vista, esa caracterización resulta válida en cuanto refleja la ya apuntada doble dimensión básica de las actuaciones fraudulentas: la que afecta a los ingresos del sistema de Seguridad Social, concretamente a las cotizaciones; y aquella otra que incide en el gasto, en el reconocimiento de prestaciones.

Detengámonos brevemente en cada una de estas esferas para desgranar su contenido[12], advirtiendo que el presente trabajo pone algo más de énfasis en la esfera de ingresos que en la de gastos por la mayor entidad de la primera y su mayor relevancia en el grave contexto de crisis económica y social que atraviesa nuestro país. (Adviértase, además, que siguiendo un criterio temporal, puede decirse que el fraude se produce a lo largo del despliegue de la acción protectora, lo que supone vincular las conductas reprochables a alguna de las siguientes fases: la correspondiente a la inscripción y el encuadramiento; la de cotización y recaudación de las cuotas; y la de la percepción de las prestaciones).

Comenzando por los ingresos, un sucinto repaso de los comportamientos fraudulentos más comunes debe tomar como referencia el incumplimiento –o cumplimiento defectuoso– de las obligaciones empresariales con la Seguridad Social en materia de actos de encuadramiento, de liquidación de las cotizaciones sociales y de recaudación de éstas. En paralelo a este criterio cronológico, cabría distinguir un primer gran bloque que incluyera el ocultamiento de las condiciones de empleador –con la consiguiente falta de inscripción de la empresa– y de trabajador –con la correspondiente, y más frecuente, falta de afiliación y/o alta–.

Un segundo bloque reuniría los diversos supuestos de 'infracotización' que a su vez podemos clasificar diferenciando las que abarcan fórmulas de defraudación directa y otras en las que ésta se produce de modo indirecto. En cuanto a aquéllas, y más allá de los polémicos cambios normativos recientes[13], es un fenómeno relativamente habitual la falta de correspondencia entre las bases de cotización y los salarios reales de forma que las empresas cotizan por remuneraciones inferiores a las realmente percibidas[14] o por remuneraciones que no se corresponden con las horas efectivamente trabajadas, algo cada vez más frecuente como consecuencia del uso (abusivo) de la contratación a tiempo parcial[15]. Dentro de estas fórmulas directas de 'infracotización' habría que incluir también las que resultan la aplicación indebida de bonificaciones y reducciones en las cuotas; un ámbito que, tras la rectificación que supuso el *Real Decreto-ley 20/2012*[16], ha ganado protagonismo a través de

[11] *Vid.* DÍEZ PICAZO, L. "El abuso del Derecho y en el fraude de la Ley en el nuevo Título Preliminar del Código civil y el problema de sus recíprocas relaciones", *Documentación jurídica*, 1974, pp. 1342 ss.; IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, R. *El abuso del derecho y en fraude de ley en el Derecho del Trabajo*, Colex, Madrid, 1989.

[12] Sirve de referencia: REINDL-KRAUSKOPF, S. – MEISSNITZER, M. "Types of Social Security fraud: A legal analysis", *Annual conference…op. cit.*, pp. 9 ss.

[13] Se alude a la Disposición Final 3ª del *Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores*.

[14] Lo que se conoce como *bogus low-scale employment* (REINDL-KRAUSKOPF, S. – MEISSNITZER, M. "Types of…", *op. cit.*, p. 11).

[15] Según CC.OO., las jornadas ilegales ascendieron a 11,5 millones de horas a la semana en 2013 lo que podría suponer una pérdida de cotizaciones a la Seguridad Social por valor de cerca de 3.000 millones de euros (*Gaceta Sindical*, nº 207, 2014).

[16] *De 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad*.

medidas tan polémicas –entre otras razones, por la dificultad de control– como la conocida como "tarifa plana" del *Real Decreto-ley 3/2014*[17].

Entre las fórmulas de fraude por 'infracotización' indirecta, cabría situar el caso de los 'falsos autónomos', otra realidad extendida en el actual contexto de crisis en la que la vinculación con la empresa queda condicionada a que el trabajador asuma íntegramente las cuotas sociales dándose de alta en el RETA, lo que suele dar lugar a una cotización por base mínima inferior en todo caso a la que le correspondería como asalariado[18]. Junto a ello, cabría igualmente referirse a comportamientos 'estratégicos' para reducir la cuantía de las cotizaciones, lo que podríamos denominar 'optimización de las cotizaciones sociales'. Entre estas irregularidades se incluirían como más destacadas las siguientes[19]: bajas simuladas a final de mes o en periodos vacacionales para ahorrar días de cotización; retribuciones no prorrateadas en las bases de cotización, o empresas insolventes que mantienen su actividad.

En general, estos comportamientos están estrechamente relacionados con el trabajo irregular y la economía sumergida. Aquí el fraude atañe a los recursos económicos, cotizaciones sociales, que el sistema no llega a ingresar; y esta merma de recursos limita la capacidad de la Seguridad Social para garantizar la adecuación de su acción protectora. Pero, junto a la vertiente colectiva del problema, es necesario tener presente el perjuicio que estos comportamientos (empresariales) provocan en términos de desprotección o 'infraprotección' en un plano individual. Enseguida volveré sobre ello.

La segunda gran esfera del fraude en la Seguridad Social es la que afecta al gasto, es decir, al reconocimiento de prestaciones indebido en cuanto resultado de una conducta fraudulenta. Se trata, por tanto, de maquinar para obtener prestaciones a las que el beneficiario no debería tener acceso por no cumplir los requisitos establecidos, para percibir prestaciones de cuantía superior a la que correspondería, o para prolongar indebidamente su disfrute.

Y ello se logra a través de determinado tipo de actuaciones[20] que abarcan desde la aportación de datos y documentos falsos –en el supuesto, por ejemplo, de empresas ficticias o de una cotización por bases más altas que las reales con el fin de incrementar la prestación finalmente percibida–, pasando por la simulación de una relación laboral que dé lugar a un alta fraudulenta, hasta la omisión de declaraciones obligatorias –como la que permite, por ejemplo, compatibilizar una prestación por desempleo con el desarrollo de una actividad profesional o seguir percibiendo una prestación tras el fallecimiento del beneficiario titular–.

[17] *De 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida*.

[18] Desde la perspectiva europea, también puede tener incidencia un uso fraudulento del desplazamiento (*bogus posting of workers*), esto es, la figura de los 'falsos desplazados' (*vid.* REINDL-KRAUSKOPF, S. – MEISSNITZER, M. "Types of…", *op. cit.*, p. 12).

[19] AIBAR BERNAD, J. "La lucha contra el fraude en el ingreso de recursos de la Seguridad Social", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, nº 351, 2012, p. 113.

[20] Alguna voz autorizada en la materia se refiere a "innumerables" manifestaciones (FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. *La Inspección de Trabajo frente al fraude de las prestaciones de Seguridad Social*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2012, p. 29), lo que se explica por las particularidades de cada una de las prestaciones. El mismo autor identifica tres conductas fraudulentas principales: aquella en la que el solicitante de la prestación intenta colocarse en una situación en la que aparentemente reúne los requisitos exigidos para obtener una prestación; aquellas otras en las que lo se pretende es alargar el tiempo de percepción de la prestación más allá del que correspondería; o, en fin, otras se persigue un incremento de la prestación mediante elevaciones indebidas de las bases de cotización utilizadas en el cálculo de la misma (*op. cit.*, p. 163).

En cuanto a las modalidades de prestación en las que resulta más frecuente un reconocimiento (inicial o mantenimiento posterior) indebido por fraudulento, sobresalen dos: la de incapacidad temporal y de desempleo.

Por lo que se refiere a la incapacidad temporal, cabe señalar que desde hace años el endurecimiento de las condiciones de acceso y disfrute del subsidio se presenta como una forma de lucha contra el absentismo laboral, en general. Desde esta perspectiva, subyace la idea de sospecha[21] o, al menos, desconfianza hacia el perceptor de la prestación, algo próximo a la cautela contra el fraude. Pero hay que tener en cuenta que las bajas de corta duración no tienen incidencia directa en el presupuesto de la Seguridad Social. Más bien son las empresas las principales perjudicadas, un resultado que, en parte, es el reflejo de la insuficiencia de otro tipo de políticas –la de conciliación, la familiar y la de la atención a personas dependientes, señaladamente–. Ello explica seguramente la presión empresarial que inspira el actual Proyecto de Ley de reforma de las mutuas[22]; y, en todo caso, alerta sobre las graves consecuencias en términos de protección que el endurecimiento de la regulación puede tener en los trabajadores en situación de baja laboral.

En cuanto a la contingencia de desempleo, cabe apreciar que las sucesivas reformas de la regulación de la acción protectora que se han llevado a cabo en esta materia desde al menos 2002 incorporan como elemento inspirador, junto a ese factor de sospecha, otro de culpabilización del desempleado. Ello explica que uno de los ejes fundamentales de esas modificaciones haya sido el reforzamiento de las exigencias en la acreditación de la voluntad de buscar empleo y de trabajar. Evidentemente este planteamiento es mejor recibido por la opinión pública en tiempos de bonanza que en un contexto de grave crisis económica y de empleo. Quizá por ello ahora queda en un segundo plano, pero es previsible un resurgimiento de esta 'preocupación' en otro contexto. Y lo cierto es que, sin negar la existencia de este tipo de comportamientos fraudulentos[23], reflejan un cambio en la orientación de la acción protectora.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que la obtención de prestaciones fraudulentas no afecte a otras contingencias como la maternidad[24], la incapacidad permanente o la jubilación[25]. Para empezar, y con carácter general, hay que tener presente que el régimen de incompatibilidad de la actividad profesional con cualquier prestación de la Seguridad Social es, casi siempre, muy restrictivo por mucho que el *Real Decreto-ley 5/2013*[26] haya ampliado las posibilidades de desarrollo de actividades profesionales por parte de los jubilados. Por eso no es de extrañar que esta sea la principal causa del fraude (simultanear trabajo y prestación)[27], unida a otro tipo de situaciones que derivan de la condición de socia de una entidad de la

[21] *Vid.* MERCADER UGUINA, J. R. "El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)", *Relaciones Laborales*, 2004-I, pp. 403 ss.

[22] *Proyecto de Ley 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.*

[23] Extensamente sobre este asunto: FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. *La Inspección…, op. cit.*, pp. 303 ss.

[24] Como ilustración, véanse: STSJ-Cantabria de 9 de diciembre de 2003 (rec. 719/2003); STSJ-Comunidad Valenciana 10 de abril de 2002 (rec. 2128/2000).

[25] En el caso de la incapacidad permanente, sobre todo por las limitaciones en el desarrollo de actividades lucrativas; y en el de jubilación, particularmente en la aplicación de las exigencias establecidas para la jubilación parcial.

[26] *De 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo*.

[27] Ampliamente sobre este particular: FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. *La Inspección…, op. cit.*, pp. 287 ss.

persona beneficiaria y al ya mencionado incremento de las bases reguladoras con el fin de mejorar la posterior prestación (‘compra’ de prestaciones).

Por lo demás, cabe completar la presentación de las manifestaciones de fraude en la Seguridad Social apuntando que existen importantes diferencias y particularidades en función del tamaño de las empresas afectadas o implicadas en esa práctica fraudulenta, un aspecto muy relevante a la hora de articular respuestas efectivas para combatir este tipo de comportamientos.

El último aspecto a tratar en este epígrafe atañe a la proyección de los efectos perniciosos del fraude que, de un modo más o menos directo, acaban perjudicando al sistema de Seguridad Social. La primera consecuencia negativa, la más evidente, es la reducción de los recursos disponibles para la articulación de la acción protectora, sea porque disminuyen los ingresos –cotizaciones que no se producen–, sea por el gasto adicional que implica el abono de prestaciones indebidas. Esta limitación de la capacidad del sistema para atender las necesidades sociales de la población trabajadora –esencialmente se piensa en el nivel contributivo financiado con cotizaciones sociales– tiene ramificaciones negativas que alimentan el discurso de la insostenibilidad de la Seguridad Social, que se ha intensificado en el actual contexto de crisis y de respuestas políticas ‘austericidas’.

Así, esta fuga de recursos puede ser considerada una manifestación de un uso ineficiente de recursos públicos que se traduce en una pérdida de credibilidad del sistema –y de legitimidad de la imposición de cuotas o impuestos para su financiación–. Todo ello supone, en última instancia un debilitamiento del apoyo de los ciudadanos a la Seguridad Social o, al menos, la resignación ante los recortes de la acción protectora.

En segundo lugar, y centrado en la vertiente de ingresos –frustrados, en este caso–, cabe apreciar una relación de causalidad entre el fraude en la cotización a la Seguridad Social y el deterioro de los derechos generados en el sistema: si las empresas no cotizan por sus trabajadores o si cotizan por menos de lo que correspondería, sea por fraude o por abuso en la aplicación de la regulación laboral –se piensa en la contratación temporal no justificada–, ese menor esfuerzo contributivo va a traducirse en una peor protección. La evidente conexión que se produce en este punto con el mercado de trabajo da pie a la reflexión acerca de las consecuencias negativas de la precarización del empleo cuya prolongación es la inseguridad social. De ahí la necesidad de contar con un mercado laboral basado en la estabilidad como soporte de una protección Social adecuada.

En tercer y último lugar, hay que llamar la atención sobre las implicaciones negativas que el fraude en la cotización, fundamentalmente, tiene en el desarrollo de la actividad empresarial. Hay que ser consciente –y es un motivo más para combatir el fraude–, que los ahorros de costes laborales por las empresas a través de estas vías fraudulentas constituyen una distorsión de la competencia o, si se prefiere, manifestaciones de competencia desleal. Por tanto, son también las propias empresas las interesadas en erradicar este tipo de conductas.

3. LA ARTICULACIÓN DE MEDIDAS PARA LA PERSECUCIÓN DEL FRAUDE EN LA SEGURIDAD SOCIAL

No es pretensión de este trabajo examinar de forma exhaustiva todas las medidas articuladas por los poderes públicos en la lucha contra el fraude en la Seguridad Social. De

forma más modesta, se trata de valorar las actuaciones en esta materia adoptadas en los últimos años[28]. Pero hacerlo con criterio exige realizar previamente algunas consideraciones generales sobre este tipo de respuestas que parta de la diferenciación de un doble ámbito de actuación: el de las medidas jurídicas de lucha contra el fraude dirigidas a la prevención, detección y sanción de comportamientos irregulares; y el de la colaboración institucional.

Desde una perspectiva conceptual, cabe hacer un intento de sistematización de las medidas de lucha contra el fraude en torno a dos grandes ejes[29]: la prevención –medidas preventivas y de control– y la corrección ejecutiva –medidas recaudatorias y sancionadoras–. Sin entrar en especificaciones acerca de los organismos que protagonizan este tipo de actuaciones –la Tesorería General de la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, principalmente, sin olvidar el Servicio Público de Empleo Estatal–, procede apuntar lo siguiente en torno a su contenido.

Dentro del primer eje de lucha contra el fraude, encontramos medidas propiamente preventivas, orientadas a evitar la morosidad, y entre las que destacan singularmente los aplazamientos[30], esto es, la autorización administrativa de una moratoria en el pago de las deudas con la Seguridad Social; una medida particularmente valiosa ante las dificultades de liquidez de las empresas en el actual contexto de crisis económica[31]. Junto a ello, también ha de hacerse referencia al fomento de la colaboración voluntaria de las empresas, uno de cuyos pilares es la facilitación de información adecuada y puntualmente actualizada. En cuanto a las medidas de control y vigilancia[32], cabe señalar que se dirigen a la detección de riesgos (de conductas fraudulentas)[33], si bien no siempre se articulan con el mismo grado de sofisticación[34], ni desde luego ofrecen siempre resultados igual de satisfactorios.

[28] Véase el sintético repaso de: TOROLLO GONZÁLEZ, F.J. "La Ley 13/2012 y la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social: antecedentes y contexto normativo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 158, 2013, pp. 221 ss.

[29] Véase, de nuevo, el ilustrativo trabajo de: AIBAR BERNAD, J. "¿Qué se puede…", *op. cit.*, pp. 65 ss.

[30] *Vid.* artículo 20 LGSS y artículos 31 a 36 del *Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social*.

[31] Con detalle sobre este tipo de política: AIBAR BERNAD, J. "¿Qué se puede…", *op. cit.*, pp. 59 ss.

[32] Sin ánimo exhaustivo, cabe traer a colación el artículo 78.2 LGSS que atribuye a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social "(l)a vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones que derivan de la presente Ley y, en especial, de los fraudes y morosidad en el ingreso y recaudación de cuotas de la Seguridad Social"; el artículo 54.2 del *Real Decreto 84/1996 de 26 de Enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social*, que reconoce las facultades de control de la Tesorería General de la Seguridad Social en relación con los actos de encuadramiento; y el artículo 229 LGSS que encarga a la entidad gestora del desempleo (Servicio Público de Empleo Estatal) el control sobre las prestaciones por esta contingencia.

[33] Sólo a título ejemplificativo, repárese en el control del alta de trabajadores relevistas en la jubilación parcial; de las altas improcedentes en situaciones de pluriactividad; de los primeros descubiertos de deuda acumulada de empresas grandes y medianas; del fraude en las prestaciones y subsidios por desempleo y del resto de prestaciones de la Seguridad Social; de las bajas indebidas por vacaciones y fiestas; de la falta de cotización por atrasos salariales previstos en convenio; de las retribuciones no prorrateadas en las bases de cotización; de la falta de cotización por superación de la jornada en contratos a tiempo parcial; o del uso indebido de bonificaciones, reducciones y exoneraciones.

[34] Señaladamente, el control de las empresas ficticias y las altas fraudulentas en la Seguridad Social dio lugar a un Plan de acción de la ITSS y de la TGSS en diciembre de 2010 en el que se perseguían conductas de simulación como la contratación de jubilados en otro país de la Unión Europea para el acceso a los complementos de mínimos; la contratación de trabajadores por periodos muy reducidos con el fin de obtener prestaciones del sistema; o la oferta de empleo, o contratación, para la obtención irregular de autorización para trabajar (véase: AIBAR BERNAD, J. "La lucha…", *op. cit.*, pp. 114-115).

El segundo gran bloque abarca las medidas correctivas dentro de las cuales cabe identificar, primero, aquellas recaudatorias (ejecutivas). En general, los principios de autotutela declarativa y ejecutiva ofrecen a la TGSS la aplicación de un procedimiento de recaudación ejecutiva por la vía de apremio que permite el embargo de los bienes del deudor, y antes la adopción de medidas cautelares. En este mismo plano –aunque también con un claro componente preventivo– debe situarse la derivación de responsabilidades en casos de fraude, en virtud de la cual, la Seguridad Social reclama la deuda a una persona distinta a la inicialmente obligada al pago al constatar la existencia de indicios de que esta última ha tratado por esta vía de eludir el pago de las cotizaciones.

En fin, el resto de medidas son de carácter sancionador proyectadas fundamentalmente en dos planos[35]: el administrativo, a través de la tipificación de infracciones, con sus correspondientes sanciones, en materia de Seguridad Social en el marco de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (artículos 21 a 32 LISOS); y el penal, que contempla varias figuras delictivas –la principal recogida en el artículo 307 CP– que serán objeto de análisis más adelante.

Junto a los medios personales y materiales, presupuesto esencial para la eficacia de las actuaciones de lucha contra el fraude descritas es una adecuada colaboración institucional que principalmente –aunque ni mucho menos de forma exclusiva– va a implicar en este campo a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la Inspección de Trabajo. El marco (legal) general viene determinado por previsiones como las contenidas en el artículo 79 LGSS –con una alusión concreta a la colaboración de los "servicios de la Seguridad Social" con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el desarrollo de la función de vigilancia que esta última tiene encomendada en esta materia por el mencionado artículo 78 LGSS–[36] y los artículo 9.3 y 10.2 de la *Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social* –en relación con el papel de esta última–[37].

Evidentemente, este marco teórico por si sólo no produce avances concretos; es necesario su desarrollo para su aplicación efectiva. Y en este punto un hito relevante fue la *Resolución conjunta, de 28 de julio de 2004, de la Secretaria de Estado de Seguridad Social y de la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que se fija el marco de relaciones para intensificar y hacer más eficaz la colaboración recíproca entre la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social y la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*. Con esta iniciativa, se abre en 2004 una etapa nueva en materia de lucha contra el fraude –que abarca otros ámbitos, más allá del específico de Seguridad Social– y en el que se estrechan los lazos de la Seguridad Social con

[35] En verdad, no son los únicos. Así, téngase presenta la vía prevista en el artículo 147 LJS: un procedimiento de oficio del SEPE en los casos de reiteración de contrataciones en los últimos cuatro años con acceso a prestaciones en la misma empresa (nótese que la condena judicial exige acreditar tanto la irregularidad de los sucesivos contratos temporales, como el hecho de que generaron una prestación indebida, conforme a la STS 30 de junio de 2009.

[36] Como referencias complementarias, véanse los artículos 36.4, 66 LGSS –en particular, las letras b), c), d), g) y h) de su apartado 1– y 66 bis LGSS.

[37] Véase igualmente el artículo 20 LITSS relativo a la relación entre las Administraciones Públicas.

otros departamentos de la Administración (Agencia Estatal de Administración Tributaria[38], Ministerio de Interior[39] o Comunidades Autónomas[40]).

En particular, esa resolución conjunta va a convertirse en la pieza angular de la colaboración entre la TGSS y la ITSS que se consolida, entre otras actuaciones, a través de la elaboración conjunta de un "Plan Anual de Objetivos para la lucha contra el fraude en materia de Seguridad Social", que vertebra las acciones que se han de llevar a cabo y los medios necesarios para ello. Semejante impulso es el germen de lo que vino a denominarse "Observatorio del fraude", la respuesta institucional más ambiciosa articulada hasta la fecha[41], pero que, como veremos, no ha contado con la continuidad necesaria en la última etapa.

Como cierre de este epígrafe, y a modo de recapitulación, podría decirse que el cuadro general de instrumentos articulados por los poderes públicos en la lucha contra el fraude resulta aceptable en un plano teórico: el diseño normativo de mecanismos para el control y la reacción frente a conductas fraudulentas puede considerarse "adecuado". Sin embargo, la evidencia de un alto nivel de economía irregular con la consiguiente pérdida de recursos para la Seguridad Social debe alertar sobre la necesidad de explorar vías de mejora en la gestión de los ingresos y gastos del sistema. En tal sentido cabe apuntar las siguientes reflexiones.

Un primer camino por el que transitar es el de la intensificación de los mecanismos de colaboración institucional[42] dentro de un marco general de planificación[43]. La identificación clara de los objetivos y la priorización entre ellos es un paso necesario para involucrar a los diversos organismos públicos, estatales y autonómicos, que intervienen directa o indirectamente en el campo de la Seguridad Social y de aquel plano de las relaciones laborales con proyección sobre ella. Además, teniendo en cuenta que se trata del ámbito sociolaboral resulta imprescindible involucrar intensamente a los interlocutores sociales –organizaciones sindicales y empresariales– en cuanto protagonistas destacados en el mismo.

En relación con lo anterior, llama la atención, en segundo lugar, la (relativa) escasa atención recibida por esta cuestión desde el ámbito europeo. Siempre enmarcada en la lucha

[38] Véase: AIBAR BERNAD, J. "La lucha…", *op. cit.*, pp. 116 ss.

[39] La creación de la Sección de Investigación de la Seguridad Social, integrada por miembros de la Brigada Central de Delincuencia Económica, es fruto de un Convenio suscrito por las Secretarias de Estado de Seguridad y de la Seguridad Social, el 20 de diciembre de 2004.

[40] Se alude a Convenios suscritos por la TGSS con las Comunidades Autónomas –y algunos Ayuntamientos– sobre mutua colaboración en la gestión recaudatoria.

[41] Se identificaban como objetivos los siguientes (ver *Plan Integral de Prevención y Corrección del Fraude Fiscal, Laboral y de Seguridad Social*, marzo de 2010, p. 13): "La actualización permanente del catálogo de conductas fraudulentas y de los perfiles de riesgo en los distintos sectores de actividad, junto con la elaboración de mapas de riesgo; el establecimiento de protocolos de actuación, dirigidos a encauzar las actuaciones a realizar en la investigación de todas y cada una de las conductas fraudulentas: la explotación extensiva e intensiva de la información existente en las bases de datos de la TGSS, mediante la utilización de las herramientas informáticas disponibles; y la elaboración de propuesta de mejoras de gestión y cambios normativos para aumentar la eficacia y la eficiencia en la lucha contra el fraude". Un repaso de las funciones desarrolladas por este órgano y su progresiva evolución puede encontrarse en: AIBAR BERNAD, J. "La lucha…", *op. cit.*, pp. 111 ss.

[42] En torno a la cooperación y a la coordinación como piezas fundamentales para la lucha contra el fraude, véase: MORSA, M. "Coordinating national and European activities in the combat of social security fraud", *Annual conference…, op. cit.*, pp. 81 ss.

[43] Con dilatada experiencia e indiscutible criterio llama la atención sobre la importancia de la planificación: AIBAR BERNAD, J. "La lucha…", *op. cit.*, p. 101.

contra el trabajo no declarado, la iniciativa más destacada –sin perjuicio de otros antecedentes[44]– es la denominada "Carta de Brujas"[45], cuyo objetivo pasa por mejorar la cooperación europea en el combate contra el fraude social transfronterizo, pero que no ofrece hasta la fecha grandes resultados[46]. La magnitud y trascendencia de este asunto aconsejarían una mayor implicación de las instituciones de la Unión Europea en el impulso de medidas para hacer frente a las diversas manifestaciones de fraude que afecta a los sistemas de Seguridad Social[47].

En tercer lugar, otro aspecto capital en la lucha contra el fraude son los medios personales (y materiales) con los que cuentan los organismos públicos para prevenir, controlar y, en su caso, sancionar las conductas fraudulentas. La infradotación de cuerpos como el de inspectores de trabajo es un problema endémico en nuestro país, pese al esfuerzo que se hizo en los años previos a la crisis y que en cierta medida se ha mantenido después[48].

Como cuarto aspecto reseñable a la hora de plantear medidas adicionales, cabe preguntarse acerca de la efectividad del endurecimiento de las sanciones contempladas por el ordenamiento. Como veremos, ésta es en buena medida la opción por la que se ha decantado el actual Gobierno, con la particularidad de que la intensificación de este tipo de respuestas es clara en el ámbito prestacional.

En verdad –y este sería el quinto y último apunte–, más allá de la adopción de las medidas necesarias para corregir la insuficiencia del marco legal e institucional, hay que ser consciente de que la efectividad de la lucha contra el fraude pasa un cambio de "cultura sociolaboral"[49]. Dicho de otra forma, el alto nivel de fraude presuntamente existente en nuestro país no es más que otra de las manifestaciones del peso de la economía irregular y, en tal sentido, de la (relativa) debilidad de las instituciones en este ámbito. Y, dejando a un lado otro tipo de consideraciones, ello seguramente es reflejo de que la lucha contra el fraude (laboral, en este caso) no ha constituido nunca una prioridad política. La exitosa experiencia de la lucha contra la siniestralidad vial podría constituir un buen modelo de referencia.

[44] Cabe recordar la *Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 22 de abril de 1999, relativa a un código de conducta en el ámbito de la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros en materia de lucha contra el uso indebido de prestaciones de la seguridad social y el fraude en las cotizaciones a nivel transnacional y contra el trabajo no declarado y el trabajo temporal transfronterizo* (Diario Oficial C 125 de 6.5.1999).

[45] Véase: FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. *La Inspección…, op. cit.*, pp. 54-55.

[46] La *Resolución del Parlamento Europeo sobre el trabajo no declarado*, 14 de enero de 2014, es modesta en su contenido. Y la aprobación de una *Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la creación de una plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de prevención y desincentivación del trabajo no declarado* está encontrando importantes dificultades.

[47] Se comparte, de nuevo, el planteamiento de: AIBAR BERNAD, J. "La lucha…", *op. cit.*, pp. 121-122.

[48] Véase el interesante informe: VEGA RUIZ, M.L. *Garantizando la gobernanza: los sistema de inspección en el mundo. Tendencias y retos (un enfoque comparado)*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2013. Recuérdese la referencia al número de efectivos contenida en el artículo 10 del Convenio 81, sobre la inspección de trabajo (1947).

[49] Algo de este planteamiento puede haber en la referencia que hace la Exposición de Motivos de la Ley 13/2012 a la actuación decidida "… del conjunto de la sociedad para corregir estas conductas y situaciones irregulares y fraudulentas"

4. LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE EN EL PERIODO 2012-2014: ¿BALANCE MODESTO Y/O CAMBIO DE ORIENTACIÓN?

El análisis de las medidas adoptadas en la lucha contra el fraude en la Seguridad Social a lo largo del periodo 2012-2014 –el momento más delicado para la situación financiera del sistema de las últimas décadas– debe tomar una doble referencia de partida.

Más vinculadas a la Seguridad Social, han de situarse las previsiones recogidas en esta materia por el III Pacto de Toledo, suscrito en enero de 2011. Ciertamente, la preocupación por el fraude en este específico ámbito ha estado siempre presente desde la primera versión de este acuerdo en 1995. A juzgar por la presencia en los textos suscritos, podría decirse que de algún modo se ha convertido en una prioridad permanente o, si se prefiere, en una necesidad estructural del sistema.

Seguramente lo más novedoso e interesante de la Recomendación 10ª del Pacto de Toledo de 2011 (*Lucha contra el fraude*) es la llamada de atención sobre el factor de deslegitimación social que implica para el sistema en su conjunto el acceso indebido a las prestaciones y las conductas fraudulentas. Y en esta misma línea se destacan los perjuicios económicos que la economía irregular –empleo no declarado– produce en la estabilidad financiera de la Seguridad Social y en futuros derechos de los beneficiarios.

Desde esta perspectiva, la Comisión apuesta por planes conjuntos de los diversos organismos con competencias en esta materia (Seguridad Social, Servicios Públicos de Empleo, Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Agencia Estatal de Administración Tributaria, entre otras) con la finalidad de luchar contra el fraude en cuatro ámbitos principales: el afloramiento de la economía irregular; la protección de colectivos particularmente vulnerables –los trabajadores no afiliados, los becarios y los trabajadores autónomos económicamente dependientes–; la inadecuada afiliación a regímenes que no se corresponden con la actividad realmente desarrollada; la erradicación de empresas ficticias dedicadas a la obtención fraudulenta de prestaciones; y el incremento del control de las prestaciones.

En relación con este último aspecto, se pone especial énfasis en la lucha contra el absentismo injustificado, la utilización de las prestaciones como mecanismos alternativos al desempleo o a la jubilación, y otras prácticas abusivas. Profundizando en una línea ya apuntada en 2003, la Comisión dedica una particular atención a la incapacidad temporal, mostrando su preocupación por aquellos procesos de baja de una duración inferior a 15 días que son sufragados por las empresas.

En fin, señalados los objetivos, se identifican como medios de actuación los siguientes. Desde una perspectiva general, se plantea la necesidad de reforzar la capacidad de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social[50], y un endurecimiento del régimen de sanciones –incluidas las penales– a los empleadores que incumplan sus objetivos. En el

[50] Pese a su desconcertante ubicación, debe señalarse que la Recomendación 20ª (bajo el título *Control parlamentario y tratamiento presupuestario de los recursos de la Seguridad Social*) también se refiere al establecimiento de un control parlamentario periódico "… de los resultados de las actuaciones de control del fraude realizadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social".

ámbito específico de la incapacidad temporal, se apuesta por fortalecer los mecanismos de colaboración y de control por parte del INSS y las mutuas.

Por su parte, algo más amplio en su planteamiento es, en principio, el *Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude en la Seguridad Social 2012-2013*, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012. Dirigido al doble ámbito de empleo y Seguridad Social, en realidad la formulación de sus objetivos pone un mayor énfasis en este segundo campo[51].

Partiendo de la distinción de las esferas de ingresos y gastos antes utilizada, las actuaciones se dirigen, primero, hacia la corrección de las situaciones irregulares que reducen los ingresos, lo que se concreta en dos objetivos específicos: uno, más general, impulsar el afloramiento del empleo irregular (no declarado), regularizando las altas en la Seguridad Social de trabajadores que efectivamente prestan servicios en las empresas y las condiciones de trabajo, con el correspondiente incremento de las cotizaciones sociales; y otro, más específico, combatir la aplicación y obtención indebida de bonificaciones o reducciones de cotizaciones empresariales a la Seguridad Social y de otros incentivos relativos a las políticas de empleo.

En segundo lugar, y vinculado en este caso al control del gasto, se propugna corregir la obtención y el disfrute en fraude de ley de las prestaciones del sistema, con particular atención a las de desempleo. Singularmente se identifican como situaciones a erradicar la compatibilización irregular del trabajo con el percibo de una prestación y los supuestos en los que se constituyen empresas ficticias creadas con la única finalidad de defraudar a la Seguridad Social.

La consecución de estos objetivos pretende llevarse a cabo mediante la adopción de un conjunto de medidas que pueden ordenarse en los tres bloques siguientes –cambios normativos, colaboración institucional y gestión– de los que aquí interesa, sobre todo, el primero. Como ha señalado una voz tan autorizada como la de AIBAR BERNAD, la iniciativa resulta "discreta" y no del todo acertada en el planteamiento, pues pone demasiado énfasis en las medidas sancionadoras, y dentro de ellas en aquellas de naturaleza penal, descuidando "la prevención y la corrección del fraude"[52].

4.1. Cambios normativos para mejorar la lucha contra el fraude

La aprobación del mencionado Plan de lucha contra el fraude vino de la mano de un anteproyecto de ley que finalmente vería la luz como *Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*. Junto a los cambios que en materia penal introduce la *Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de*

[51] Frente al *Plan integral de prevención y corrección del fraude fiscal, laboral y a la Seguridad Social*, aprobado por el Consejo de Ministros de 5 de marzo de 2010, el contraste es evidente por la mayor ambición de las medidas contenidas en este último. En la etapa que se abre en 2012 las respuestas son de carácter más sectorial como refleja la respuesta específica en el ámbito fiscal que supone la *Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude*.

[52] "¿Qué se puede…", *op. cit.*, p. 68.

transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, aquélla es la principal actuación para adecuar la normativa a las realidad socioeconómica. Pero no es la única, pues después se han producido otros cambios que merecen también ser reseñados[53]. Todas estas novedades se exponen de forma conjunta, aunque sin ánimo exhaustivo, de conformidad con los siguientes criterios ordenadores.

Un primer bloque recogería las medidas que tratan de corregir conductas empresariales vinculadas al fraude en la Seguridad Social:

- El conjunto de medidas más importante pasa por un significativo endurecimiento de las infracciones y sanciones contempladas en la LISOS. Comenzando por las infracciones, las modificaciones introducidas por la Ley 13/2012, principal pero no exclusivamente, pueden agruparse del siguiente modo, de menor a mayor relevancia.

  De una parte, algunos de estos cambios consisten en una mejor definición de la infracción y, por tanto, un reforzamiento de los principios de tipicidad y de seguridad jurídica. Así, entre las infracciones graves (artículo 22 LISOS) destaca la sustitución de la imprecisa referencia a "situaciones extraordinarias" que justificarían la falta de ingreso de las cuotas por una especificación de este tipo de situaciones[54]; la necesaria alusión al uso telemático del certificado de empresa en la tipificación del incumplimiento de la obligación de transmisión del mismo[55] (apartado 6 del citado precepto); y la inclusión de las reducciones de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral entre aquellas en las que se entiende producida una infracción por empresa (apartado 9). Por lo que se refiere a las infracciones muy graves (artículo 23 LISOS), cabe señalar que se 'desgaja' la retención indebida de la cuota obrera [letra k) del apartado 1] de la infracción consistente en el no ingreso de las cuotas por los distintos conceptos que recauda la TGSS sin haber presentado la documentación correspondiente [letra b)][56]; también se aclara que la declaración o consignación de datos falsos o inexactos que ocasionen deducciones o compensaciones fraudulentas puede producirse no sólo en los documentos de cotización, sino también "… en cualquier otro documento", lo que afecta a la reducción de cuotas por contingencias profesionales.

[53] Señaladamente, *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* (previamente, Real Decreto-ley 11/2013). De forma más puntual, *Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013*. Mención aparte debe hacerse de la tramitación del *Proyecto de ley de medidas de liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social*, aprobado por el Consejo de Ministros de 1 de agosto de 2014. Como reconoce el *Programa Nacional de Reforma 2014*, el objetivo de este nuevo sistema pasa por "… simplificar el cumplimiento de la obligación de cotizar, reduciendo cargas administrativas para las empresas y, paralelamente, conseguir una mayor efectividad en el control del fraude a la Seguridad Social", para lo cual "… la liquidación de cuotas se llevará a cabo directamente por la Administración a través de un proceso de comunicación y cobro integrado telemáticamente, sustituyendo al tradicional modelo de autoliquidación y presentación de documentos por parte de las empresas (p. 87).

[54] Se alude a la "…declaración concursal de la empresa, (…) un supuesto de fuerza mayor (…) [o que] se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo" (artículo 22.3).

[55] *Vid. Orden TIN/790/2010, de 24 de marzo, por la que se regula el envío por las empresas de los datos del certificado de empresa al Servicio Público de Empleo Estatal por medios electrónicos.*

[56] Esta separación también se traslada al plano de las sanciones, de forma que el artículo 40.1, d) LISOS hace una referencia a esta infracción, si bien la regulación es idéntica a la que corresponde a la infracción del artículo 23.1, b) LISOS.

De otra, se establece una regulación más estricta de los incumplimientos de las obligaciones empresariales de información. Respecto de las infracciones leves (artículo 21 LISOS), se equipara la comunicación "… fuera de plazo…" la infracción de no facilitar los datos, certificaciones y declaraciones a las que esté obligada la empresa, trabajador por cuenta propia o asimilado (apartado 4 del mismo precepto); al tiempo que se extiende a las contingencias comunes –hasta entonces, sólo las profesionales– la infracción por no comunicar a la entidad correspondiente los cambios en los documentos de asociación o de adhesión para su cobertura (apartado 5). Además, con una clara finalidad preventiva del fraude se tipifica como infracción grave en el marco de procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada la no comunicación a la entidad gestora de la prestación por desempleo de las medidas a aplicar "… con carácter previo a su efectividad (…) en la forma y con el contenido establecido reglamentariamente…"[57], al igual que la no comunicación de las variaciones sobre el calendario inicialmente dispuesto en la concreción e individualización por trabajador de los días de suspensión o reducción de jornada, así como en este último caso, el horario de trabajo afectado por la reducción (apartado 13)[58].

Por último, lo más relevante es el endurecimiento de la regulación del incumplimiento de obligaciones que podemos denominar materiales. Se incorporan como infracciones graves (artículo 22 LISOS), tres nuevas conductas. Junto a la ya mencionada sobre contratas prevista en el apartado 13 de ese precepto, se tipifica el "(n)o proceder dentro del plazo reglamentario al alta y cotización por los salarios de tramitación y por las vacaciones devengadas y no disfrutadas antes de la extinción de la relación laboral"[59], considerándose una infracción por cada uno de los trabajadores afectados (apartado 12 del mismo artículo); así como contratar, con el consiguiente alta en la Seguridad Social, a trabajadores, solicitantes o beneficiarios de prestaciones del sistema cuya percepción no sea compatible con el trabajo por cuenta ajena (apartado 14). Asimismo, como parte de las medidas que tratan de frenar los abusos en los procedimientos de regulación de empleo, se incorpora como nueva infracción muy grave la contratación de trabajadores afectados por la suspensión de contratos o reducción de jornada, es decir, la prestación de servicios durante el período de suspensión del contrato o en el horario de reducción de jornada previamente comunicado [artículo 23.1, j) LISOS]. También constituye una infracción muy grave no presentar, en tiempo y forma, ante la autoridad laboral competente el certificado exigido en los supuestos de realización de aportaciones económicas como consecuencia de despidos colectivos que afectan a trabajadores de cincuenta o más años en empresas con beneficios reguladas por la Disposición Adicional 16ª Ley 27/2011 (artículo 8.18 LISOS)[60].

Más titubeantes son los cambios introducidos por la Ley 13/2012 en las sanciones a los empresarios incumplidores. Por un lado, se introducen criterios objetivos para la graduación de las sanciones correspondientes a infracciones vinculadas al no ingreso de las

[57] Previsión en este caso introducida por el artículo 8.1 de la Ley 1/2014 (previamente RDL 11/2013).
[58] Téngase en cuenta, asimismo, la previsión como obligación empresarial en la letra h) del artículo 230 LGSS (introducida por la Ley 13/2012).
[59] Se resuelven así las dudas surgidas por la dificultad de aplicar la infracción tipificada en el apartado 2 del mismo artículo 22 (*vid.* GIL VILLANUEVA, M. "La Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social", *Relaciones Laborales*, nº 2, 2013, p. 101).
[60] Apartado introducido por la Disposición Final 3ª del ya citado Real Decreto-ley 5/2013.

cuotas sociales (artículo 39.2, segundo párrafo LISOS)[61] y al incumplimiento de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad (tercer párrafo del mismo precepto).

Por otro, se incrementa la cuantía de las sanciones en aquellos supuestos en los que se da ocupación –sin alta previa al inicio de la actividad– a beneficiarios o solicitantes de prestaciones del sistema que resulten incompatibles con el trabajo por cuenta ajena [artículo 40.1, e) LISOS]: se aplica un porcentaje adicional en función del número de trabajadores afectados[62].

En sentido inverso, por último, se 'dulcifica' el régimen de "sanciones accesorias a los empresarios" –trabajadores por cuenta propia y asimilados, incluidas las agencias de colocación– que cometen infracciones muy graves (*vid.* artículos 23, 16 y 15.3 LISOS): sin que se acabe de entender la justificación de este giro, la pérdida de las ayudas, bonificaciones y beneficios de los programas de empleo será automática pero –ésta es la principal novedad– se aplicará "… de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción" [artículo 46.1, a) LISOS][63]. Lo mismo sucede con las sanciones derivadas de infracciones vinculadas a conductas empresariales discriminatorias [artículo 46 bis.1, a) LISOS], algo que resulta aun más decepcionante en cuanto se trata de los comportamientos más odiosos y que, por tal razón, deberían ser perseguidos con mayor dureza[64].

- Como respuesta a la elusión de responsabilidades en supuestos de descentralización productiva, la Ley 13/2012 amplió hasta los tres años después de la terminación de la (sub)contrata –previamente era sólo un año, un plazo que dificultaba su aplicación– la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata[65]. Y, además, tipifica como infracción grave (artículo 22.11 LISOS) el incumplimiento de un nuevo deber de aquellos empresarios que contratan o subcontratan obras o servicios correspondientes a su propia actividad o se prestan de forma continuada en sus centros de trabajo consistente en comprobar la previa afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores ocupados, no sólo a su inicio, sino durante la ejecución de la (sub)contrata[66].

[61] En virtud del segundo párrafo de este precepto, la sanción se impondrá en grado mínimo cuando la cuantía no ingresada, incluyendo recargos e intereses, no supere los 10.000 euros, en su grado medio cuando dicha cuantía esté comprendida entre 10.001 y 25.000 euros, y en su grado máximo cuando sea superior a los 25.000 euros.

[62] Hasta un 50% en cada fracción cuando se trata de cinco o más trabajadores. Si bien se establece un límite máximo de 187.515 euros para cada una de las infracciones [artículo 40.1, e) *in fine* LISOS].

[63] El mismo precepto añade, como previsiones garantistas, que la pérdida de estas ayudas "… afectará a los de mayor cuantía, con preferencia sobre los que la tuvieren menor en el momento de la comisión de la infracción" y que el criterio debe "constar necesariamente en el acta de infracción, de forma motivada".

[64] Es cierto que en este caso, la exclusión automática del acceso a los beneficios se eleva desde los seis meses de la regulación anterior hasta un máximo de dos años (desde el mismo mínimo de seis meses). Pero ello no compensa la mayor benevolencia que recibe este tipo de conductas.

[65] A juicio de M. GIL VILLANUEVA, la medida constituye "… un buen paso para atacar grandes bolsas de fraude y poder perseguir con mayores garantías los débitos al Sistema Público de Seguridad Social" ("La Ley…", *op. cit.*, p. 89).

[66] En coherencia también se modifica el artículo 5.1 del Real Decreto-ley 5/2011, de medidas para la regularización y control de empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas.

- Se incrementan las facultades de control de la Tesorería General de la Seguridad Social. Más allá de las que expresamente le reconoce el artículo 54 RD 84/1996[67], la Ley 13/2012 completa el elenco de actuaciones de oficio al introducir un nuevo apartado 4 en el artículo 20 RD 84/1996, en virtud del cual, si la TGSS tuviera conocimiento de la inscripción de empresas carentes de actividad y sin reunir los requisitos exigidos en el régimen de Seguridad Social podrá proceder de oficio a dejar sin efecto tal inscripción, sin perjuicio de las actuaciones sancionadoras o penales que fueran procedentes.
- Sin olvidar las previsiones vinculadas a la colaboración con otras instituciones, también se refuerza el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a través de medidas como la extensión del plazo del que dispone la Inspección para las actuaciones comprobatorias previas al procedimiento sancionador en 9 meses adicionales –hasta un máximo total de 18 meses– en circunstancias que lo justifiquen por la complejidad del supuesto, por la obstrucción del inspeccionado o la necesidad de cooperación administrativa internacional (artículo 14.2 LITSS)[68]; igualmente se amplía a 5 meses (antes 3 meses) la posibilidad de interrupción (*ídem*). En paralelo, se modula el ejercicio de la facultad sancionadora al establecer que en los supuestos de práctica simultánea de las actas de liquidación y de infracción la reducción automática del 50% sólo se aplicará cuando la cuantía de la liquidación supere la de la sanción propuesta inicialmente (artículo 31.4 LGSS)[69], una medida con la que se evita que en determinados supuestos al empresario le resultara más beneficioso incurrir en una infracción con la correspondiente sanción que dar cumplimiento a las obligaciones legales[70].
- Más discutible resulta, en cambio, el endurecimiento de las condiciones de aplazamiento en el pago de deudas (principal, recargo y costas del procedimiento) con la Seguridad Social. Desde 2013[71], el artículo 20.5 LGSS establece que el interés devengado será el interés de demora –ya no el interés legal del dinero–, incrementándose en 2 puntos si el deudor fuera eximido de la obligación de constituir garantías por causas extraordinarias. Con ello se encare el coste de los aplazamientos[72], lo que no parece tener mucha lógica en el actual contexto para la preservación del empleo[73].
- En fin, como aspecto adicional complementario, cabe llamar la atención sobre las debilidades que, desde la perspectiva de la lucha contra el fraude, sufren las fórmulas de "tarifa plana" en la cotización. Téngase en cuenta que el recurso a este tipo de instrumentos se ha extendido en los últimos tiempos: la más reciente es la previsión del *Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida*, pero antes se contempló para los trabajadores autónomos menores

[67] *Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social*.

[68] Modificado por el artículo 3.3 Ley 13/2012. En consonancia, tal previsión es desarrollada por el artículo 17 del *Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, que también es modificado por la Disposición Final 2ª Ley 13/2012. En igual sentido: artículo 8.2 RD 928/1998.

[69] Modificado por la Ley 13/2012, que también revisa el tenor del artículo 34 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, así como el artículo 40.3 LISOS.

[70] GIL VILLANUEVA, M. "La Ley…", *op. cit.*, p. 89.

[71] Véase la Disposición Final 5ª.1 Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013.

[72] En la misma línea debe situarse la modificación de la regulación de los recargos por ingreso fuera de plazo (artículo 27 LGSS), en este caso como consecuencia del Real Decreto-ley 20/2012, 13 de julio.

[73] Muy crítico con esta medida: AIBAR BERNAD, J. "¿Qué se puede…", *op. cit.*, p. 61.

de 30 años por la *Ley 11/2013, 26 de julio* (previamente, Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero) *de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo* (artículo 1).

Tomando esta última regulación como referencia, y sin ánimo de examinar exhaustivamente su regulación, cabe apreciar la vulnerabilidad de los requisitos establecidos para evitar un uso fraudulento de este tipo de reducciones en la cotización[74]. Sirva como ilustración, de un lado, la previsión de que a la hora de medir el incremento de empleo, total e indefinido, que la contratación de un trabajador indefinido lleva aparejada –una de las exigencias– se ha de tener en cuenta el número de trabajadores de la empresa durante los treinta días anteriores a ese contrato, un plazo a todas luces insuficientes para frenar actuaciones 'estratégicas' abusivas. Y, de otro, la relativa al criterio para verificar el mantenimiento durante tres años del nivel de empleo indefinido y del nivel de empleo total alcanzado con dicha contratación –otra de las exigencias–, que excluye, entre otros, los despidos (procedentes) por causas objetivas cuya regulación fue claramente flexibilizada por la reforma laboral de 2012.

Un segundo bloque recoge las previsiones relativas al incumplimientos de trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social en relación con el acceso y el disfrute de las prestaciones. En particular, se presta atención a dos de ellas: desempleo e incapacidad temporal.

Con carácter general puede decirse que los ajustes que se han producido desde 2012 en el régimen de infracciones y sanciones son mucho menos intensos –aunque no irrelevantes– que en el caso de los empresarios; y en su mayoría son introducidos por la Ley 1/2014 (previamente RDL 11/2013) ya citada. En cuanto a la tipificación de las infracciones, destaca la consideración como muy grave de la compatibilización de la solicitud –antes sólo el percibo– de prestaciones o subsidios por desempleo con el trabajo por cuenta propia o ajena (artículo 26.2 LISOS, modificado en este caso por la Ley 13/2012). Del resto de modificaciones las más relevantes son las relacionadas con el incumplimiento de obligaciones menores –son tipificadas como infracciones leves–: no facilitar la información necesaria para garantizar la recepción de notificaciones y comunicaciones (incluidas las efectuadas por medios electrónicos, previo consentimiento)[75] y no mantener la inscripción como demandante de empleo durante la percepción de la prestación o el subsidio "… salvo causa justificada" [artículo 24.4, a) y b) LISOS]. Por lo que se refiere a las sanciones, la modificación más importante es que se completa la referencia a las "pensiones" en casos de infracciones leves y muy graves con una alusión las "prestaciones", lo que amplía el espectro de los beneficios perjudicados por el incumplimiento [artículo 40.1, a) y c) LISOS][76].

En verdad, los cambios principales afectan directamente al régimen de reconocimiento y control de las prestaciones, con particular atención a los requisitos relacionados con la residencia de los beneficiarios. El cambio de orientación en el flujo

[74] De nuevo crítico: AIBAR BERNAD, J. "¿Qué se puede…", *op. cit.*, pp. 73. Véase igualmente: GÓMEZ RODRÍGUEZ, J.L. "La tarifa plana de la Seguridad Social: efectos colaterales", Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros), nº 376, 2014, pp. 81 ss.***

[75] Véase igualmente el artículo 17.1, a) LISOS, introducido por el RDL 20/2012.

[76] Modificado por el artículo 4.11 Ley 13/2012. Previamente, el RDL 20/2012 había extendido la condición de beneficiario a de prestaciones por desempleo a los desempleados durante el plazo de solicitud de las prórrogas del subsidio, así como durante la suspensión cautelar o definitiva de la prestación o subsidio por desempleo [artículo 40.1, e) LISOS].

migratorio que afecta a nuestro país desde el estallido de la crisis –pese a la escasa fiabilidad de las cifras oficiales, se constata un movimiento emigratorio sin precedentes desde hace décadas[77]– lleva al legislador a establecer mecanismos dirigidos a evitar la salida de territorio español de los perceptores de prestaciones –desempleo, al margen–. Así, llevando más lejos la línea trazada en 2011[78], la *Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014* establece que se presume que el beneficiario de una prestación, o de complemento a mínimos, tiene residencia habitual en España siempre que su estancia en el extranjero a lo largo de un año sea inferior a 90 días o esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas.

Centrando la atención en la protección por desempleo, se ha observado acertadamente que la silenciosa reforma que se lleva a cabo en esta materia desde 2012 tiene como uno de sus focos principales el control de los desempleados[79]. Quizá la modificación más relevante es el reconocimiento como novedad, por parte del RDL 20/2012, de la potestad de la entidad gestora del desempleo de suspender el abono de las prestaciones "… cuando se aprecien indicios suficientes de fraude en el curso de las investigaciones realizadas por los órganos competentes en materia de lucha contra el fraude" (artículo 229, último párrafo LGSS) a lo que posteriormente se añaden las previsiones en torno a la acreditación de la indemnización por despido[80].

Junto a ello, hay otros tres asuntos que merecen ser mencionados por su coincidente orientación. De un lado, se aprecia un claro reforzamiento de la obligación del beneficiario de inscripción como demandante de empleo. Cronológicamente, primero se introduce tal exigencia en los supuestos de suspensión en la percepción de la prestación[81]: la reanudación exige la comparecencia ante la entidad gestora para acreditar la inscripción. Y, más recientemente, se incorpora la exigencia del mantenimiento de la inscripción como demandante de empleo "… durante todo el período de duración de la prestación como requisito necesario para la conservación de su percepción" (artículo 209.1, segundo párrafo LGSS)[82].

De otro, y como reflejo de esa preocupación por los movimientos migratorios hacia el exterior, la Ley 1/2014 (antes RDL 11/2013) añade dos nuevos supuestos suspensivos al elenco recogido en el artículo 212.1 LGSS. Circunscribiendo claramente la libertad de circulación de los desempleados, las salidas al extranjero quedan limitadas en un doble sentido. Si la salida ("traslado de residencia") se produce para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, se prolonga por un periodo continuado inferior a doce meses, y ha sido previamente comunicada y autorizada

[77] Véase: GONZÁLEZ FERRER, A. *La nueva emigración española: lo que se sabe y lo que no*, Zoom Político-Fundación Alternativas, 2013.

[78] Recuérdese que la Ley 27/2011 introdujo una Disposición Adicional 17ªbis LGSS que, entre otras previsiones, establece en su apartado 2 la posible citación del beneficiario de la prestación para comparecencia.

[79] PÉREZ DEL PRADO, D. "La reforma de la protección por desempleo", en: AA.VV. (dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA) *Las reformas laborales y de Seguridad Social. De la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2014, p. 500.

[80] Véanse párrafos segundo y tercero del precepto introducidos por la Disposición Final 1ª.2 RDL 5/2013.

[81] Véase el artículo 212.1, a) LGSS, tras la modificación introducida por el RDL 20/2012

[82] También el artículo 207 LGSS incorpora un nuevo apartado e) que exige como requisito para el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo estar inscrito como demandante de empleo en el servicio correspondiente. Como recuerda PÉREZ DEL PRADO, tal requisito ya se exigía con la acreditación de la situación por desempleo ("La reforma…", *op. cit.*, p. 502).

por la entidad gestora, se suspende la percepción de la prestación, sin perjuicio de la exportabilidad de las prestaciones en el ámbito de la Unión Europea [letra f) del citado artículo]. Además, la suspensión de la prestación se produce si la estancia en el extranjero se prolonga durante un periodo de hasta 90 días durante cada año natural, y siempre que la salida hubiera sido previamente comunicada y autorizada [letra g)]. Como complemento de esta regulación, el mismo artículo 212.1, g) LGSS señala que no son relevantes a estos efectos "… 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".

Y, por último, respecto de la presentación de documentos por parte de los beneficiarios de prestaciones por desempleo, desde el RDL 20/2012, también se contempla la facultad de la entidad gestora de adoptar como medida preventiva la suspensión cautelar del abono de las prestaciones en tanto no comparezca para acreditar el cumplimiento con las obligaciones establecidas en tal sentido (artículo 212.3 LGSS).

Por lo que se refiere a la incapacidad temporal, es obligado señalar que el "proceso de reforma continua"[83] de su régimen jurídico se inicia con la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2007 –con otros hitos destacados posteriormente como la Ley 40/2007 y la Ley 35/2010[84]– en un sentido claro de mejorar el control del cumplimiento de los requisitos jurídico-sanitarios y de regular adecuadamente el inestable paso de la situación de incapacidad temporal a la incapacidad permanente. Aquí interesa fundamentalmente el primero de estos sentidos[85] que es el que tiene una relación más directa con el fraude y que se enmarca en una determinada concepción de la lucha contra el absentismo injustificado[86] en el que las mutuas (todavía hoy denominadas) de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ganan protagonismo. Tal es el elemento inspirador de las actuaciones más recientes.

En efecto, los últimos cambios normativos –y los que actualmente se encuentran en tramitación– endurecen la regulación a través de un reforzamiento de los controles y apuestan por un mayor peso de la gestión privada a través de las mutuas como fórmulas para mejorar la gestión y reducir el gasto de la Seguridad Social.

Cabe reseñar, en este sentido, la previsión como medida cautelar de la suspensión del abono del subsidio por incapacidad temporal ante la incomparecencia del beneficiario a cualquier convocatoria de examen y reconocimiento médico por parte de los facultativos adscritos al INSS y a las mutuas, y en tanto se comprueba si tal incomparecencia fue o no

[83] TRILLO GARCÍA, A. "Modificaciones en materia de incapacidad temporal y otras prestaciones de Seguridad Social", en: AA.VV. (dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA) *Las reformas laborales y de Seguridad Social. De la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2014, p. 376].

[84] *De 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social* y *de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, respectivamente.

[85] Extensamente sobre las más recientes reformas sobre incapacidad temporal: TRILLO GARCÍA, A. "Modificaciones en…", *op. cit.*, pp. 377 ss.

[86] Cabe traer a colación la modificación del artículo 52 ET respecto de las faltas al trabajo como motivo de despido por causas objetivas.

justificada (artículo 132.3 LGSS)[87]. Pero, sin perder de vista el proyecto de ley de mutuas[88], los cambios más relevantes se recogen en el reciente *Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración*[89].

No es objeto de este trabajo el análisis detallado de esta importante norma reglamentaria[90] con la que el Gobierno dice perseguir dos objetivos principales: aligerar los trámites y cargas burocráticas existentes en los procesos de incapacidad temporal y mejorar el control de los mismos. Interesa, en todo caso, poner de manifiesto algunas de las principales previsiones por ser reveladoras, en gran medida, de la orientación que hoy prevalece en este campo.

Dejando a un lado las más claramente ligadas a la agilización burocrática[91], los dos aspectos más controvertidos reflejan el mencionado reforzamiento del papel de las mutuas. De un lado, se les reconoce la facultad de control de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes desde el primer día[92]. Y, de otro, se establece que los médicos adscritos a las mutuas podrán formular propuestas motivadas de alta médica a las unidades de la inspección médica del servicio público de salud, de forma que, si no son resueltas en el plazo de 5 días (11 días hasta febrero de 2015), permitirán a la mutua solicitar el alta al INSS –o al ISM–, que resolverá en un plazo de cuatro días (ocho días, hasta aquella fecha)[93]. No obstante, hay que tener presente que la previsión contenida en el anteproyecto original de ley de mutuas era mucho más 'agresiva' en el reconocimiento de esta facultad, algo que fue denunciado por el Consejo Económico y Social[94], y que es ahora atendido por el Gobierno en el proyecto de ley y en el citado reglamento.

Por último, el tercero de los bloques normativos en la lucha contra el fraude afecta a un ámbito jurídico distinto: la regulación de la responsabilidad penal, que fue objeto de revisión por parte de la *Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la*

[87] Precepto introducido por la Ley 22/2013 (LPGE 2014). El desarrollo reglamentario de esta previsión se recoge ahora en el artículo 9 RD 625/2014.

[88] Actualmente se encuentra en trámite parlamentario el ya citado *Proyecto de Ley 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*. Algunos de los aspectos más controvertidos en relación con la gestión de la incapacidad temporal allí recogidos se 'adelantan' a través de la norma reglamentaria a la que se hace referencia a continuación.

[89] Deroga el RD 575/1997, de idéntica denominación a salvo de la referencia temporal a los 365 días.

[90] Véase: 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*, nº 377-378, 2014, pp. 99 ss.

[91] Se alude, por ejemplo, a las tablas orientativas de los procesos patológicos (artículo 2.2, siempre del RD 625/2014), al impulso de la gestión telemática de los partes (artículos 2 y 7, entre otros) y a la reconfiguración de los partes médicos de baja en función de la duración estimada (artículo 2.3).

[92] Véase, igualmente, el nuevo artículo 6 *Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal*, introducido por el RD 625/2014.

[93] Véase el artículo 6 y, como complemento, la Disposición Transitoria 2ª RD 625/2014.

[94] En su *Dictamen 1/2014, 22 de enero, sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social*, advierte de la necesidad de "… salvaguardar el equilibrio entre los objetivos de eficacia en el control del gasto y la defensa del derecho del trabajador a percibir la prestación de la IT cuando su salud le impide desarrollar su trabajo" (p. 30).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Advirtiendo que quien esto escribe no es experto en Derecho Penal, cabe llamar la atención sobre diversos aspectos relacionados con los cuatro delitos contra la Seguridad Social tipificados y que, en su conjunto, vienen a establecer un marco penal mucho más duro.

En primer lugar, se modifica el artículo 307 del Código Penal que tipifica la acción u omisión por la que se defrauda a la Seguridad Social "… eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida" y la castiga con una pena de presión de uno a cinco años y una multa del tanto al séxtuplo (apartado 1 de ese precepto). Concretamente, los cambios introducidos son los siguientes.

El más importante es la reducción de 120.000 a 50.000 euros de la cuantía que establece el tipo delictivo como condición objetiva de punibilidad. Este significativo endurecimiento –adecuado para combatir estas conductas perjudiciales para las arcas de la Seguridad Social y para los derechos sociales de los trabajadores– se completa con cuatro previsiones adicionales. Una, que en la determinación de la cuantía defraudada se tendrá en cuenta un periodo de cuatro años naturales (antes un año natural como máximo) [artículo 307.2 CP]. Otra, que "(l)a mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, si ésta queda acreditada por otros hechos", de forma que se exige el pago (artículo 307.3 CP)[95], una previsión que sirve para combatir aquellas actuaciones en las que ese reconocimiento de la deuda se lleva a cabo por personas o entidades interpuestas que carecen de patrimonio. Asimismo, que el responsable de la comisión de este delito perderá "… la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y el derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de tres a seis años" (artículo 307.1, *in fine* CP). Y, en fin, a lo anterior hay que sumar la previsión de que este procedimiento penal por delito contra la Seguridad Social no paraliza el procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda o cantidad defraudada (apartado 4 del mismo artículo).

En segundo lugar, la nueva configuración del delito 'general' de fraude a la Seguridad Social viene acompañada de la introducción de un nuevo tipo agravado –castigado con una pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuantía– en aquellos supuestos en los que las conductas delictivas contra la Seguridad Social son especialmente graves por alguna de las siguientes circunstancias (artículo 307bis.1 CP): sea por la cuantía defraudada –cuotas, o devoluciones o deducciones indebidas– [letra a)]; sea por la comisión del fraude en el seno de una organización o de un grupo criminal [b)]; o, en fin, sea por la utilización de sociedades o personas interpuestas para ocultar o dificultar la identidad del obligado al pago de las cuotas de la Seguridad Social o del responsable del delito, o la determinación de la cuantía defraudada [c)].

En tercer lugar, lo más novedoso –y polémico– es la tipificación de un nuevo delito por la defraudación de prestaciones del sistema de Seguridad Social como la conducta de quien

[95] Al mismo tiempo, el pago de la deuda con la Seguridad Social "… antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado" podrá suponer una rebaja del delito en uno o dos grados (artículo 307.4 CP).

obtiene "… para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública…" (artículo 307 ter.1 CP). Algún comentario resulta pertinente en este punto.

En general, se aprecia un gran paralelismo de la regulación de este nuevo tipo delictivo respecto de lo previsto en el artículo 307 CP[96], con una excepción: la mayor severidad en la determinación de la pena. Conforme al Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012, la introducción del artículo 307 ter CP vendría a "… facilitar la persecución de las nuevas tramas organizadas de fraude contra la Seguridad Social que, mediante la creación de empresas ficticias, tienen por único fin la obtención de prestaciones del Sistema con la consiguiente agravación de la pena". Desde esta perspectiva, resulta razonable que la defraudación de prestaciones de la Seguridad Social en las circunstancias a las que se refiere el artículo 307 bis.1, b) y c) CP –defraudación a través de organización criminal o de empresas ficticias– lleve aparejada una pena (casi) idéntica a la de ese tipo agravado: una pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo (artículo 307 ter.2 CP). En cambio, resulta mucho más (¿excesivamente?) severo que esa misma pena agravada se imponga en los supuestos de defraudación que exceda los 50.000 euros que es, precisamente, la cuantía mínima tipificada como delito por el artículo 307 CP.

Pero lo que resulta particularmente difícil de explicar es que el fraude por debajo de esa cantidad (50.000 euros) sea delito cuando lo defraudado son prestaciones –con una pena de seis meses a tres años de prisión *ex* artículo 307 ter.1, primer párrafo CP– y que, por el contrario, no lo sea si se trata de cuotas. Y es que parece olvidarse que si el primer tipo de fraude produce un perjuicio en las arcas de la Seguridad Social, el segundo suma a ese daño el perjuicio a los derechos de los trabajadores. Incluso podríamos decir que, en la medida en que favorece la economía sumergida –frecuentemente va ligado al trabajo irregular– el impacto negativo se extiende también al conjunto de las cuentas públicas. Por eso, la previsión de una atenuación de la pena –multa del tanto al séxtuplo– cuando los hechos no revistan especial gravedad "… a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor…" resulta casi un sarcasmo, sino una criminalización indiscriminada de los perceptores irregulares de prestaciones. Mucho más cuando se repara en que el delito contra la Hacienda Pública (artículo 305 CP) establece un umbral mínimo de defraudación de 120.000 euros[97]: ¿qué es lo que sostiene que el que defrauda a la Seguridad Social en prestaciones 30.000 euros –por no recurrir a casos más extremos– sea un delincuente y que el que defrauda a la Hacienda Pública 119.000 euros no lo sea? Sencillamente resulta incomprensible.

Por último, también se modifica el artículo 311 CP para endurecer la pena del delito contra los trabajadores –prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses– y tipificar de forma específica la conducta de los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo,

[96] Véanse los apartados 3 a 6 del artículo 307 ter CP.

[97] Téngase en cuenta que el artículo 305 CP fue también objeto de modificación por la misma Ley 13/2012, lo que hace más chirriante el desajuste.

siempre que el número de trabajadores afectados supere determinados umbrales: 25% en empresas con más de 100 trabajadores, 50% en aquellas con más de 10 y menos de un centenar y la totalidad de la plantilla en empresas con más de cinco y menos de diez trabajadores.

4.2. Colaboración institucional

De forma mucho más sintética, cabe también hacer un repaso de los avances que se han producido a lo largo de este último periodo en materia de colaboración institucional y que en su mayoría se enmarcan en el "Plan de Lucha contra el Empleo Irregular y el fraude en la Seguridad Social 2012-2013". Como se ha reiterado, no se trata de un asunto menor, pues la eficacia de las medidas depende en muchos casos de una adecuada coordinación de las entidades y organismos implicados; de ahí el interés.

Para empezar, la misma Ley 13/2012 contiene algunas novedades normativas que deben ser valoradas en este bloque en cuanto constituyen medidas de auxilio y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social llamadas a reforzar la proyección en la lucha contra el fraude protagonizada por dicho órgano inspector[98]. Así, el artículo 9 LITSS contempla expresamente la colaboración –con concreciones dispares– con el Consejo General del Notariado y con las mutualidades de previsión social alternativas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos[99], que se unen a las previsiones ya existentes en torno a la Administración tributaria, a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y a los Jueces y Tribunales. En relación con estos últimos, también la Ley 13/2012 previó en su Disposición Final 6ª la creación en el seno de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del Ministerio de Empleo de una "Unidad Especial de Colaboración y Apoyo a los Juzgados y Tribunales y a la Fiscalía General del Estado para la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social" que, con algo de retraso –seis meses era el tiempo previsto para su creación– ha visto finalmente la luz en 2014[100].

Igualmente debe reseñarse la suscripción, en fecha 30 de abril de 2013, de un Convenio de colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y el Ministerio del Interior sobre coordinación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en materia de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social[101].

[98] Repárese también en otro tipo de iniciativas de lucha contra el fraude laboral como el buzón para la notificación de conductas fraudulentas, puesto en marcha en agosto de 2013, y que ha permitido hacer aflorar 1.592 empleos sumergidos y liquidar cuotas a la Seguridad Social por valor de 1,4 millones de euros (véase noticia del 22 de agosto de 2014, http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/2296), un resultado ciertamente modesto.

[99] Apartados 2 y 4 del citado artículo 9 LITSS. Por otro lado, la Ley 13/2012 también especifica algo más en su apartado 1 quiénes son las "Administraciones públicas y cuantas personas ejercen funciones públicas" [en redacción previa del artículo 9.1 LITSS] obligadas a colaborar con la Inspección: "las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, los titulares de los órganos de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales; los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales; las cámaras y corporaciones, colegios y asociaciones profesionales; las demás entidades públicas…".

[100] *Orden ESS/78/2014, de 20 de enero, por la que se crea la Unidad Especial de Colaboración y Apoyo a los Juzgados y Tribunales y a la Fiscalía General del Estado para la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.*

[101] Véase la Resolución de 4 de noviembre de 2013, de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia, por la que se publica el anexo al citado convenio (BOE 8 de noviembre de 2013).

Por lo que se refiere a la colaboración entre la TGSS y la ITSS, debe mencionarse el Plan anual de objetivos conjuntos suscrito el 28 de febrero de 2014. Pero, sobre todo, hay que referirse al anuncio de creación una "Oficina Nacional de lucha contra el fraude laboral" que, "con el objetivo de homogeneizar la labor inspectora desarrollada en el conjunto del Estado y reforzar la estabilidad de la colaboración institucional alcanzada en la materia", viene contemplado en el Programa Nacional de Reformas 2014 y que vendría a ser una prolongación –así parece, al menos– del "Observatorio del fraude" cuya incipiente actividad se ha visto interrumpida en esta última etapa[102].

Finalmente, hay que lamentar que el Gobierno apenas haya contado con los interlocutores sociales para el impulso de este conjunto de iniciativas de lucha contra el fraude; algo que sin duda debilita la eficacia de las medidas y es, en última instancia, muestra de falta de contundencia (¿convencimiento?) en el desarrollo de estas políticas.

4.3. ¿Nuevas fórmulas de gestión?

Una mención, siquiera breve, merece también la polémica contratación de una entidad privada para la implantación de un modelo de lucha contra el fraude en el ámbito de competencia de la TGSS por un importe de adjudicación de 1,36 millones de euros[103]. Tal decisión se enmarca en un replanteamiento general –no nuevo, desde luego, pero sí intensificado en los últimos tiempos– del modo de configuración del sector público y de la intervención de la gestión privada en la gestión de aquél. Lo cierto es que en este caso surgen serias dudas de que esta fórmula de 'externalización' sea la más adecuada para el desarrollo de una función pública de naturaleza inspectora, o lo que es lo mismo, para el ejercicio de una autoridad inherente a los poderes públicos[104]. Téngase en cuenta que, en la medida en que se deja en manos privadas el control del cumplimiento de la legalidad vigente, de algún modo se produce una renuncia de los poderes públicos a garantizar la aplicación del ordenamiento jurídico.

La quiebra –ruptura– que esta externalización de una función pública lleva consigo es, así pues, muy importante por lo que merecería, como mínimo, un explicación detallada a la opinión pública con la necesaria transparencia.

5. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Hay que reivindicar la necesidad –más allá del mero ejercicio retórico– de un fuerte impulso en la lucha contra el fraude en la Seguridad Social. Y esto implica, en cierto sentido, una reorientación de las prioridades. Sin menospreciar la merma de recursos que para el sistema tiene este tipo de conductas fraudulentas, debería ponerse una mayor atención en el perjuicio que el fraude produce en los derechos de los trabajadores que se encuentran o van a encontrarse en el futuro en alguna de las contingencias protegidas.

---

[102] AIBAR BERNAD, J. "¿Qué se puede…", *op. cit.*, p. 67.

[103] Véase la *Resolución de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social por la que se anuncia la formalización del expediente 2014/ALEIF para la contratación del servicio de consultoría estratégica para la implantación del modelo de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*.

[104] Ampliamente, y en sentido crítico, sobre este particular: CANTERO MARTÍNEZ, J. "La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?", *Documentación Administrativa*, nº 286-287, enero-agosto 2010, pp. 311 ss.

Desde esta perspectiva, son pertinentes dos breves reflexiones finales. En primer lugar, hay que alertar frente al riesgo de priorizar la lucha por evitar el acceso fraudulento a las prestaciones del sistema frente a aquella centrada en combatir determinadas prácticas que suponen la negación de derechos a los trabajadores y el incumplimiento de obligaciones empresariales. Naturalmente ambos tipos de comportamientos han de ser perseguidos. Pero hay que ser consciente de que el actual contexto de crisis favorece un clima que siembra sospechas sobre los perceptores de prestaciones sociales o, al menos, les hace de algún modo responsables de la situación de necesidad por la que atraviesa. Por eso es tan importante enfatizar que el trabajo de la llamada economía sumergida no sólo supone una importante pérdida de recursos para el Estado (vía impuestos y cotizaciones a la Seguridad Social que deja de percibir) o una distorsión de la competencia, sino que en muchos casos conduce a situaciones de marginalidad.

Y, en segundo lugar, no debe pasarse por alto el impacto negativo que las más recientes reformas del ordenamiento laboral –señaladamente a partir de la Ley 3/2012– tienen en la efectividad de la lucha contra el fraude en materia laboral y de Seguridad Social. Así, la aprobación de medidas que consagran la contratación temporal descausalizada (contrato eventual para jóvenes, artículo 12 Ley 11/2013), que favorecen la contratación a tiempo parcial hasta el extremo sin articular los necesarios controles para evitar abusos, o las que impulsan el autoempleo como falsos autónomos detrás del impulso del emprendimiento son manifestaciones de un ordenamiento laboral más escorado hacia el lado empresarial y –lo que aquí más importa– con menos garantías para evitar conductas fraudulentas.

El fraude en las prestaciones por desempleo
Frauds and unemployments benefits

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

PROFESORA DOCTORA CONTRATADA LABORAL DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

La crisis económica ha impactado mundialmente y, al igual que en las catástrofes naturales, se debe ahora hacer recuento de los daños producidos. En este contexto, los mercados europeos se han visto gravemente afectados por la situación financiera, la cual ha repercutido muy especialmente en algunos países comunitarios. Actualmente, España se sitúa entre las campeonas de la Unión Europea en destrucción de empleo, lo que justifica el hecho de que coloque en un primer plano el debate en torno a la alarmante y, cada vez, más creciente tasa de desempleo.

Las terribles consecuencias que ha causado este fenómeno se han visto reflejadas en un mercado de trabajo debilitado en donde ahora reinan los principios de precariedad, desprotección, desorientación y desmotivación laboral. La alarmante cifra de desempleo ha preocupado enormemente a la Unión Europea, es por ello que todos sus esfuerzos se hayan centrado en la consolidación de una Europa económicamente más fortalecida y comprometida con el futuro laboral de sus ciudadanos. Tras diversas iniciativas y conatos legislativos finalmente ha quedado aprobado un plan de lucha que, al restringir cualquier forma de protección social ha sido incapaz de responder a su principal amenaza, el fraude, causante del alza de los niveles de economía sumergida.

Palabras clave

desempleo, economía sumergida, fraude y prestaciones por desempleo

Abstract

The current economic crisis has stormed worldwide affecting and heavily punishing social strata or trade market structures and, as though it was a natural disaster, showing no mercy not even for the weakest ones, therefore now it is mandatory to check the quantity and the kind of every single damage caused as a result of this crisis. In this context, the European markets have unfortunately become easy aims for the regrettable financial situation we are undergoing and which is especially wreaking havoc in some members of the European Community. Today, Spain is leading the European ranking of job destruction, what can likely explain why the unemployment rate is the focus of a heated discussion where such rate has been identified as a critical point.

This fact has prompted awful consequences in a weakened labour market, where precariousness, confusion and lack of legal protection and motivation freely rule. The high rates of youthful unemployment have strongly concerned the European Union for the last years and so, it has focused all its efforts to economically consolidate an Europe much more committed to provide a reliable labour future for its people. After several legal trials it has been at last approven an action plan against black economy, which has essentialy restricted any kind of social services, and partially because of these measures it has failed, since this plan has been unable to fight against its more dangerous threat, the fraud.

Keywords

unemployment, black economy, fraud and unemployments benefits

"No puede haber una sociedad floreciente y feliz cuando la mayor parte de sus miembros son pobres y desdichados"

Adam Smith

1. INTRODUCCIÓN

Desde que la crisis llamó a nuestra puerta a principios del año 2008, todos hemos sido testigo de los efectos devastadores que este fenómeno económico ha originado y aún continúa causando tanto a nivel particular, familiar, como nacional, comunitario e internacional. Cada día son más y más las personas que ven extinguidos sus contratos de trabajo o, incluso, el cese de su actividad por el cierre de la empresa en la que trabajaban y

como ahora se encuentran en las largas listas del paro. Esta crispada situación se ha traducido en un crecimiento vertiginoso y de larga duración de los niveles de desempleo, debido todo ello a la caída de la actividad productiva.

En este contexto, el barco que sostienen al sistema de Seguridad Social se encuentra cada vez más debilitado debido al daño que el huracán de la economía sumergida está causando en todos los sectores que se encuentran legalmente constituidos. Deplorable es, quizás, el término que mejor define la situación de todas aquellas personas que se ven abocadas a vivir en una espiral de pobreza y trabajo irregular a la espera de un empleo digno, moviéndose así en un terreno movedizo entre la legalidad y el fraude al sistema de Seguridad Social. Y es que, a día de hoy, el empleo sumergido y el fraude constituyen elementos centrales que inciden en la crisis de financiación del sistema de Seguridad Social y, en particular, de protección de las prestaciones por desempleo.

Conscientes del problema y de la necesidad de frenar los efectos devastadores que sobre los cimientos mismos del orden de protección social está provocando esta lacra[1], el Gobierno español ha iniciado un plan de lucha contra el fraude fiscal, laboral y de Seguridad Social. Para ello ha tomado como referente las directrices que han sido esbozadas a nivel comunitario, tras un intenso estudio que, sobre este fenómeno, los organismos europeos han iniciado en los diferentes Estados que forman parte de la Unión Europea (UE).

2. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y LA NECESIDAD DE CONTROLAR EL FRAUDE

El desempleo o "paro forzoso" constituye, actualmente, uno de los mayores problemas económicos y sociales a los que debe enfrentarse una sociedad industrializada como la nuestra. No se trata de un fenómeno nuevo[2], sino que siempre ha existido[3], haciendo notar su presencia con mayor esplendor en momentos de crisis económica. Por lo que, al final, la situación de necesidad de aquellos que queriendo y pudiendo no encuentran empleo (art. 203.1 del Real decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio por el que se aprueba la Ley General de Seguridad Social –en adelante LGSS–) ha pasado de ocupar un papel "marginal" [4] a ser el principal escollo con el que ha tropezado la política de Seguridad Social y empleo contemporánea.

A lo largo de la historia se han establecido diversas medidas para frenar el desempleo o menguar sus efectos, sin embargo, en las últimas décadas el crecimiento de las bolsas de parados se ha elevado exponencialmente. Así por ejemplo, en España la tasa de

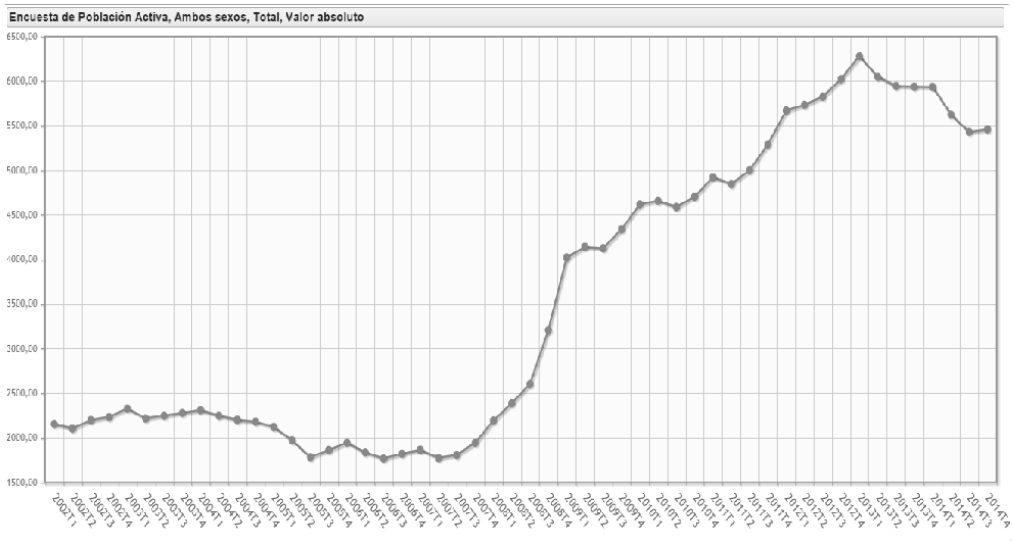
[1] A fecha de 29 de enero de 2014 el Sindicato de Técnicos del Ministerio de Hacienda (GESTHA) presentó un informe en donde cifraba la economía sumergida en España en el 24,6% del Producto Interior Bruto, es decir, casi siete puntos más que en 2008. Ver: http://www.gestha.es/index.php?seccion=actualidad&num=321

[2] Se trata de una prestación que ha surgido tardíamente dada su complejidad técnica y altos costes. Ver MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 10º edición, pág. 443.

[3] GARCÍA MURCIA, J.: "Desempleo", VV.AA.: *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pág. 33.

[4] MONEREO PÉREZ, J.L.: *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 18.

desempleados se sitúa en un 23,4% en 2014, tal y como queda reflejado en esta gráfica (que va desde el I trimestre de 2002 al IV trimestre de 2014)[5]:



Gráfica elaborada por el Instituto Nacional de Estadística (INE)

Gran parte de la responsabilidad en las altas tasas de desempleo se le atribuye al sistema de economía de mercado y a los continuos cambios en los procesos de reestructuración y organización del sistema capitalista[6], los cuales no han sido capaces de adaptarse a la realidad social presente.

En todo Estado Social y Democrático se debe garantizar el derecho de toda persona a una existencia digna (art. 10.1 Constitución Española –CE–), por lo que si no se consagra de forma efectiva el desarrollo de una actividad laboral (art. 35.1 CE) deberán los Poderes Públicos intervenir. Debiendo éstos hacer uso de los mecanismos de políticas de empleo (art. 40.1 CE)[7], al tiempo que se activan los mecanismos sustitutivos del salario (*lucro cesante*) por el sistema de Seguridad Social[8]. Por lo que, al final, tendrá el Estado[9] que buscar

[5] De ese 23,4% total de parados, el 22,6% se corresponde con el paro de hombres y el 24,5% del paro de mujeres.

[6] GARCÍA MURCIA, J.: "Desempleo"… op.cit., p. 29 a 34.

[7] "Si la política de pleno empleo es el instrumento de realización del Derecho del Trabajo y éste es un factor de integración y condición para la democracia se puede comprender por qué la política de empleo ha sido considerada como un elemento inherente a la forma política del Estado Social contemporáneo…". Ver, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, págs. 9 a 31.

[8] Según establece la Fundación de 1º de mayo en su informe 102 de julio de 2014, tras la encuesta de población activa realizada en el II trimestres de 2014, el número de parados forzosos que perciben una prestación por desempleo se sitúa en 2.524.597 (según los datos registrados por las Oficinas de Empleo en los meses de abril y mayo). Este número se calcula a partir del registro de personas inscritas en las Oficinas de Empleo. Sin embargo, según la EPA hay 908.941 que no se están inscritas en las correspondientes Oficinas de Empleo y que se encuentran paradas. Visítese la siguiente web: www.1mayo.ccoo.es

fórmulas de políticas activas de empleo (actuando en el campo de la formación, mejora en el acceso al empleo y fomento del mismo)[10] y proteger al desempleado, en tanto que repara el daño patrimonial mediante la concesión de una prestación (políticas pasivas)[11]. De este modo, la protección por desempleo se inscribe dentro del marco de las políticas orientadas al pleno empleo por imperativo constitucional (art. 35.1 y 40.1 CE) y aplicación de la normativa internacional[12], al insertarse su tutela, de forma específica, en el art. 41 de la Carta Magna[13].

Si se analiza las múltiples disposiciones reguladoras en esta materia se comprueba la debilidad en la prestación que dispensa la Seguridad Social, la cual es, en muchos casos, insuficiente para garantizar un nivel de rentas suficiente para vivir[14]. Motivados por la necesidad económica, cada vez más, los beneficiarios de la prestación por desempleo (y también aquellos que han agotado su protección o que no han completado su período mínimo de cotización) están efectuando prácticas laborales encubiertas, irregulares[15] o ilegales, al tiempo que observan impotentes la falta de respuesta de los Poderes Públicos al problema de la crisis económica. Ahora bien, no todo puede decirse que sea necesidad, también se encuentran en la *praxis* supuestos de picaresca en donde el sujeto acepta lo que sea por tal de aumentar su nivel de ingresos[16].

La preocupación por atajar el fraude en la prestación por desempleo ha sido una constante en los diferentes Gobiernos de España y así ha quedado reflejada en las medidas que se han adoptado en nuestro país –como luego se verá–. El empleo sumergido no sólo invita a la precariedad laboral, sino que también conduce a la competencia desleal por medio

[9] Aquí se incluyen también las distintas Administraciones Públicas (Nacional, autonómica y local), incluida las Supranacionales. GARCÍA MURCIA, J.: "Desempleo"… op.cit., pág. 52 y siguientes.

[10] A este respecto, cabe conectar la protección por desempleo con la organización de los servicios públicos de colocación. De esta forma, se facilita la consecución de un empleo gracias al desarrollo de "…acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados, y aquellas otras que tengan por objeto el fomento del empleo estable. Todo ello sin perjuicio, en su caso, de las competencias de gestión de las políticas activas de empleo que se desarrollarán por la Administración General del Estado o por la Administración Autonómica correspondiente, de acuerdo con la normativa de aplicación" (art. 206.2 LGSS).

[11] En definitiva, "la protección por desempleo (pasiva) y la política activa habrán de desenvolverse dentro de una misma programación: ni las acciones activas pueden desconocer la posibilidad del desempleado de obtener ingresos sustitutivos del salario, ni éstos pueden actuar en sentido contrario a los objetivos de incentivación del empleo…", ver GARCÍA MURCIA, J.: "Desempleo"… op.cit., pág. 82.

[12] MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*… op.cit., pág. 34. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*… op.cit., pág. 445.

[13] "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo"

[14] MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*… op.cit., pág. 444-445.

[15] MONZO GIMÉNEZ, A.: "El fraude a las prestaciones por desempleo, entre la picaresca y la necesidad", *Diario La Ley*, 1988, págs. 869-870 en versión digital. A este respecto se "… incluye en dichas situaciones a personas que dedican una buena parte de su tiempo en ayudar en los negocios familiares, comercios, bares, restaurantes, laborales agrícolas y ganaderas…etcétera".

[16] MONZO GIMÉNEZ, A.:"El fraude a las prestaciones por desempleo, entre la picaresca y la necesidad"…op.cit., págs. 869 y siguientes.

de salarios más bajos y al impago de las cotizaciones[17], por no hablar del grave atentado que contra los derechos de los trabajadores provoca[18].

2.1. El fraude y su ubicación en el ordenamiento jurídico: doctrina judicial, concepto, y *modus operandi* del subsidiario

Para la doctrina judicial no ha sido tarea fácil definir qué se entiende por fraude, ya que son muchas las formas en que este fenómeno puede manifestarse, a saber: engaño, simulación, omisión, estafa, desfalco…etc). Por este motivo, durante largo tiempo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) ha estado dividida en dos líneas de pensamiento, de un lado, la que entendía que el hecho de que uno o varios trabajadores obtuvieran prestaciones por desempleo que no le correspondían debía considerarse como un delito de "fraude en las subvenciones"[19], por aplicación del principio de especialidad[20] y, de otro lado, la que defendía que los hechos descritos podrían asemejarse al delito de estafa, en donde la pena resulta más favorable para el sujeto infractor[21]. Independientemente de la posición del tribunal, la comisión de este ilícito quedaba ubicado en el antiguo artículo 350 del Código Penal (CP)[22] –hoy art. 308 del CP–, estableciéndose así un doble régimen de sanciones (administrativas y penales)[23]. La razón de esta disyuntiva se encontraba en el hecho de que el fraude a la Seguridad Social no aparecía castigado penalmente en ningún precepto legal, por lo que se asimilaba dicho término a los "falseamientos u ocultaciones en subvenciones y ayudas concedidas por una Administración Pública". Ante la falta de unanimidad, la respuesta del Supremo no tardaría mucho en llegar, pronunciándose finalmente en el primero de los sentido indicados: … *pese a la objeción alguna vez formulada de que el subsidio por desempleo no es una subvención (…), se reconoce que la finalidad de consecución de un fin público "indudablemente concurre en la actividad pública encaminada a paliar los efectos*

[17] BAVIERA PUIG, I: "Avances en la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 9-10, Enero-febrero 2014, pág. 88.

[18] FERNÁNDEZ ORRICO, J.:"La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social", *Relaciones Laborales*, nº 1, Enero de 2014, pág. 2 versión digital.

[19] Véase STS de 19 de abril de 1997 (RJ 1997\3030): *De esta manera, se evita también la injusta situación en la que se encontraban los trabajadores en paro, sometidos a un régimen más riguroso que los empresarios con dificultades económicas que recurrieran a la obtención fraudulenta de una subvención. También se evita de esta manera la consecuencia similar a la que conduce el punto de vista defendido en la teoría que -sin ningún fundamento legal- entiende que el art. 350 CP, derogado era aplicable únicamente a subvenciones y ayudas de fomento de actividades económicas. Si esto fuera correcto, las subvenciones y ayudas que persiguen un interés social, como las destinadas a los trabajadores en paro, estarían sometidas a la protección penal de la estafa, que no limita la punibilidad a los ilícitos que superen una determinada suma defraudada (2.500.000 ptas. hasta la LO 6/1995 y 10.000.000 desde la entrada en vigor de ésta y en el derecho vigente).* En concreto véase el Fundamento Jurídico Primero, apartado 2.

En esta misma línea, la STS de 4 de julio de 1997 (RJ 1997\6236), en la que además se añade que la cuantía de 10.000.000 ptas del art. 308 CP es un elemento del delito que no puede ser determinada en la ejecución de la sentencia. Véase,

[20] Según expresa el TS, entre el delito de estafa (*lex generalis*) y el delito de fraude de subvenciones (*lex especialis*), pues, hay una relación de concurso aparente de leyes, que se resuelve a favor de este último delito en virtud del principio de especialidad (STS de 19 de abril de 1997, antes mencionada).

[21] STS de 13 de abril de 1999 (RJ 1999\4846); 19 de marzo de 2001 (RJ 2001\3560) y 28 de noviembre de 2013 (RJ 2013\8397).

[22] Artículo que fue incluido por la Ley Orgánica 6/1995.

[23] Por lo que sólo cuando se superase la cantidad de diez millones de pesetas se aplicaría la sanción penal, siendo la sanción administrativa aplicable en caso de que la suma defraudada fuese inferior.

sociales negativos del paro laboral…; por lo que cabe extender el concepto del art. 308 CP (fraude de subvenciones) también al engaño relativo en la prestación por desempleo[24].

Al margen de estas conjeturas que realizan los tribunales de lo penal, se observa como en el derecho privado[25] sí se describe con claridad este término en el artículo 6.4 del vigente Código Civil (CC): "Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir". Aunque parezca una norma exclusiva de la legislación civil, el Tribunal Constitucional (TC) ya ha aclarado que este concepto es también aplicable al resto de ramas del ordenamiento jurídico (incluido el laboral y de Seguridad Social)[26].

Para que exista un fraude en la prestaciones a la Seguridad Social, primero, debe el trabajador (o en connivencia o acuerdo con el empresario –*consilium fraudes*–[27]) crear una apariencia de legalidad; segundo, violar el contenido ético del precepto legal que se ampara; tercero, cometer un ilícito administrativo[28] con el propósito; cuarto, de obtener (en este caso) la protección por desempleo.

En relación a las prestaciones por desempleo, el fraude se produce cuando el beneficiario incumple su "compromiso de actividad" (art. 231 de la LGSS), es decir, no busca un empleo (1), realiza un trabajo oficialmente no declarado (2) y obtiene unos ingresos complementarios a los de la prestación (3)[29]. Sin embargo, no tienen por qué concurrir a un mismo tiempo esos tres elementos para que se hable de fraude, ya que las situaciones pueden ser muy distintas y no por ello todas perseguibles. Cabe hablar, entonces, de los siguientes supuestos fraudulentos: a) un parado forzoso que tras un golpe de fortuna lleva a cabo pequeños trabajos, compatibilizando éstos con el disfrute de la prestación por desempleo[30];

[24] *El concepto de subvención debe englobar las prestaciones otorgadas por la Seguridad Social, que entendemos incluidas por cuanto se trata de atribuciones patrimoniales otorgadas por un organismo de carácter público a un particular, persona física o jurídica, y destinadas al cumplimiento de determinados fines…* véase las STS de 15 de febrero del 2002 (JUR 2002\132117); 1 de marzo de 2002 (LA LEY 3455/2002) y 29 de mayo de 2002 (RJ 2002\5580). Para un conocimiento más exhaustivo de esta materia, véase SOTO NIETO, F: "Fraude de subvenciones o ayudas por desempleo", *Diario La Ley*, nº 5575, 2002, p. 1955 y siguientes. JAÉN VALLEJO, M: "El fraude de prestaciones por desempleo constituye una conducta prevista en el art. 308 CP, por razón del principio de especialidad", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 04-j01, 2002, p. 1 y ss.

[25] STS (Sala de lo Civil) de 8 de octubre de 2003 (RJ 2003\7224).

[26] STC de 26 de marzo de 1987 (RTC 1987\37).

[27] STSJ de Castilla y León (Burgos) de 27 de julio del 2001 (JUR 2001\293930): *La connivencia constituye un acuerdo de voluntades para lograr un fin lícito o ilícito, exteriorizando una voluntad distinta que la realmente querida y pactada, amparada bajo una forma legal diferente que le sirve de cobertura. Constituye en definitiva una simulación contractual en el que los contratantes de mutuo acuerdo y con plena conciencia y voluntad, adoptan un acuerdo con un contenido o finalidad distinta de la que manifiestan al exterior, adoptando una forma típica cuyos efectos son distintos de los realmente queridos* (FJ 4º). Véase también la STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2007 (JUR 2007\200886).

[28] SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M.: *Los criterios de graduación de en las sanciones administrativas en el orden social*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pág. 115.

[29] MONZO GIMÉNEZ, A.: "El fraude a las prestaciones por desempleo, entre la picaresca y la necesidad"…op.cit., págs. 11 y siguientes.

[30] Sentencia del Tribunal Central de Trabajo (STCT) de 1 de mayo de 1979 y de 2 de octubre de 1986; STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de mayo de 2001 (AS 2426). Estas actuaciones clandestinas son típicas de las empleadas de hogar, los subsidiarios con estudios que dan clases particulares, camareros, pintores y electricistas que trabajan a domicilio…etc. Es decir, actividades que muchas veces se desarrollan en domicilios personales, en

b) beneficiarios de la prestación que trabajan temporalmente por cuenta propia o ajena con horario fijo[31]; c) el "beneficiario golondrina", esto es, aquél que trabaja durante el tiempo mínimo para tener derecho al desempleo, el cual, una vez agotado, ingresa de nuevo en la población activa y así sucesivamente[32]; d) el falso desempleado que en realidad tiene un trabajo fijo[33].

La labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), coordinada con la de otros organismos, resulta esencial aquí para frenar el daño que a las arcas del sistema laboral está originando la actuación engañosa de los perceptores de la prestación por desempleo.

Sin embargo, en la actualidad, no sólo defraudan los beneficiarios de las prestaciones por desempleo, sino también los propios centros, entidades y organizaciones sindicales y patronales que reciben las subvenciones Estatales o Autonómicas para el desarrollo de programas de formación para desempleados[34]. Lo lamentable es aquí que estas prestaciones accesorias (o complementarias anejas a la principal) sean provistas para fines lucrativos privados, en lugar de ser destinadas a impulsar el empleo, mejorar la competitividad de los parados[35] o su reinserción en el mercado laboral[36]. Por lo que la protección por desempleo queda de nuevo aquí desvirtuada al pender de un fino hilo que se rompe con la actuación simulada de los encargados en la formación profesional de los parados. Por triste que pueda parecer, estas entidades han aprovechado la coyuntura de la situación económica como arma

donde la Inspección de Trabajo no puede acceder, sin previo consentimiento del titular, al tratarse de un ámbito reservado a la intimidad personal. Resulta ejemplar en este punto la STEDH de 9 de octubre de 2012, caso Zwinkels contra Países Bajos, (núm. 16593/10) que denuncia la violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) por la entrada, sin permiso, de dos inspectores de trabajo en el garaje del domicilio en donde trabajaba el recurrente, con la finalidad de interrogar a dos extranjeros que estaban pintando en la casa y de quienes quienes sospechaban que no tenían permiso de trabajo. El TEDH declaró, finalmente, inadmisible la demanda de conformidad con lo previsto por el art. 35.3 b) y 4 del CEDH.

[31] STS de 24 de julio de 2001 (Ar.8080): *No tiene derecho a las prestaciones por desempleo el sujeto que está dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Las prestaciones por desempleo son incompatibles con el trabajo por cuenta propia. Dicha incompatibilidad no desaparece aunque la posible beneficiaria es titular de una licencia de taxi y había cedido la administración y explotación a su cónyuge. Además permanecía de alta en el impuesto de actividades económicas y ello no es debido a un descuido, si no que necesariamente como es titular de una licencia de taxi, los beneficios económicos que comporta la explotación pertenecen a su titular y por los mismos debe pagar los correspondientes impuestos*.

[32] Esta actitud es típica de los trabajos familiares, de amistad…etcétera en donde el empresario da de alta al trabajador, pudiendo éste prestar o no la actividad laboral. Ver MONZO GIMÉNEZ, A.: "El fraude a las prestaciones por desempleo, entre la picaresca y la necesidad"…op.cit., pág. 15 y siguientes. En esta línea, FERNÁNDEZ ORRICO, J.: "La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social"… op.cit., págs. 15 y siguientes.

[33] Este supuesto se da mucho en el ámbito del trabajo agrario, sector de la construcción y falsos autónomos. MONZO GIMÉNEZ, A: "El fraude a las prestaciones por desempleo, entre la picaresca y la necesidad"…op.cit., pág.15

[34] En Andalucía se han destapado ya varias tramas de captación de estas subvenciones, gracias a la labor realizada por la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal. La llamada "Operación Edu" investiga a varias personas por el presunto fraude en los cursos de formación para desempleados financiados por la Junta de Andalucía.

[35] Ver la Resolución de 4 de marzo de 2014, l Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones a los programas de Escuelas Taller y Casas de Oficios y de Talleres de Empleo, en el ámbito exclusivo de gestión del citado Servicio, de proyectos en colaboración con órganos de la Administración General del Estado (BOE núm. 96).

[36] Véase la Resolución de 30 de julio de 2014, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se prorroga la vigencia y se modifica la de 1 de agosto de 2013, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero (BOE núm.193, de 9 de agosto de 2014).

arrojadiza contra los más necesitados, ya que los controles que hasta ahora se han utilizando por el SPEE son completamente inefectivos. Ello evidencia que algo está fallando y que deberán adoptarse una serie de medidas si es que realmente se quiere recuperar la senda del crecimiento económico y del empleo.

2.2. La prueba del fraude y la actuación judicial

La demostración objetiva de que un sujeto actúa de forma fraudulenta para obtener la prestación por desempleo no supone una tarea nada fácil para aquel que lo invoca[37]. Y es que hay que tener en cuenta que "el fraude no se presume, sino que ha de probarse"[38], lo que implica, muchas veces, indagar en la vida privada de las personas. Por esta razón, las investigaciones que llevan a cabo la ITSS, Entidades Gestoras y Servicios Comunes, han de seguirse con la máxima cautela para no vulnerar el derecho a la intimidad (art. 18 CE)[39].

Varios son los elementos que entran aquí en escena y que deberán ser probados, directa o indirectamente, admitiéndose, en este caso, el juego de presunciones del art. 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en donde: "A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" (*praesumptio hominis*)[40].

La prueba directa es la más difícil de demostrar, pues supone que el autor (o autores) de la conducta fraudulenta reconozca expresamente su actuación, lo cual conduce a la impunidad de esta clase de conductas. Por eso, lo normal es que el fraude se acredite sobre la base de indicios[41]o deducciones lógicas (prueba indirecta) que pongan de manifiesto el elemento intencional característico de elusión en la aplicación de una norma para que, en su lugar, se aplique otra que conlleve el fin perseguido[42]. Para ello, señala el TC que se debe partir de: a) de unos hechos plenamente probados y b) que de los hechos constitutivos de delito se deduzcan esos indicios, a través de un proceso mental y razonado[43]. A este respecto, cobran gran valor las actas que son elaboradas por la ITSS, en donde sus funcionarios constatan y dan fe[44] de unos hechos irregulares (presunción imperativa de certeza)[45] de los

[37] Normalmente, es el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) el que "de oficio" inicia el procedimiento ante la autoridad judicial (Ver Disposición Adicional Tercera del RD-Ley 5/2002 de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad) y al que le corresponde demostrar fehacientemente la actuación fraudulenta. Ver PURCALLA BONILLA, M.A.: "Prestaciones por desempleo vinculadas a contratación temporal fraudulenta o abusiva: reclamación judicial de oficio por parte del INEM", *Diario La Ley*, nº 5708, 2003, pág. 1 y siguientes en versión digital.

[38] STS de 14 de mayo del 2008 (RJ 2008\3292) y 12 de mayo del 2009 (RJ 2009\3252).

[39] FERNÁNDEZ ORRICO, J.: "La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social"… op.cit., pág. 6.

[40] En tanto se demuestra el fraude de ley, "La entidad gestora podrá suspender el abono de las prestaciones por desempleo cuando se aprecien indicios suficientes de fraude en el curso de las investigaciones realizadas por los órganos competentes en materia de lucha contra el fraude" (medida introducida por la Disposición Final 1ª del RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo).

[41] STSJ de Aragón de 5 de junio de 2008 (AS 2008\2412).

[42] STSJ de la C. Valenciana de 2 de mayo de 2006 (JUR 2006\261435).

[43] STC de 26 de febrero de 2007 (RTC 2007\43) y 2 de julio del 2012 (RTC 2012\144).

[44] Según establece el Criterio Técnico núm. 6/1997 de 11 de junio de 1997, sobre presunción de certeza de las Actas de Infracción (elaborado por la Dirección General de Inspección de Trabajo y de Seguridad Social): "el término

que cabrá deducirse una serie de conclusiones lógicas. Y, a partir de estas, podrá ahora demostrarse la falacia en la actuación del presunto sujeto infractor[46].

Un aspecto de especial interés que habrá de valorar aquí el órgano jurisdiccional es el de la "intencionalidad" o "ánimo de defraudar" como fin para obtener prestaciones por desempleo (es lo que la doctrina denomina como "intencionalidad cualificada")[47]. Este presupuesto resulta muy difícil de juzgar[48] teniendo en cuenta sólo los hechos que el inspector de trabajo refleja en el acta. Y es que, demostrar ese elemento subjetivo o de intención fraudulenta del presunto sujeto infractor supone para los funcionarios de la ITSS o, incluso del SPEE[49], adentrarse en la interioridad de las personas.

---

constatación no tiene necesariamente una significación estricta de comprobación directa e inmediata por el Inspector, sino que éste establece, en su caso, la veracidad de tales hechos previo proceso de investigación a través de medios o fuentes de conocimiento indirectas… Los hechos que motivan el acta deben ser suficientemente relatados (incorporados) en la medida que se hayan constatado en la fase probatoria y en cuanto que sean relevantes para la determinación de la comisión infractora y la calificación y graduación de las sanciones que proceda…".

[45] "Por mandato legal caben considerarse veraces los hechos que el Inspector afirme en el acta haber comprobado tal y como los describe", DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M.: *Actas, informes y requerimientos de la Inspección de Trabajo*, Pamplona, Lex Nova, 2004, pág. 242. FERNÁNDEZ ORRICO, J.:"La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social"… op.cit., pág. 10.

[46] STSJ de Madrid de 26 de julio del 2011 (RJCA 2011\678). La conclusión que alcanza aquí la Sala es la de admitir la existencia de una fraude en la prestación por desempleo en base a los hechos que son constatados en el acta de la ITSS. Así es, la ITSS interroga a un representante legal de la empresa quien le reconoce que "el trabajador se fue porque compró una empresa" y el trabajador "llegó a un despido amistoso con la empresa puesto que él tenía voluntad de marcharse a una Correduría de Seguros". Para este tribunal resulta extraño que el trabajador acepte un despido disciplinario y renuncie recurrirlo ante la jurisdicción social en que podría conseguir una importante indemnización si el despido es declarado improcedente.

Muestra de la desconfianza existente en torno a las actuaciones que son llevadas a cabo por trabajadores y empresarios, la Disposición Final 1ª. 2 RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, modifica el párrafo tercero del art. 229 de la LGSS, permitiendo ahora que: "La entidad gestora podrá exigir a los trabajadores que hayan sido despedidos en virtud de las letras c), d) y e) del apartado 1 del artículo 208, acreditación de haber percibido la indemnización legal correspondiente. En el caso de que la indemnización no se hubiera percibido, ni se hubiera interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva, o cuando la extinción de la relación laboral no lleve aparejada la obligación de abonar una indemnización al trabajador, se reclamará la actuación de la Inspección a los efectos de comprobar la involuntariedad del cese en la relación laboral".

[47] FERNÁNDEZ ORRICO, J.:"La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social"… op.cit., págs. 14 y siguientes.

[48] Durante algún tiempo la doctrina del TS se encontraba divida en dos posturas, de un lado, la que mantenía la necesidad de demostrar ese elemento de intencionalidad (tesis subjetiva) y, de otro lado, la que defendía que lo esencial es la violación de la ley independientemente de la intención (tesis objetiva). Actualmente, la doctrina mayoritaria más reciente de la Jurisdicción Social se ha inclinado por la primera de estas tesis, afirmando que: … *el fraude es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención, de manera que para que pueda hablarse de fraude es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico persiga, pretenda o muestre el propósito de eludir otra norma del propio ordenamiento* (ver STS de 12 de mayo de 2009 –RJ 2009\3252– y 6 de febrero de 2003 –RJ 2003\3086–).

[49] *No puede establecerse que la mera sucesión de contratos, uno primero de carácter indefinido, y otro segundo de carácter temporal con duración de unos tres meses, equivale, "per se" y sin ninguna circunstancia adicional, a una situación de fraude de ley cuya inexistencia deba ser probada por el trabajador ya que la baja pudo obedecer a múltiples razones y la intención fraudulenta en la nueva contratación requiere la prueba plena (por parte de quién alega el fraude,* SEPE*), notoria e inequívoca de la inexistencia de una efectiva prestación de servicios o de la simple apariencia formal del segundo contrato, de modo que se pruebe inequívocamente la existencia de fraude.* Ver STS de 6 de febrero de 2003 (RJ 2003\3086).

Para demostrar esa intencionalidad habrá de ponerse en conexión los hechos probados con los resultados obtenidos y, aun así, se pueden encontrar pronunciamientos muy diversos. Ciertamente, subsiste todavía algún sector de la doctrina judicial que mantiene que no hay fraude si realmente se subscribió un contrato de trabajo, aun cuando el trabajador no prestara efectivamente sus servicios, con la única finalidad de obtener prestaciones de la Seguridad Social[50]. Sin embargo, la doctrina mayoritaria mantiene una postura completamente contraria, por lo que sí se demuestra que la intención de ambas partes (trabajador y empresario) es la de que el trabajador obtenga la prestación por desempleo, independientemente de que se reuniera o no los requisitos de laboralidad, estaríamos ante un fraude[51]. Este último es el caso típico de las llamadas empresas ficticias, en donde se formalizan diversos contratos y se dan de alta a personas con la intención de obtener beneficios, a través de prestaciones o legalización de personas extranjeras[52].

Finalmente, deberá concurrir el elemento de "la exigencia de un resultado fraudulento" en la prestación temporal (teoría objetiva). Ahora bien, ¿es necesario que se alcance el objetivo? o ¿basta con la mera tentativa o puesta en marcha del fraude? La respuesta a estas preguntas variará según las circunstancias de cada caso[53]. Ahora bien, lo que sí está claro es que si llega a demostrar la compatibilización indebida de la prestación por desempleo con el trabajo, automáticamente será sancionada esa conducta como de infracción grave (art. 26.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, por el que se aprueba la Ley de Infracciones y Sanciones –LISOS– y 221.1 LGSS).De igual modo, si se produce su "solicitud" (aunque todavía no haya recaído resolución de la Entidad Gestora) también cabrá ahora imponer sanción muy grave. En efecto, hasta el Real Decreto-Ley 20/2012 de 13 de julio, únicamente podía sancionarse al empresario (con infracción muy grave por no dar de alta su empleado)[54], pero no al trabajador, por no ser todavía perceptor de la prestación por desempleo[55].

[50] *No cabe presumir nada, ni aventurar actuación fraudulenta en quién simplemente pretende tener un acogimiento adecuado en el sistema de Seguridad Social*, (ver STSJ de Extremadura de 2 de febrero del 2010 -JUR 2010\112738-). Normalmente este comportamiento se encuentra en relaciones de amistad o sentimentales (con "connivencia" entre empleador y trabajador) en donde el único objetivo es la obtención de la prestación por desempleo.

[51] FERNÁNDEZ ORRICO, J.:"La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social"… op.cit., pág. 15 y siguientes.

[52] Cuando ese ocurra la ITSS deberá emitir informe la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), detallando todos los datos de los trabajadores afectados al objeto de que se proceda a la revisión de oficio y anulación de tales altas (arts. 54 y 56 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social), sin perjuicio del inicio del correspondiente procedimiento sancionador.

[53] Así por ejemplo, en el caso de empresas ficticias basta la mera constatación de que se ha dado de alta al trabajador y éste no desarrolla su actividad laboral para entender la existencia de un fraude. Sin embargo, el supuesto anterior en donde el trabajador finge ser despedido disciplinariamente, sino llega a consumarse el fraude porque no solicita la prestación dado que encuentra otro empleo, no cabría hablar de engaño. FERNÁNDEZ ORRICO, J.:"La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social"… op.cit., págs. 18- 19.

[54] FERNÁNDEZ ORRICO, J.: *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, pág. 110-115.

[55] LÓPEZ PARADA, R.A.: "Otras modificaciones introducidas en la Ley de infracciones y sanciones en el orden social por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social", en VV.AA, CAMINO FRÍAS, J.J. (DIR) *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*, Pamplona, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013, pág. 292- 293.

3. MEDIDAS FRENTE AL EMPLEO IRREGULAR Y EL FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL

La lucha contra el empleo irregular ha sido una constante en las instituciones de la UE desde el Libro Blanco[56] y la Comunicación a la Comisión Europea sobre el trabajo no declarado. Posteriormente se impulsaron otras iniciativas comunitarias[57] que, partiendo del estudio sobre el trabajo no declarado en los diferentes Estados europeos, buscaban modernizar cada una de estas legislaciones nacionales mediante un plan de choque que integraba los siguientes aspectos: a) mejorar la cooperación transnacional; b) intensificación del papel de la ITSS y c) actuación coordinada e intercambio de información entre los organismos implicados. El resultado final fue la aprobación de la Estrategia Europa 2020: "Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", documento mediante el cual se promueve un paquete de medidas que pretenden prevenir el trabajo irregular y luchar contra la economía sumergida. Y para reforzar el papel de las inspecciones de trabajo nacionales en la UE, con motivo del elevado número de fraudes al sistema de Seguridad Social, se crea en 2012 un proyecto conjunto entre la Organización Internacional del Trabajo y la Comisión Europea denominado "Estrategias de la ITSS para combatir el trabajo no declarado en Europea".

En España, la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social cuenta también con sus antecedentes[58], sin embargo, entre los hitos más importantes que se han indicado cabe destacar, de un lado, el Plan 2012-2013 aprobado por Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012 y, de otro lado, la Ley 13/2012, de 26 de diciembre (BOE núm. 311)[59].

---

[56] Elaborado por la Comisión Europea en 1993 y que trataba sobre "Crecimiento, competitividad y empleo". El Informe Delors –que fue su artífice- ya ponía de manifiesto el hecho relevante del desempleo en toda Europa, el cual se caracteriza por: 1) un elevado nivel de paro de larga duración y 2) su incidencia en trabajos no cualificados o poco cualificados. Ver MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*… op.cit., pág. 13.

[57] A saber: Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 14 de enero de 2003, - «El futuro de la estrategia europea de empleo (EEE) - una estrategia para el pleno empleo y mejores puestos de trabajo para todos» [COM (2003); Resolución del Consejo sobre la transformación del trabajo no declarado en empleo regular (2003/C 260/01), publicado el 29/10/2003 en el Diario Oficial de la UE; Informe de la Comisión de mayo de 2004 sobre el trabajo no declarado en una Unión ampliada titulado «Análisis del trabajo no declarado: estudio en profundidad de elementos concretos»; Libro Verde de la Comisión, de 22 de noviembre de 2006, «Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI» [COM (2006) 708; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 24 de octubre de 2007, «Intensificar la lucha contra el trabajo no declarado» de 2007; el Informe del Parlamento Europeo sobre la intensificación de la lucha contra el trabajo no declarado (2008/2035(INI)); Proyecto europeo ICENUW sobre cooperación en la lucha contra el trabajo no declarado entre las inspecciones europeas…etc.

[58] Entre otros, destacan: el Plan de Acción sobre empresas ficticias y altas fraudulentas (2010) impulsado por la TGSS y la ITSS; el Plan Integral de prevención y corrección del fraude fiscal, laboral y a la Seguridad Social, aprobado en marzo de 2010 y elaborado por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la ITSS y la TGSS; , el Plan Anual de Política de Empleo para 2013, aprobado por el Consejo de Ministros de 2 de agosto de 2013 y, finalmente el Decreto-Ley 9/2014, de 15 de julio, por el que se aprueba el Programa Emplea30+ (BOE núm. 140, de 21 de julio de 2014).

[59] Entre los objetivos que recoge esta ley está la obtención y disfrute en fraude de ley de las prestaciones por desempleo, particularmente en aquellos supuestos en que se constituyen empresas ficticias para poder acceder a aquellas o donde se compatibiliza de manera irregular su percepción con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia. AMAYA PILARES, Mª.S.: "Lucha con el fraude con especial incidencia en la actuación del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social", VV.AA.: *Sostenibilidad y lucha contra el fraude en la Seguridad*

Para corregir las irregularidades que en la obtención de las prestaciones por desempleo en fraude de ley se están efectuando, se han fijado las siguientes pautas de actuación: 1) reformas en la organización y funcionamiento de la ITSS; 2) incremento del número de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social; 3) refuerzo de los instrumentos de coordinación y colaboración de la ITSS con otros organismos (SPEE, INSS, TGSS…etc)[60]; 4) desarrollo de nuevas campañas y concentración de inspectores, sobre todo en sectores en donde los niveles de fraude son más elevados (por ejemplo: construcción, industria, servicios, comercio…etc); 5) introducción de un nuevo delito más específico para las situaciones de fraude en las prestaciones a la Seguridad Social (art. 307 ter del CP)[61] y 6) modificación de la LISOS en materia de protección por desempleo (art. 46) y aumento de la cuantía de las sanciones en caso de compatibilizar la prestación de servicios con el disfrute del subsidio por desempleo (art. 26 y 40.1 a)).

De entre este catálogo de medias, la que más efectividad y resultados ha dado en la práctica (en cuanto que ha destapado un importante número de actuaciones fraudulentas en orden a obtener indebidamente prestaciones por desempleo) ha sido la de efectuada mediante la coordinación y colaboración entre los organismos que son competentes en materia de políticas laborales. A este respecto, se ha creado en marzo de 2012 un "Grupo de Trabajo para el control, depuración y seguimiento de las inscripciones de empresas y altas, bajas, variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social indebidas por su carácter ficticio o fraudulento", en la que participan: la Dirección General y Provincial de la TGSS, la Dirección General y Provincia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y colaboran las Entidades Gestoras implicadas (principalmente el SPEE y el INSS). La única motivación que ha movido a la TGSS y a la ITSS a formalizar este grupo[62] y dictar la correspondiente instrucción conjunta no es otra que la de frenar el impulso y creación de "empresas ficticias". En efecto, en los últimos años se ha observado un importante incremento de este fenómeno, espoleado todo ello gracias a la situación de crisis económica y a la falta de empleo, que ha

Social. XIII Jornadas de la Asociación profesional del cuerpo superior de letrados de la Administración de la Seguridad Social, LOZANO ORTIZ, C (DIR), Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pág. 40.

[60] Cabe destacar aquí: a) los convenios de colaboración entre la ITSS y la AEAT (Agencia Estatal de Administración Tributaria)–que a su vez- realizan actuaciones coordinadas con las Comunidad Autónomas; b) el Convenio de 30 de abril de 2013, sobre colaboración de la ITSS y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Resolución de 4 de noviembre de 2013 –BOE núm. 268 de 8 de noviembre de 2013-); c) la regulación de la actuación y autorización de entrada de la ITSS cuando se traten de un centro de trabajo que coincida con el domicilio del trabajador, modificada por la Ley 36/2011, 10 de octubre reguladora de la jurisdicción social y d) actuación colaboradora entre organizaciones sindicales y empresariales más representativas, por medio de la cual se crea la Comisión Consultiva Tripartita de las ITSS (Orden TAS 3869/2006, de 20 de diciembre (BOE núm. 304).
Llama aquí la atención el aumento de los mecanismos de control del fraude que el SPEE, en colaboración con la ITSS, está efectuando para los beneficiarios del Programa Temporal de Protección por desempleo (PRODI). Las inspecciones se están realizando aquí de forma aleatoria o a instancias de un técnico que percibe una situación sospechosa. Normalmente, se les vuelve a requerir toda la documentación a los beneficiarios para comprobar la veracidad de los datos, se les puede citar durante días distintos a distintas horas para comprobar que no trabajan en la economía sumergida y que tienen derecho a la prestación. En el caso que se detecte alguna irregularidad, se debe informar al interesado para que demuestre la situación inicial. Si se corrobora el fraude se le retirará la prestación al solicitante y se le obligará a devolver todas las cuotas percibidas.

[61] Tras la modificación operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre (BOE núm. 312). La introducción de este nuevo delito convivirá con los correspondientes tipos administrativos, de manera que la coordinación entre la represión penal y administrativa en esta materia deberá partir de los principios sentados en el art. 3 de la LISOS.

[62] Integrado por tres funcionarios de la TGSS y 3 funcionarios de la ITSS. Debiendo en cada una de las provincias de crearse similares órganos y unidades, siendo el Director Provincial y el Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social los responsables (a este nivel) del seguimiento de empresas ficticias y coordinación de actuaciones.

servido como vehículo para fines fraudulentos. Principalmente, los funcionarios de estos organismos indagan conjuntamente sobre la base de declaraciones y solicitudes que simulan la existencia de relaciones laborales por todas o parte de las personas dadas de alta en la Seguridad Social en empresas, y cuya objetivo es completar períodos de cotización o permanencia en el sistema social que permitan cumplir, en fraude de ley, los requisitos exigidos para el acceso a las prestaciones[63]. En la mayoría de los casos los trabajadores pagan una suman económica al gestor de la empresa[64] para que proceda a darles de alta en las misma y así poder, posteriormente, disfrutar de las prestaciones de incapacidad temporal o desempleo (que de hecho son las que más se emplean fraudulentamente en momentos de crisis).

Iniciada la actuación inspectora[65] se comprueba: 1) que en la empresa no se desarrolla actividad (el centro siempre está cerrado o se corresponde con el domicilio del empresario o se trate de un centro pendiente de alquiler o venta) y 2) que los trabajadores están percibiendo algún tipo de prestación. Si la ITSS prueba la existencia de un posible fraude, informará inmediatamente por correo electrónico (en el donde en el asunto figurará las palabras "Alerta Empresa Ficticia") a la TGSS y a posibles organismos afectados, al objeto de que procedan a la revisión de oficio y anulación de altas. A continuación, se abrirá el correspondiente procedimiento de actuación: instrucción de expediente, participación de interesados (empresario, administrador o Autorizado RED y, si fuera preciso, también los trabajadores), trámite de audiencia y resolución.

De igual modo, y para que no quede ningún resquicio de duda sobre una posible situación de fraude, se ha previsto también en esta instrucción cuáles son las actuaciones que debe seguirse por las Administraciones de la Seguridad Social a la hora de tramitar inscripciones de empresas y/o en supuestos de reinicio de actividad, así como de seguimiento posterior a la materialización de la inscripción de la empresa[66].

El resultado del balance de este plan a nivel nacional, para el período 2012 y 2014, ha sido de un descubrimiento de 5.496 empresas ficticias en donde se habían subscrito 78.056 altas falsas de trabajadores, ahora bien, el número total de trabajadores empleados irregularmente ha sido de 170.941 en empresas legalmente constituidas[67]. En la provincia de Granada, el volumen de alertas por empresas ficticias en 2014 (desde enero hasta diciembre) que ha recibido la dirección provincial del SPEE asciende por encima de las 120 empresas ficticias.

Finalmente, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, ha creado un buzón electrónico contra el fraude laboral, con la intención de recoger información ciudadana sobre

[63] Ver Artículo Primero de esta instrucción: el objeto.

[64] Normalmente el gestor suele ser un asesor laboral que está dado de alta como autónomo y que efectúa su actividad defraudadora para varias empresas ficticias. Las cantidades monetarias que habrán de pagar los trabajadores son pactadas entre ambas partes teniendo en cuenta el tiempo que estarán dados de alta en la empresa ficticia.

[65] Ya sea, previa denuncia, de oficio por la Dirección General de la TGSS o Jefatura de la ITSS, con ocasión de actuaciones (judiciales, policiales o del Ministerio Público), requerimiento de otros organismos, extracción de datos informáticos que obren en poder de entidades públicas…etc.

[66] En este último caso, se analizarán aspectos tales como: a) movimiento de altas de trabajadores, b) volumen de altas cursadas, c) tipos de transmisión de las altas (individual o por remesas); d) vidas laborales (de empresarios y trabajadores); e) movimientos anudados por trabajadores; f) transmisión de documentos de cotización y g) verificación de los ingresos de cuotas en el primer mes en que resulte obligatorio el mismo.

[67] Véase la nota de empresa emitida en junio de 2014 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Interior y el Gabinete de Comunicación. http://prensa.empleo.gob.es/

presuntas irregularidades, sin necesidad de aportar ningún dato personal[68]. Y también, como respuesta administrativa a la necesaria especialización en el mundo judicial de esta materia[69], se ha puesto en funcionamiento una Unidad Especial de Colaboración y Apoyo a los Juzgados y Tribunales y a la Fiscalía General del Estado para la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social[70].

4. CONCLUSIONES

En momentos de crisis económica la protección de desempleo se alza en un plano prioritario, convirtiendo a esta contingencia en la prestación estrella de todo el sistema jurídico de Seguridad Social.

Durante estos últimos años, los cambios cualitativos que vienen experimentando las prestaciones por desempleo dan muestra más que evidente de la deficiente función que están desempeñando las políticas públicas de empleo. Tales medidas no son capaces de frenar un fenómeno que cada día se hace más persistente y crónico en el tiempo. La enorme preocupación que ha suscitado esta temática ha motivado una urgente respuesta por parte de los organismos comunitarios, quienes ya han esbozado una serie de medidas de corte represivo y paliativo que, ciertamente, son resultado de los intereses de tan sólo algunos países europeos.

Las consecuencias más directas de estas directrices orientativas y coordinadoras de las políticas de empleo comunitarias han dado ya sus frutos en España. Nuestro país ha sido tierra fértil para el proceso de modificación de la normativa de empleo, donde se ha dirigido básicamente a recortar derechos sociales, de inversión y de fomento de la estabilidad presupuestaria, en lugar de potenciar el crecimiento sobre los bienes de producción. Así pues, no sólo no se ha creado riqueza, sino que tampoco se ha diseñado un plan coherente y acorde al problema real que persiste latente en la sociedad contemporánea. Muchas han sido las críticas que ha suscitado este sinfín de reformas, dado que ha desvirtuado por completo el modelo garantista de derechos constitucionales establecidos, provocando además una regresión en la tutela de normas fundamentales protegidas al máximo nivel posible.

Pese a la gravedad del problema los Estados siguen recortando con ahínco derechos que son elementales por necesidad. A causa de esta situación se ha producido un fuerte contraste entre las diferentes capas de la sociedad, haciéndose si cabe más visible de lo que ya era. En efecto, si los pobres son cada vez más pobres y los ricos cada vez más ricos, el caldo de cultivo que alimenta el germen del fraude está más que servido. Por encima de toda medida económica se encuentra el derecho a una existencia digna, siendo los poderes públicos responsables de la consecución de esa finalidad. Ahora bien, si el gobierno no fomenta las políticas de "pleno empleo" y para más inri sube el coste de la vida, las familias más desvalidas se verán en la obligación de defenderse para poder sobrevivir.

[68] http://www.empleo.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/Colabora_con_ITSS.html
[69] GIL VILLANUEVA, M.: "Artículo 3. Modificación de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social", en VV.AA, CAMINO FRÍAS, J.J (DIR): *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*, Pamplona, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013, pág.189.
[70] Orden ESS/78/2014, de 20 de enero (BOE núm. 26 de 30 de enero de 2014).

En gran medida la parte más relevante de los fraudes que se cometen en las prestaciones por desempleo no derivan tanto de comportamientos individuales, como de una económica debilitada por la situación de crisis en la que se ven implicado el trabajador como víctima. Actualmente existe una cierta tendencia a la "culpabilización o criminalización" de los trabajadores en desempleo que no se corresponde con la realidad y es que no es cierto que la mayoría se encuentren en esa situación por deseo, sino porque no encuentran un empleo. Ciertamente la respuesta a este problema no es exclusivamente individual, aunque también hay una parte de responsabilidad ahí, sino que cabe atribuírsela en gran medida a las empresas y entidades formadoras que actúan fraudulentamente aprovechándose de la situación de necesidad de los trabajadores.

El legislador española obsesionado por controlar el *dumping* social y fiscal ha creado un plan de lucha que es completamente ineficaz y que, restringiendo cualquier forma de protección social, no responde al principal escollo que ha motivado el alza en los niveles de economía sumergida. Por esta razón considero que la solución está en ofrecer un nuevo enfoque a esas políticas. Para ello sería preciso crear un nuevo plan integral de lucha contra el empleo irregular (y en particular con la economía sumergida) y el fraude fiscal, económico y de Seguridad Social, que incida en la raíz causa del problema base y que no se especialice en frenar sus efectos según criterios economicistas. Así es, de lo que se trata es de incentivar la protección del trabajador y controlar (para evitar el fraude) los ilícitos que cometen las empresas y los trabajadores individuales, llevando a cabo una actuación coordinada entre los distintos Ministerios implicados. Se precisa de un mayor intervencionismo público, ahora bien el control debe estaría al servicio de la tutela del trabajador y no en su contra, de lo contrario sólo castigaremos a unos pocos pícaros.

Aparte de lo anterior, se requiere con urgencia de nuevos proyectos de reforma legislativa que vayan dirigidos hacia una nueva reestructuración, racionalización y modernización de la Administración Pública. Sin embargo y en contra de todo pronóstico, a día de hoy la balanza se ha inclinado a favor del establecimiento de un sistema de descentralización de las competencias, que no clarifica en absoluto cuáles son las funciones que le corresponden a cada uno de los organismos. Por esta razón entiendo que para frenar el fraude en el desempleo es esencial el establecimiento de una mejor organización y reparto de las funciones que le sean asignadas a esos cuerpos de élite, potenciando su actividad como responsables del control de la economía sumergida (a saber: ITSS, SPEE, TGSS, INSS, AEAT…etcétera). Además, si se apostara más por un sistema que favoreciera la faceta orientadora y educadora, antes que la sancionadora, seguramente el fraude en el desempleo descendería. Aproximándose más esta ordenación a los cimientos mismos de nuestro sistema de Seguridad Social, que no son otros que los de protección de todos los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad económica social y políticamente relevantes.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

Pensión de viudedad y pensión compensatoria (STS/Sala Cuarta de diez de noviembre de dos mil catorce. Un paso más en la adecuación de la norma jurídica a la realidad social) Widow's pension and alimony (Sentence from the Supreme court november tenth two thousand and fourteen. A step further towards adapting the law to the social reality)

JORDI AGUSTÍ JULIÀ

MAGISTRADO DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Resumen

Para el derecho a la pensión de viudedad de las personas separadas o divorciadas judicialmente, la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, modificando el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, introdujo como condición la de que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante. La deficiente regulación normativa empleada al introducir el citado requisito, sin preparación previa ni régimen transitorio, generó una gran problemática social y aplicativa, con distintas respuestas de los Tribunales de instancia y suplicación, posterior intervención dulcificadora del propio Legislador, y jurisprudencia interpretativa del Tribunal Supremo. La sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2014 (rcud. 80/2014), es expresiva de la evolución jurisprudencial del concepto de pensión compensatoria a los efectos del derecho a la pensión de viudedad.

Abstract

Law 40/2007, which amends Article 174 of the General Law on Social Security, introduced a condition to separated or divorced people to acquire the right of perceiving a widow's pension. In fact, this requisite is twofold. Specifically, they have to be receiving an alimony, and such alimony should expire at the time of the decease of the former spouse. The regulation on the rule used to introduce such requisite ended up being deficient given the lack of an adaptation period. Therefore, this generated both social and applicative problems. In the first place, Lower Courts and the Court of Appeals when interpreting in different ways the aforesaid law. Subsequently, the lawmaker amended the law, and the Supreme Court provided an interpretation of it. The sentence from the Supreme Court from November 10th 2014 (RCUD. 80/2014) shows the jurisprudential evolution of the concept of alimony as the condition that entitles the collection of a widow's pension.

Palabras clave

Pensión viudedad; seguridad social; condición; pensión compensatoria; código civil; legislador; jurisprudencia.

Keywords

Widow's pension; Spanish social security system; condition; alimony; civil code; lawmaker; case law.

1. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN SUPUESTOS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y ANULACIÓN DEL MATRIMONIO

Conforme a la Ley General de la Seguridad Social, son beneficiarios de la pensión de viudedad: a) El "cónyuge sobreviviente" (artículo 174.1 LGSS); y b) El que "sea" (separación) o "haya sido" cónyuge legítimo (divorcio o nulidad) del causante, siempre que en estos dos últimos casos (divorcio o nulidad) no hubiesen contraído nuevas nupcias o hubieran constituido una pareja de hecho en los términos legalmente establecidos (artículo 174.2 LGSS). "El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas

judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante" (art. 174.2.3 LGSS). Asimismo, se establece que "En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil" (art. 174.2.3 LGSS). Es decir, se limitan los supuestos de posible derecho a la pensión de viudedad por parte de los separados o divorciados (y también a los de matrimonio anulado), y se condiciona el acceso a la pensión de viudedad a la existencia de una especial situación de necesidad derivada de la pérdida de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil pactada en su modalidad de "por tiempo indefinido" por consecuencia del fallecimiento del causante, o dicho de otro modo, ha de existir una "dependencia económica" del cónyuge histórico respecto del causante para que los primeros puedan tener acceso a la pensión de viudedad. Éste constituyó, sin duda, uno de los aspectos más novedosos de la Ley 40/2007.

2. LA PROBLEMÁTICA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA. DOCTRINA JUDICIAL Y JURISPRUDENCIAL

La nueva exigencia o requisito de la existencia de una pensión compensatoria y de que ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante, junto con la ambigua redacción del precepto, conllevó múltiples cuestiones litigiosas resueltas de modo dispar por la doctrina de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

En resumen, en un principio, por algunos Juzgados de lo Social se efectuó una interpretación flexible o si se quiere humanizadora, contraria a dicha exigencia, efectuando entre otras argumentaciones : a) la renuncia en su momento a la pensión compensatoria, no implicaba la renuncia a la futura pensión de viudedad; b) que la reforma normativa impone una discriminación con respecto a los que se separan con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, conociendo ya los perjuicios que, en relación a una futura prestación de viudedad, puede acarrearle la renuncia a la pensión compensatoria; y, c) que se produce igualmente una discriminación por razón de sexo, por cuanto que los hombres prácticamente nunca perciben pensión compensatoria, lo que le privaría en la mayoría de los casos, de la pensión de viudedad. No obstante, estas argumentaciones fueron rechazadas por la inmensa mayoría de los TSJ. (Conviene destacar que posteriormente el Legislador mediante la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, modificó el artículo 174.2 de la LGSS, con una nueva redacción del precepto "se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante", aclarando con ello, por si existiera duda, que la pensión compensatoria es una condición o presupuesto legal para el acceso a la pensión de viudedad en caso de separación o divorcio, precisando también la Ley 26/2009 que, en el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última.

La doctrina de suplicación también rechazó –de forma mayoritaria– que la pensión de alimentos o las cantidades abonadas para el levantamiento de las cargas del matrimonio, las transferencias dinerarias pactadas en el convenio o establecidas en sentencia, el pago del alquiler del piso, del IBI y de los demás gastos del piso, pudieran equipararse a la pensión

compensatoria a los efectos de tener por cumplimentado el requisito. Sin embargo, algunas Salas atenuaron el rigor de la exigencia, estimando que "auxilios económicos" (sentencia Extremadura 21-09-2010. recurso 356/2010); asumir los "gastos de la vivienda" (sentencia Madrid 25-09-2009, recurso. 2990/2009); "pensión de alimentos" (sentencia Castilla-León/Burgos 19-2-2009, recurso 7/2009); "ingresos mensuales" (sentencia. Las Palmas de Gran Canaria 19-03-2020), podrían equipararse a efectos de estimar cumplido el requisito por demostrarse así la existencia de un desequilibrio económico. Por otra parte, algunos TSJ, con apoyo en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, excusaron el requisito de la pensión compensatoria en los supuestos de estar acreditada dicha violencia de género, estimando que el hecho de que la demandante no fuera perceptora de una pensión compensatoria fue por razones de defensa y protección, lo que justifica otorgarle la protección mediante el reconocimiento de la pensión de viudedad (sentencias Cantabria 22-01-2009, 09-02-2009 y 23-06-2010; Extremadura 22-10-2009 y Castilla-León/Valladolid 09-12-2009 (doctrina ésta, que posteriormente fue acogida por el Legislador en la ya citada Ley 26/2009), cuya disposición final, apartado diez, adicionó al apartado 2 del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social un nuevo inciso del siguiente tenor literal: *"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."*

Conviene igualmente recordar, que junto con dicha excepción al requisito constitutivo de la pensión compensatoria, para los casos de violencia de género, el Legislador, sin duda para mitigar las consecuencias de esta nueva condición para el acceso a la pensión de viudedad, que por imprevista, conllevaba, en numerosos casos, su denegación, en la misma Ley 26/2009, a través del apartado catorce de la ya citada disposición final tercera, adicionando una nueva disposición transitoria decimoctava a la LGSS, introdujo una segunda excepción al requisito de la pensión compensatoria, con una denominada *"Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008",* del siguiente tenor literal: *"El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concurra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes: a) La existencia de hijos comunes del matrimonio o b) Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión. 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, de medidas en materia de Seguridad Social.*

En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad.

En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

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".

Por lo que respecta a la doctrina jurisprudencial, en lo que podríamos identificar como una primera etapa, la Sala IV del TS no resolvió las diferentes interpretaciones de la norma llevadas a cabo por las Salas de los TSJ, sobre el requisito constitutivo de la "pensión compensatoria", por no concurrir la "contradicción" necesaria. (Autos de 21-1; 25-3; 4, 11, 18 y 25-5; 21-06, 24-06: 07-10; y 26-10, todos del año 2010; y 27-01, 8-02 y 19-05 del 2011), con excepción de los supuestos en que hubiera concurrido violencia de género, en los que si se ratificó la doctrina de suplicación que había optado por el reconocimiento de la pensión de viudedad, pese a la inexistencia de pensión compensatoria (SSTS de 26 de enero de 2011 (rcud. 4587/2009) y 30 de mayo de 2011 (rcud. 2598/2010). También interpretó con un criterio "pro beneficiario", la nueva regulación de la Ley 26/2009, en el sentido de estimar su aplicación a supuesto de fallecimiento de causante anterior a su entrada en vigor el 1 de enero de 2010 (STS de 21 de diciembre de 2010. rcud. 1245/2010), así como que, cuando se reúnen los requisitos legales exigibles, el régimen jurídico de la pensión de viudedad establecido por la Ley 26/2009 debe aplicarse también a los asuntos en trámite (SSTS. 26 de enero de 2011, 13 de julio de 2011, 15 de septiembre de 2011, 22 de noviembre de 2011, rcud. 4587/2009; 3040/2010; 441/2011 y 829/2011; y 18 de enero de 2012; rcud. 1609/2011).

Una segunda etapa se inicia por la sentencia de la Sala IV del TS de 14 de febrero de 2012 (rcud. 1114/2011). En esta sentencia se abordó un supuesto en que el esposo debía contribuir como aportación a las cargas familiares, en concepto de alimentos una suma de 40.000 pts. revisables conforme al IPC, falleciendo el causante el 22-4-2008. La sentencia de suplicación consideró acreditada la situación de necesidad, razonando, que la verdadera razón de la falta de fijación de pensión compensatoria fue la carencia por parte del causante de patrimonio para hacerle frente, pudiendo únicamente asumir la pensión de alimentos de sus hijos, cuya custodia quedó en manos de la actora. El INSS planteaba la irrelevancia de la dependencia económica a efectos de lucrar la pensión de viudedad, debiendo estarse únicamente a la exigencia legal de pensión compensatoria. La sentencia del TS, casa y anula la sentencia del TSJ, dando la razón al INSS, con los siguientes razonamientos: "En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante".

"La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo (véase, por todas la sentencia que cita el Ministerio Fiscal de 10-10-08, rec. 839/08) ha establecido claramente las diferencias existentes, tanto en el concepto como en la finalidad, entre la pensión

compensatoria que regula el art. 97 del Código Civil y la pensión alimenticia entre parientes regulada en el art. 142 y ss. del mismo Código Civil".

"En la legislación de la Seguridad Social, el derecho de la percepción de la pensión de viudedad se condiciona para las personas divorciadas o separadas judicialmente, a que sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del C.Civil cuando se extinga por el fallecimiento del causante. Es decir, que para la ley la situación de dependencia se da cuando se acredita la pensión compensatoria".

"Como concluye el Ministerio Fiscal, "la Ley Social podría haberla condicionado a que fueran perceptores en el momento del fallecimiento del causante de la pensión alimenticia a su cargo, o incluso a que, aunque no hubieran reclamado la pensión alimenticia a su cónyuge, se valorara por el Juez social que se daban las condiciones para exigir tal pensión, y aún en los supuestos de divorcio, pero el tenor literal de la Ley es contundente sin que quepa la interpretación que quiere darle la sentencia recurrida, porque hay que partir de la base de que el legislador conoce la diferencia entre pensión compensatoria y pensión alimenticia y entre separación legal y divorcio".

Este criterio de interpretación estricta del artículo 174.2 de la LGSS, estimando que el único medio de acreditación de la situación de dependencia económica del causante, es la existencia de la pensión compensatoria, rechazando la remisión a otro concepto de configuración legal, como lo sería la pensión de alimentos, fue reiterado después por las sentencias de 21 de febrero de 2012 (rcud. 2095/2011), 21 de marzo de 2010 (rcud. 2441/2011) y 17 de abril de 2012 (rcud. 1520/2011).

Sin embargo, más recientemente, la Sala IV del TS., después de debatir en Pleno el concepto de pensión compensatoria, a los efectos de reunir los requisitos específicamente previstos para el acceso a la prestación de viudedad, del cónyuge supérstite separado o divorciado, tras advertir que la realidad demuestra que, mientras las pensiones para el sustento de los hijos constituyen la regla habitual, la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del CC exige la ponderación de circunstancias mucho más sutiles y, por ello, no sigue una tónica de automaticidad, ha abandonado el criterio de interpretación literal para sustituirlo por un criterio finalista, sin duda más acorde con los artículos 1, 9.2, 39 y 41 de nuestra Constitución. A juicio de la Sala, la determinación de lo que ha de entenderse por pensión compensatoria debe efectuarse al margen de la denominación que se le haya dado; lo relevante es que se acredite el requisito de dependencia económica del causante en el momento de producirse el fallecimiento. En este sentido se han pronunciado en supuestos de : "ingresos mensuales en concepto de manutención" (STS de 29 de enero de 2014 (recud. 743/2013); "transferencias bancarias desde la fecha de la separación matrimonial y hasta el momento del fallecimiento (STS de 30 de enero de 2014 (991/2012); "pensión en convenio regulador equivalente a la compensatoria" (STS de 17 de febrero de 2014 (rcud. 1822/2013) y "pensión en concepto de levantamiento de las cargas del matrimonio y alimentos" (STS de 6 de mayo de 2014 (rcud. 1344/2013).

3. LA SENTENCIA DE LA SALA IV DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2014 (RCUD 80/2014)

La sentencia más reciente de la Sala IV del Tribunal Supremo 10 de noviembre de 2014, que casa y anula la sentencia dictada en suplicación por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha de 6 de noviembre de 2013, ha dado un paso más en la flexibilización de la exigencia de la pensión compensatoria, a los efectos de que, supervivientes separados y divorciados puedan lucrar la pensión de viudedad. Se examina y resuelve un supuesto en que, una viuda separada ve rechazada su solicitud de pensión como consecuencia de "no tener derecho en el momento del fallecimiento a la pensión compensatoria", si bien en realidad, como se explica en los hechos probados, sí posee derecho a la pensión compensatoria, pero en cuantía modesta (230 euros mensuales) y derivada de un Convenio Regulador suscrito un mes antes de la muerte y que no fue aprobado por la autoridad judicial. La sentencia de suplicación considera que un acuerdo privado, sin aprobación judicial, es inoponible frente a terceros; admite que, de forma excepcional, pueda alterarse esa regla general pero destaca que no se ha practicado prueba alguna tendente a acreditar circunstancias que hubieren impedido la aprobación judicial del acuerdo (suscrito un mes antes del fallecimiento).

La sentencia del TS, en primer lugar, y como es preceptivo, examina si concurre o no la necesaria "contradicción" entre sentencias, exigida por el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para llegar a la conclusión de la existencia de dicha contradicción, con supuesto resuelto judicialmente en sentido favorable a la pretensión, en que se había decretado la separación judicial del matrimonio aprobándose el Convenio Regulador sin fijar pensión compensatoria, si bien previamente, los cónyuges habían suscrito un documento en virtud del cual el causante reconoce a la demandante el derecho a percibir la cantidad mensual de 25.000 pesetas, actualizable anualmente conforme al índice de precios al consumo, en concepto de pensión compensatoria. Producido el fallecimiento del causante e interesada por la demandante la pensión de viudedad, le fue denegada en vía administrativa, por no tener derecho en el momento del fallecimiento a una pensión compensatoria, resolución revocada en vía judicial en instancia y confirmada en suplicación. Para esta resolución referencial, el acuerdo extrajudicial posee validez y carácter vinculante; con él se cumple la finalidad de la norma introducida por la Ley 40/2007, pues acredita una cierta dependencia económica del beneficiario respecto del causante; además, la referencia que tal regulación hace al artículo 97 del Código Civil debe comprender toda pensión compensatoria, incluso aunque no haya sido aprobada judicialmente. Adicionalmente, elimina cualquier intencionalidad fraudulenta a la que el documento extrajudicial fue suscrito antes de la muerte del causante. Se concluye, en resumen, en la existencia de igualdad sustancial entre las sentencias confrontadas, dado que, "En ambos casos quien fallece venía obligado a abonar una cuantía (230 euros en un caso; algo menos en el otro) a quien sobrevive, la Entidad Gestora deniega la pensión (por el mismo motivo, con igual fundamento) y las respuestas judiciales acaban siendo opuestas".

En el fundamento jurídico segundo de su resolución, la Sala del TS, procede a examinar la cuestión de fondo planteada en el único motivo del recurso, cual es la de la exigencia legal sobre el derecho a pensión compensatoria en favor del cónyuge supérstite. Tras destacar las doctrinas opuestas sostenidas por las respectivas sentencias de suplicación, que son: a) para la recurrida las partes pueden adoptar acuerdos privados que incluyan

disposiciones sobre pensión compensatoria, exigibles entre ellos, pero tales acuerdos no son los aludidos en el artículo 97 del Código Civil, que se refiere por el contrario a los acuerdos formalizados por su validación judicial. "Sólo estos son oponibles frente a la entidad gestora a los efectos de considerar a la en este caso interesada, como acreedora de una pensión compensatoria en los términos exigidos por la normativa de seguridad social, que disciplina el nacimiento y dinámica de la pensión de viudedad"; y, b) para la referencial el artículo 97 del Código Civil comprende toda pensión compensatoria establecida por la resolución judicial o pactada, no solamente en convenio regulador, sino en las modificaciones del mismo, incluso cuando esas modificaciones no hayan pasado por la aprobación judicial; y hacer referencia a diversos criterios hermeneúticos –contenidos en sentencias de la Sala– sobre la inoponibilidad de pactos privados y la interpretación finalista del concepto de pensión compensatoria llevada a cabo por la Sala en sus últimas sentencias –que antes hemos referenciado–, considera válida la solución de la sentencia del Juzgado de lo Social, revocada por el TSJ en la sentencia recurrida, o sea la validez de la pensión compensatoria derivada de acuerdo privado y no fraudulento, aquilatando el alcance de la remisión que efectúa el artículo 174.2 LGSS a la legislación civil, todo ello en relación con las circunstancias del caso, sobre las tres siguientes premisas : 1) la remisión al Código Civil no puede poseer carácter expansivo; 2) la finalidad de la LGSS queda cumplida cuando se pacta el abono de pensión compensatoria; y 3) la inocuidad de las alteraciones privadas en la situación matrimonial y la remisión al artículo 97 del Código Civil, para concluir en la excepcional validez de la pensión compensatoria sin homologación judicial.

Con respecto a la primera premisa, se argumenta, que la exigencia atinente a la pensión compensatoria, constituyó una innovación restrictiva del derecho a percibir la pensión de viudedad y ha sido objeto de sucesivas matizaciones que la han dulcificado, por lo que su interpretación no puede abordarse con criterios expansivos, máxime cuando están en juego prestaciones sociales (art. 41 CE), vinculadas a la protección social de la familia (art. 39.1 CE). Es en este sentido, que se razona, en esencia, que "sin desbordar en absoluto lo dispuesto por el legislador de Seguridad Social, lo cierto es que el art. 174.2 solo se remite al artículo 97 del Código Civil, no a un conjunto de artículos o a determinado Capítulo, Sección o Libro del mismo. De este modo, la interpretación literal de la norma remitente (primero de los criterios hermenéuticos que hemos de seguir, a tenor de lo preceptuado en el artículo 3.1 de dicho Cuerpo) solo nos lleva a lo prevenido en el artículo 97 CC. Ese precepto, por más que haya de contextualizarse, remite la fijación de la pensión compensatoria a lo pactado, de modo que solo si falta ese "acuerdo de los cónyuges" entra en juego la decisión judicial. Que el fruto del pacto haya de integrarse posteriormente en una resolución judicial acordando las definitivas consecuencias de la separación o divorcio, como apunta el TSJ de Castilla-La Mancha, es algo ajeno tanto a la remisión de la LGSS cuanto al art. 97 CC o a la propia exigibilidad de la pensión compensatoria". Este razonamiento se refuerza con una interpretación sistemática, haciendo referencia a criterios contenidos en resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y con consolidada doctrina de la Sala Civil del TS que reconoce plena eficacia «inter partes» a los convenios entre los cónyuges, aunque carezcan de la sanción judicial.

En cuanto a la ya señalada segunda premisa, con relación a que la finalidad de la LGSS queda cumplida cuando se pacta el abono de pensión compensatoria, la sentencia se remite a las pautas fijadas –en las últimas resoluciones de la propia Sala, que hemos referenciado en el apartado anterior, SSTS 29 y 30 enero 2014, 17 febrero 2014 y 6 mayo 2014– para poder

diferenciar una pensión compensatoria de los pagos en concepto de alimentos), que son válidas también –se afirma– para abordar el presente problema, y que enuncia así :

- El reconocimiento de la pensión de viudedad pasa en estos casos por determinar si en cada supuesto concreto el fallecimiento pone fin al abono de una obligación asumida por el causante con la finalidad de satisfacer ese concepto a que atiende la pensión compensatoria.

- La pensión de viudedad en caso de separación o divorcio no guarda relación alguna con el estado de necesidad del beneficiario, sino con la pérdida del montante económico que aquél percibiera en el momento y a causa del fallecimiento del causante a cargo de éste.

La razón del requisito para el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad en los supuestos de crisis matrimoniales se halla en la dependencia económica mantenida en el momento del óbito.

-Lo que el legislador ha querido es ceñir el derecho a pensión de viudedad de quienes estaban separados o divorciados del causante a los supuestos en que la muerte pone fin a la fuente económica que el fallecido representaba, siendo así que esa identidad de razón se dará cuando el solicitante de la pensión acredite que era acreedor de pensión a cargo de aquél, sea cual sea su denominación, ó su naturaleza jurídica.

Esos mismos parámetros (valoración de lo realmente acaecido, examen de si existe dependencia económica, inocuidad de las denominaciones, atención a la materialidad), le sirven ahora a la Sala IV del TS, para avalar la interpretación de que no solo resulta indiferente la denominación o naturaleza de la cuantía satisfecha, sino también que se haya establecido la obligación de abono mediante pacto o resolución judicial cuando (como en el caso) ha habido un previo acuerdo que ya fue homologado y se ha suscrito otro posterior (sin homologar) respecto del que no aparece sombra de duda o fraude. La finalidad de la regla introducida por la Ley 40/2007 –afirma con rotundidad– es la de exigir cierta dependencia económica del beneficiario respecto del causante; dependencia que también concurre cuando la pensión se fija en un acuerdo extrajudicial. Adicionando a estas dos premisas, una tercera, y ya expuesta, de que la interpretación que se preconiza no comporta revisión alguna de la jurisprudencia respecto de la inocuidad de las reconciliaciones o separaciones mientras no se trasladen al órgano judicial, puesto que no todo hecho relevante para la institución matrimonial está afectado por las mismas exigencias de control, visado judicial y publicidad registral, concluye, en la excepcional validez de pensión compensatoria sin homologación judicial, es decir, en que no es necesario que la pensión compensatoria haya sido fijada mediante resolución judicial para tenerla como existente, a los exclusivos fines de acreditar la dependencia económica que la pensión compensatoria comporta, advirtiendo, que esta doctrina no podría aplicarse cuando pueda apreciarse un comportamiento fraudulento, como por ejemplo –añade– si se pactase una pensión compensatoria recíproca, si el importe fuese desmesurado (pretendiendo eludir el tope de la pensión de Seguridad Social), si no se tuviera intención de abonar y exigir su efectivo pago, si se manipulase el documento que refleja el pacto, etc.; en todos estos casos podría articularse la pertinente prueba para desvirtuar la apariencia.

Ninguna duda cabe, que esta sentencia sigue el criterio finalista y de adecuación de la norma jurídica a la realidad social, iniciado por las sentencias del Pleno de la Sala IV del TS. de 29 y 30 de enero de 2014. La propia sentencia se hace eco de ello, cuando resalta –en su fundamento jurídico cuarto– que "La resolución recurrida quebranta la doctrina que nuestras sentencias sobre denominación y naturaleza de la pensión compensatoria vienen marcando; en ellas se hace prevalecer la realidad material de dependencia económica sobre lo indicado por las formas jurídicas, sin por ello contrariarlas.".

Prestación de Maternidad por Parto y por Adopción para ambas Cónyuges en caso de Matrimonio Homosexual (STSJ madrid de 7.7.2014 as\2014\1228)
Maternity Benefit for Childbirth and Adoption for both Spouses in case of Homosexual Marriage

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA.

SECRETARIA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSS)[1]

Resumen

Los nuevos modelos de familia hacen que se planteen problemas en la aplicación de una normativa social que ha quedado en algunos aspectos desfasada. Es el caso analizado en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7.7.2014 en donde se cuestiona si en caso de matrimonio homosexual –formado por dos mujeres–, caber reconocer una prestación por maternidad por adopción cuando la otra cónyuge, madre biológica del adoptado, ya disfrutó de la totalidad del permiso de maternidad por parto.

Palabras clave

prestación por maternidad, prestación por paternidad, matrimonio homosexual, adopción

Abstract

The new family models cause problems related to the implementation of social legislation which has become outdated in some aspects. This is the case in the judgment of the High Court of Madrid of 07/07/2014 that analyzed whether in case of homosexual marriage –formed by two women–, a maternity benefit by adoption can be recognized taken into consideration that other spouse, biological mother of the adoptee, has enjoyed the entire maternity leave for childbirth.

Keywords

maternity benefit, paternity benefit, homosexual marriage, adoption.

1. UNA DÉCADA DE LA LEGALIZACIÓN DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN ESPAÑA

La demandante en el litigio resuelto por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 7.7.2014 contrajo matrimonio civil con una persona de su mismo sexo, que había dado a luz un niño dos años antes de celebrarse ese matrimonio.

En España el matrimonio entre personas del mismo sexo fue instaurado en 2005 cuando el legislador español –siguiendo la estela de Bélgica y Holanda– aprobó la Ley 13/2015, de 1 de julio, que modificó el Código Civil respecto al derecho a contraer matrimonio.

Una reforma de tan hondo calado no es extraño que fuera objeto de contestación social y política, lo que explica el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la citada Ley por más de cincuenta Diputados del Grupo Popular en el Congreso. Siete años tardó el Tribunal Constitucional en resolverlo a través de su sentencia 198/2012, de 6.11.2012 (RTC

[1] Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D "Buenas Prácticas Jurídicas para Reducir el Gasto Social". DER2012-32111.

2012\198). Puesto que tras tan largo período de tiempo de espera una sentencia estimatoria hubiera generado un caos jurídico y político (desde su entrada en vigor hasta diciembre 2011 se habían celebrado 22.124 matrimonios homosexuales[2]) la desestimación del recurso no constituyó sorpresa alguna.

No obstante, sí que resulta sorprendente, por inusual, que en su F.J. 9º la citada STC 198/2012 invoque los resultados de encuestas elaboradas por el Centro de Investigaciones Sociológicas que reflejaban la aceptación mayoritaria del matrimonio homosexual por parte de la sociedad española en los años que dichas encuestas se realizaron.

Aunque el propio Tribunal Constitucional admite que "todas estas cifras no son por sí solas un elemento determinante para valorar la constitucionalidad de la Ley sometida a examen", el mero hecho de que la sentencia las mencione y utilice para justificar su fallo resulta criticable –dicho sea con el debido respeto– puesto que en un Estado de Derecho las encuestas ciudadanas no pueden ser un parámetro para que los tribunales enjuicien la labor del poder legislativo en función del grado de satisfacción de la población encuestada, tarea que corresponderá a los propios ciudadanos a través de los procesos electorales.

En todo caso, sobre la cuestión del matrimonio homosexual sigue sin existir un consenso a nivel de los Estados que han ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y es por ello que, hoy por hoy, el Tribunal de Estrasburgo continúa sosteniendo que el Convenio Europeo de Derechos Humanos "ni impone a los Gobierno de los Estados parte la obligación de abrir el matrimonio a una pareja homosexual ni el derecho al matrimonio homosexual se deduce del artículo 14 en relación con el 8 (Sentencia de 24.6.2010 –Schalk and Kopf contra Austria (JUR 2010\21164)–, citada por la STC 198/2012 de 6.11.2012).

2. ADOPCIÓN Y MATRIMONIO HOMOSEXUAL

Tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, los matrimonios homosexuales se equiparan a los heterosexuales en materia de adopción, aunque no ocurre lo mismo respecto a parejas de hecho del mismo sexo[3].

Conforme a la vigente redacción del artículo 175.4 del Código Civil "el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte"[4].

Es en base a dicho precepto que la recurrente en el caso enjuiciado por la STSJ de Madrid de 7.7.2014 pudo proceder a adoptar al hijo biológico de su cónyuge.

En el F.J. 12, la STC 198/2012, de 6.11.2012, analizó la cuestión de la constitucionalidad de la adopción por personas homosexuales decantándose por una respuesta positiva. La brevedad con que el Tribunal Constitucional despacha este asunto

[2] Dato contenido en el F.J. 9º de la STC 198/2012, de 6.11.2012 (RTC 2012\198).
[3] BERIAIN FLORES, I.; "La Adopción del Hijo del Cónyuge o de la Pareja". Tirtant lo Blanch. Valencia. 2014; p. 152.
[4] En España, la primera adopción por parte de un matrimonio homosexual se produjo en 2006 en Cataluña. Lo novedoso del caso hizo que ocupara titulares de prensa.

probablemente obedezca a que una vez que se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual no se hubiera sustentado jurídicamente negar a estas uniones el derecho de adopción que sí se reconoce a los matrimonios heterosexuales.

Pero aunque la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional se comparta, se echa en falta una fundamentación jurídica más elaborada y extensa. En realidad, el Tribunal Constitucional como principal apoyo de la conclusión a la que llega en este punto invoca la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26.2.2002 –Frette contra Francia– (TEDH 2002\10) motivada por la negativa de las autoridades francesas a conceder autorización para adoptar a una persona soltera homosexual.

La sentencia Frette –contrariamente a lo que podría deducirse de la lectura de la STC 192/2012– aunque reconoce que el Sr. Frette fue objeto de una diferencia de trato por motivo de su orientación sexual concluyó por cuatro votos contra tres que no hubo vulneración del artículo 14 (Derecho a la no discriminación) en relación con el artículo 8 (respeto a la vida privada), aunque sí violación del artículo 5 (derecho a un proceso equitativo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Hubiera sido más lógico esperar que el Tribunal Constitucional en vez del asunto Frette hubiera invocado en su F.J. 12 la STEDH de 22.1.2008 –E.B. contra Francia– (TEDH 2005\4) que no se refiere a la adopción de un menor en sí sino al proceso de acceso a la misma por parte de una persona homosexual, y en este caso el TEDH falló por diez votos contra siete que había habido violación del artículo 14 del CEDH combinado con el artículo 8.

En materia de adopciones coparentales (una persona adopta al hijo de su pareja) el TEDH se ha pronunciado en varias ocasiones[5]:

La STEDH de 15.3.2012 –Gas y Dubois contra Francia– (TEDH 2012\26) resuelve la demanda presentada por una pareja de mujeres legalmente registrada a través de un "pacto civil de solidaridad", una de las cuales había sido madre por inseminación artificial y a la que los tribunales franceses negaron el derecho a que su pareja adoptase a su hijo. El TEDH no constata discriminación en relación con las parejas casadas pues no considera que se trate de situaciones jurídicas comparables. Tampoco aprecia diferencia de trato basada en la orientación sexual en relación con las parejas heterosexuales no casadas concluyendo el Tribunal por seis votos contra uno que no se ha infringido el artículo 14 del CEDH en relación con su artículo 8.

En la STEDH de 19.2.2013 –X y otros contra Austria– (JUR 2013\53791) se enjuicia la ley austriaca de parejas registradas del mismo sexo que establece que uno de los miembros no puede adoptar a los hijos del otro. El TEDH reconoce la falta de consenso sobre la adopción coparental de parejas homosexuales, que en la fecha de la sentencia sólo es reconocida por seis de los Estados Miembros. Pero dado que el Gobierno Austriaco no ha podido aportar razones sólidas para justificar el diferente trato ante la adopción coparental entre parejas homosexuales y heterosexuales reconoce por diez votos contra siete que ha habido vulneración del artículo 14 en conexión con el 8 del CEDH.

[5] Cfr. GILBAJA CABRERO, E.; "La Orientación Sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos". Revista de Derecho Político nº 91/2014; pp. 321-323.

Está pendiente de que se dicte sentencia en el caso Lucas y Hallier contra Francia (recurso 46386/10) motivado por la negativa de las autoridades a reconocer prestación por paternidad a una mujer tras el nacimiento del hijo de su pareja, con la que había suscrito un pacto civil de solidaridad.

3. EL ORDEN DE LOS APELLIDOS

En la sentencia del TSJ de 7.7.2014 de Madrid se recoge como hecho probado que en el año 2011 el hijo biológico de la cónyuge de la demandante fue adoptado por esta última, "tomando desde dicha fecha el menor como segundo apellido el primero de la adoptante".

Ahora bien, el orden en que el hijo adoptado lleve los apellidos cuando de uniones del mismo sexo se trata no debe ser tomado en consideración a la hora de dilucidar si en tales casos el adoptante tendría derecho a una prestación por paternidad o maternidad. El hecho de que tradicionalmente el apellido materno sea postergado frente al paterno no es sino muestra de una discriminación histórica de la mujer[6].

En la actualidad, la normativa vigente permite que de común acuerdo los progenitores decidan el orden de los apellidos de sus descendientes[7], aunque ello no impide que dicha previsión sea desconocida por amplísimos sectores de la sociedad puesto que ninguna publicidad institucional se realiza al respecto.

Pero en defecto de acuerdo entre los ascendientes, y tratándose de parejas del mismo sexo en las que no es aplicable la distinción entre "apellido paterno y apellido materno" recogida en el artículo 194 del Reglamento del Registro Civil, será el juez el que tenga que resolver el orden de los apellidos del hijo[8].

En conclusión, el orden de los apellidos del hijo –sujeto causante de la prestación de Seguridad Social reclamada– y la orientación sexual de los ascendientes ha de ser indiferente a efectos del reconocimiento de las prestaciones por maternidad y paternidad.

4. PRESTACIÓN DE MATERNIDAD V. PRESTACIÓN DE PATERNIDAD Y MATRIMONIO HOMOSEXUAL

El derecho a la prestación por maternidad por parto de la madre biológica del hijo que años más tarde fue adoptado por su cónyuge –también mujer– está fuera de toda duda.

Tampoco se discute que la adopción genera el derecho de los progenitores a la suspensión del contrato de trabajo (artículo 45.1.d) ET).

[6] La preferencia por el paterno como primero en el orden de apellidos es defendida en base a la "tradición histórica". Resulta paradójico que habiéndose roto la "tradición histórica" en temas como el matrimonio homosexual y el aborto, no se haya optado en caso de desacuerdo entre los progenitores heterosexuales sobre el orden de los apellidos por la solución más obvia: siendo la mujer la que tiene la decisión última sobre si lleva a término el embarazo habría de ser el apellido materno el que se transmita en primer lugar, salvo que la madre consienta en anteponer el paterno.

[7] Crf. Artículo 49.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

[8] BERIAIN FLORES, I.; "La Adopción del Hijo del Cónyuge o de la Pareja". Op. cit.; p.338.

Los problemas surgen cuando se confronta la duración de la prestación por maternidad en caso de adopción que se establece con carácter general en dieciséis semanas ininterrumpidas (artículo 48.1.4 ET) frente a la regulación contenida en el artículo 48 bis que lleva por rúbrica "suspensión del contrato por paternidad" y que prevé que en tales casos "el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpido. En los supuestos de adopción, este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el período de descanso regulado en el artículo 48.4 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro".

Qué duda cabe que si la duración del permiso por maternidad y paternidad fueran de idéntica extensión temporal no se suscitarían litigios como el resuelto por la STSJ de Madrid de 7.7.2014. Pero como no lo son, la cuestión de cómo calificar el derecho que sin duda genera el cónyuge que adopta al hijo de su pareja del mismo sexo deviene de la mayor importancia.

Como punto de partida hay que descartar que el hecho de que se emplee el término "trabajador" en masculino en la redacción del artículo 48 bis ET sea relevante a efectos de determinar la prestación que corresponde disfrutar en caso de adopción coparental en un matrimonio homosexual.

Otra cuestión a debatir es la conclusión a la que llega el Juzgado de lo Social que desestimó la demanda de la trabajadora adoptante de que "al haber disfrutado la prestación de maternidad la madre biológica, no se genera el derecho a un nuevo periodo de prestación de maternidad por la adoptante, por lo que la parte actora no tiene derecho al disfrute de la prestación de maternidad al haberlo realizado ya la madre biológica en su totalidad".

Este razonamiento no se comparte ya que el derecho a disfrutar de prestación de maternidad o paternidad por adopción nunca se ha supeditado legalmente al hecho de que los padres biológicos no hubieran disfrutado también de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social. Por lo que en teoría, es perfectamente posible que por un mismo sujeto se causen dos prestaciones por maternidad (madre biológica y adoptiva) y dos prestaciones por paternidad (padre biológico y adoptivo).

Las nomas anticúmulo que prevé la legislación respecto a la prestación por maternidad y paternidad despliegan eficacia sólo cuando el derecho de ambos progenitores deriva del mismo hecho causante: parto o adopción. Pero no cuando la prestación ha sido reconocida a uno de ellos por razón de parto y al otro por razón de adopción.

De hecho, las consecuencias que se derivan de la STSJ de Madrid de 7.7.2014 en cuanto a reconocimiento de prestación de maternidad por adopción al cónyuge mujer de la madre biológica que disfrutó de permiso por maternidad por parto no resulta realmente una novedad: esa misma situación fáctica se produjo en el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 15.9.2010 (RJ 2010\7428). Es más, en esta última sentencia no se cuestionó el derecho a la prestación de maternidad por adopción por haber ya disfrutado la cónyuge de la prestación por parto sino que el debate jurídico se centró en determinar si era impedimento para el reconocimiento de la prestación por adopción el que el menor adoptado ya se encontrara incorporado e integrado en la unidad familiar con anterioridad al inicio del período de descanso por maternidad, decantándose el Tribunal Supremo por una respuesta negativa.

5. UN VACÍO LEGISLATIVO: ¿CÓMO DETERMINAR LA PRESTACIÓN DEBIDA EN CASO DE ADOPCIÓN COPARENTAL EN MATRIMONIOS HOMOSEXUALES?

Lo peculiar del caso enjuiciado por la STSJ de Madrid realmente radica en que pone en evidencia un vacío legislativo: no existe un criterio legal que determine en base a qué parámetro determinar la prestación a la que tiene derecho una mujer que adopta al hijo biológico de su cónyuge también mujer.

Desde el momento en que las reformas legislativas hicieron posible que el permiso por "maternidad" por parto fuera disfrutado por ambos progenitores biológicos la propia nomenclatura de la prestación quedó desfasada puesto que es perfectamente posible que un hombre disfrute del permiso por "maternidad" y así expresamente lo refleja el artículo 113.ter TRLGSS: "serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo".

Y a la inversa, en el caso de matrimonios del mismo sexo no hay impedimento en que una mujer sea beneficiaria de una prestación por "paternidad".

A la vista de lo expuesto quizás de lege ferenda debiera plantearse la necesidad de un cambio de nombre de estas prestaciones de Seguridad Social.

Pero volviendo a la cuestión nuclear que nos ocupa hay que reconocer que si la recurrente en el caso resuelto por la STJS de Madrid de 7.7.2014 hubiera adoptado al hijo de su cónyuge y éste último hubiera sido varón, el INSS le habría reconocido la prestación por maternidad reclamada sin ningún obstáculo.

Si la recurrente aun estando casada con otra persona de su mismo sexo hubiera adoptado a un niño/a con el que ninguna de las dos cónyuges tuviera vínculos biológicos, también habría podido optar por la prestación por maternidad.

La recurrente también podría haber adoptado y obtenido prestación por maternidad estando soltera.

Por tanto, hay que convenir que denegar la prestación sólo en el supuesto de adopción coparental en el seno de un matrimonio homosexual supone una diferencia de trato para la que no se encuentra justificación objetiva.

Pero las anteriores consideraciones no llevan a concluir necesariamente que se comparta el fallo de la sentencia del TSJ de 7.7.2014 puesto que la misma se limita a rechazar los motivos por los que el juzgador de instancia denegó la prestación reclamada. Pero la Sala de lo Social del TSJ de Madrid no entra a razonar el porqué a la recurrente le corresponde, precisamente, la prestación por maternidad y no la de paternidad.

Para una mejor comprensión del problema jurídico subyacente formulemos la cuestión desde otro punto de vista: matrimonio homosexual de dos hombres, uno de los cuales aporta al matrimonio un hijo biológico que es adoptado posteriormente por su cónyuge. En este supuesto ¿la prestación que correspondería al cónyuge varón sería la de

maternidad o paternidad? Negar en este caso la prestación por "maternidad" podría constituir una discriminación por razón de sexo y lesionaría el interés superior del menor.

La cuestión que no resuelve ni la legislación vigente ni la STSJ de Madrid de 7.7.2014 es si cuando de matrimonios homosexuales se trata y se produce una adopción coparental el criterio para determinar la prestación de Seguridad Social por adopción que corresponda ha de ser el sexo cromosómico del progenitor adoptante, el sexo del adoptante conforme a la inscripción del Registro Civil o si por el contrario habría que recurrir a otros criterios hermenéuticos.

6. CONCLUSIÓN

La terminología legal vigente que diferencia entre prestación por "maternidad" y prestación por "paternidad" ha quedado obsoleta tras la legalización del matrimonio homosexual, el reconocimiento del derecho a adoptar independientemente de la orientación sexual y el espectacular avance de las técnicas de reproducción humana asistida.

Es por ello que la prestación por "maternidad" puede ser reconocida actualmente tanto a mujeres como a hombres, y lo mismo se predica de la prestación por "paternidad".

Cuestiones jurídicas como la planteada en la STSJ de Madrid de 7.7.2014 no hacen sino poner de manifiesto que la realidad va por delante del Derecho y que dado que ya no hay un concepto único de familia sino que "este concepto se ha ido difuminando perdido entre una pléyade de situaciones de hecho que han visto surgir un concepto de familia que casi podríamos definir como cajón de sastre"[9], no habrían de ser los jueces sino el legislador el que diera respuesta a los problemas jurídicos que plantea la aplicación de las normas de Seguridad Social a estos nuevos modelos familiares.

En todo caso, casos como el resuelto por la STSJ de Madrid de 7.7.2014 se evitarían si de "lege ferenda" el legislador equiparase la duración de la prestación de paternidad con la de maternidad.

[9] PÉREZ CASTILLO, A.M.; "La Prestación Por Paternidad en los Casos de Paternidad Biológica, Adopción y Acogimiento. Análisis Crítico". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº3/2007, p. 189.

¿Cuándo es firme la resolución administrativa declarativa de incapacidad permanente ante su revisión?: ¿Un "salto al vacío" para el empleador?[1].

Is legal the permanent disability declaratory administrative decision when it is repugn? A"leap into a void" for the employer?

INMACULADA BALLESTER PASTOR

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE OVIEDO

Resumen

Los efectos que una Resolución administrativa declarativa de derechos tiene sobre el contrato de trabajo del trabajador y las consecuencias de una actuación equivocada o fuera de plazo de la empresa ante aquélla tienen que ver con saber delimitar exactamente cuándo tal Resolución administrativa resulta firme. Además, en el caso de la incapacidad permanente esa singular "falta de firmeza" alcanza un nivel de complejidad mucho mayor dado que la misma incapacidad permanente lleva aparejada su posible revisión, lo que ocasiona que se entienda se pueda prolongar la incertidumbre que podría rodear la decisión de la empresa acerca de si debe o no extinguir entonces el contrato de trabajo. El análisis del conflicto que en la sentencia comentada se debate conduce a concluir en que resulta necesario adaptar la normativa existente para poder otorgar una seguridad jurídica mayor a las empresas, puesto que a éstas se les excluye de poder participar en el proceso de declaración de la incapacidad permanente. Y ello ocurre a pesar de quedar éstas afectadas "indirecta pero esencialmente" por la declaración del estado de incapacidad de su empleado. El mentado comentario pretende, también, indagar acerca de cómo debería solventarse el complejo panorama que se le presenta a la mercantil afectada ante una Resolución administrativa impugnada, panorama en el que no se cuestiona la capacidad laboral residual del afectado sino estrictamente el momento en el que debe o puede la empresa poner fin a la relación laboral ante la posible revisión de la incapacidad permanente ya declarada por el INSS.

Palabras clave

Incapacidad permanente, Resolución administrativa, INSS, extinción del contrato de trabajo, suspensión del contrato de trabajo, revisión, impugnación, Tribunal Supremo, Tribunal Superior de Justicia, impugnación, Jurisprudencia, Resolución declarativa de derechos.

Abstract

The effects that an declaratory administrative decisión has on the employment contract and the consequences of a wrong action or out of term of the company is connected with knowing when this decision is legal. In addition, in case of the permanent disability the problem is more complicated because the same permanent disability ready ride his possible review, and this situation causes that the employer could extend the uncertainty that might surround the decision of the company to put end the employment contract. The study of the conflict that in the commented judgment is debated drives to concluding in that it turns out necessary to adapt the existing regulation to be able to grant a juridical safety bigger than the companies, since these are excluded of being able to take part in the process of declaration of the permanent disability. And it happens in spite of affected these stay " essentially " for the declaration of the condition of disability of his employee. The mentioned comment tries to investigate, also, it brings over of how there should be settled the complex scene that appears to the mercantile one affected before an administrative opposed Resolution, scene in the one that does not question the labor residual capacity of the affected one but strictly the moment in the one that has to or can the company put end to the labor relation before the possible review of the permanent disability already declared by the INSS.

Keywords

Permanent disability, administrative decision, INSS, employment contract extinction, employment contract suspension, review, challenging, Supreme Court, Top Court of Justice, challenging, Jurisprudence, declarative decision of rights.

[1] Comentario al hilo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, de la Comunidad Valenciana, de 6 de febrero de 2015, número de recurso 3045/2014.

1. EL OBJETO DE DEBATE: EL SUPUESTO DESPIDO IMPROCEDENTE DEL TRABAJADOR OPERADO POR ACTUAR LA EMPRESA *ANTE TEMPUS*

La sentencia de instancia frente a la que presenta recurso de suplicación la empleadora estima en favor del trabajador la demanda planteada por éste, un trabajador encuadrado en el Régimen general y víctima de un accidente de trabajo a quien, tras haber percibido la oportuna prestación de incapacidad temporal, se le reconoció, primero, en situación de incapacidad permanente parcial, y posteriormente, pasó a ser pensionista de incapacidad permanente total. En tal demanda solicitaba el accionante se declarara la improcedencia de su despido. Según la versión del trabajador, su empleadora había prescindido de él de forma inapropiada una vez ésta recibiera la comunicación del INSS a través de la que se le informaba que había sido reconocido como beneficiario/pensionista de la prestación de Incapacidad permanente total, cuando la mercantil debió haber esperado a que tal Resolución tuviera el carácter de firme. A juicio del empleado, la IPT no podía determinar el que, automáticamente, su contrato finalizara dado que en ese momento dicho reconocimiento podría ser objeto de revisión posteriormente; de hecho, la Mutua responsable del pago de la prestación interpuso demanda contra tal Resolución aunque la misma fue posteriormente desestimada por Auto judicial. En definitiva, sostenía el demandante, la actuación de la empresa le habría hecho perder la posibilidad de recuperar su puesto de trabajo, y había tenido lugar un despido que debía calificarse como improcedente. Juntamente a la anterior petición alegaba el trabajador que el período trabajado debía computarse no desde que entrara a trabajar con la última mercantil sino desde que se iniciara su vinculación contractual con la anterior empresa, al entender que ambas formaban un grupo de empresas, motivo por el que la demanda se extiende a dos mercantiles y las responsabilidades en la sentencia de instancia finalmente se declaran solidariamente respecto de ambas empleadoras.

Como ha quedado señalado, tras la Resolución declarativa de IPT del beneficiario ésta fue efectivamente impugnada por la Mutua responsable del pago pero tras ello aquélla fue reconocida como firme por Auto y esto último sucedió antes de que se pronunciara la sentencia de instancia acerca de la procedencia o improcedencia del despido. Por todo ello, el trabajador a la fecha de la celebración del juicio era ya beneficiario de la pensión de IPT –con efectos incluso previos a la fecha de la extinción de su contrato– pues había fracasado la impugnación impulsada por la Mutua. Así las cosas, la reclamación judicial continuó su curso y el accionante solicitaba que la decisión de la empresa –adoptada meses atrás– fuera en aquel momento constitutiva de despido improcedente, y ello aun dándose la circunstancia de que, entonces, era ya conocido que el trabajador no podría incorporarse al puesto de trabajo de origen. Al respecto, debe señalarse que no fue objeto de controversia la inexistencia de un puesto de trabajo apropiado y compatible con la capacidad laboral disminuida del trabajador en la empresa, no constando que tal posibilidad fuera solicitada en modo alguno por el demandante y sí constando la comunicación de la empresa en la que se hacía partícipe al trabajador accionante de tal circunstancia.

La sentencia de instancia da la razón al ya pensionista y reconoce la improcedencia del despido argumentando, en suma, que en el momento en el que la empresa adoptó la decisión de extinguir el contrato la Resolución del INSS no era todavía firme. Acoge tal

pronunciamiento la doctrina sentada por el Tribunal Supremo a fecha de 17 de noviembre de 2009[2] y del Alto Tribunal de 28 de enero de 2013[3], así como la contenida en la STS de 19 de octubre de 1993[4], según la cual, sostiene el pronunciamiento de instancia, la extinción del contrato una vez declarada la incapacidad permanente total solamente puede llevarse a cabo cuando exista firmeza de la Resolución dictada, por lo que habiendo la empresa extinguido el contrato *ante tempus* tal extinción debía considerarse despido improcedente[5].

Frente a tal sentencia interponen ambas mercantiles sendos recursos de suplicación interesando éstas el que la carta de la última empleadora dirigida al trabajador constituyera válida extinción del contrato, en aplicación del art. 49.1.e) ET, y no despido improcedente al entender que, tras la comunicación del INSS a la mercantil, ésta no tenía más opción que proceder entonces a la extinción del vínculo contractual. Básicamente mantienen ambas mercantiles demandadas que el carácter firme de la Resolución se deduciría a partir de la comunicación suministrada por la Entidad Gestora, y más cuando la empleadora no pudo ser conocedora de la impugnación de la Resolución del INSS operada por la Mutua responsable del pago de la prestación. La sentencia de la Sala que comentamos estima el recurso de ambas mercantiles y fallando a favor de la válida extinción del contrato de trabajo revoca la sentencia de instancia. Argumenta la Sala que la comunicación realizada por parte del INSS y la repercusión que esta comunicación tiene sobre la suspensión y/o extinción del contrato de trabajo faculta a la empresa para que pueda decidir acerca de si corresponde o no la resolución del vínculo contractual.

El mentado pronunciamiento resulta relevante porque supone un ejemplo de la inseguridad ante la que se pueden llegar a enfrentar las empresas cuando deciden poner fin a la relación laboral tras la declaración de invalidez de uno de sus trabajadores si concurre revisión o impugnación sobre tal Resolución.

2. EL PROBLEMA CONCEPTUAL: ¿CUÁNDO ES FIRME LA RESOLUCIÓN DEL ENTE GESTOR?, ¿DEBE RETRASAR LA DECISIÓN EXTINTIVA LA EMPRESA HASTA LA OBTENCIÓN DE LA FIRMEZA?

El tema que, en definitiva es objeto de debate se ciñe básicamente y en estado puro a resolver la siguiente cuestión: ¿Cuándo resulta que una Resolución de reconocimiento de Incapacidad permanente emitida por el INSS resulta firme? Y, más en particular, ¿cuándo resulta que una Resolución del INSS declarativa de derechos, en nuestro caso declarativa del

[2] RJ 2009, 7758, nº rec: 825/2009.

[3] RJ 2013, 4116, nº rec: 149/2012. Se trata este pronunciamiento de un RCUD pero en él se sustancia acerca de las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido una vez declarado que procedía la reincorporación del trabajador en la empresa y tras haberse negado la mercantil a la misma. Se concluye en ella que la condena a la empresa debe limitarse a la indemnización ante la imposibilidad de readmitir.

[4] Tales pronunciamientos, como se señalará posteriormente acogen el hecho de que la Resolución administrativa del INSS no es firme si ésta ha sido objeto de impugnación pero no concluye ni elabora el Alto Tribunal una doctrina (en RCUD) que resuelva si, efectivamente, ante la impugnación judicial de la Resolución, el despido se ha de entender es siempre improcedente, conclusión que es a la que llega la sentencia de instancia.

[5] Al respecto, sostiene igualmente la sentencia de instancia que, al resultar imposible la readmisión del trabajador el despido solamente puede tener la condición de improcedente, por lo que no procede la declaración de nulidad ni el pago de salarios de tramitación. Vid, sobre el particular, la STS de 11 de mayo de 1994 (RJ 5355, 1994) en la que se admite que, cuando una empresa extingue un contrato sobre una declaración de invalidez no firme éste constituye un despido, aunque sin condenar al pago de los salarios de tramitación.

derecho a la percepción de una pensión –en principio incompatible con el trabajo–, la IPT, resultaría ser firme y, por tanto, justificaría que la empresa decidiera extinguir un contrato, en su caso?.

Para resolver esta cuestión hemos de traer a colación disposiciones de carácter laboral (art. 49.1.c) y 48.2º ET), disposiciones del derecho de la seguridad social, tanto legales como de carácter reglamentario (art. 143 LGSS, RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la seguridad social la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social y la OM de 18 de enero de 1996), y disposiciones de ámbito procesal (singularmente el art. 71 y art. 146 LRJS), cuya puesta en conexión no ha resultado en la práctica excesivamente fácil.

Efectivamente, desde un punto de vista conceptual hemos de diferenciar que, una vez declarada una situación de IPT podemos encontrarnos con dos procesos de revisión bien distintos: el primero de ellos consiste en la revisión en la que se insta que se revoque la Resolución misma por parte del mismo Ente Gestor (excepcionalmente, por autotutela) o por parte del beneficiario, o por parte de quienes se pueden ver afectados por la misma, cuando se entienda que esta Resolución adolece de vicios que lo permiten. Incluso puede instar dicha revisión la misma Mutua, que puede ser la obligada al pago si el riesgo tiene carácter profesional. En tal caso debe llevarse a cabo una primera solicitud de revisión ante el mismo órgano a través de reclamación administrativa previa y después cabe también que se sustancie ésta (si es desestimada) ante el Juzgado de lo Social.

Pero, junto a esta revisión nos encontramos con que la misma definición de la Incapacidad permanente (ex. art. 136 LGSS) habla de que la invalidez permanente puede ser, habiendo sido declarada de forma válida, revisable, en cuanto que posteriormente puede cambiar la capacidad laboral residual del beneficiario, lo que permitiría instar su revisión. Entra en juego, entonces, el proceso de revisión propio o específico de la incapacidad permanente, que es el que se regula en el art. 143 LGSS.

Así pues, se habla de dos tipos de revisiones, aunque la LRJS, en su art. 146 y la LGSS en su art. 143 LGSS hablen de la palabra misma palabra "revisión". En un caso se contempla la revisión del acto de la entidad gestora y en el otro se alude a la revisión del acto no de concesión del derecho sino de declaración de invalidez o el grado de incapacidad del sujeto[6]. Como señala el Tribunal Supremo: (…)" no se trata de que el INSS vuelva sobre su propia resolución sino que previo nuevo examen del estado patológico, se dicta nueva resolución; no se trata de revisión de un acto de la entidad gestora declarativo de derecho, sino del examen de una situación nueva con lo que resulta que la revisión opera no sobre el acto de la entidad gestora que declaró la incapacidad sino sobre la nueva situación patológica del trabajador, que incide sobre su capacidad laboral en el ulterior momento y que es distinta de la anteriormente calificada (…)"[7].

[6] Vid. STS de 9 de junio de 1994 (RJ 1994, 5414), Ponente: Leonardo Bris Montes y de 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 8557), Ponente: D. Miguel Angel Campos Alonso.
[7] STS de 24 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7302), Ponente: D. Juan Antonio Linares Lorente.

2.1. La revisión del acto administrativo en sí mismo considerado

Así las cosas, la **"revisión del acto"** posibilita la impugnación del acto administrativo en sí mismo considerado –a través de la inicial reclamación administrativa previa (arts. 71 y 146 LRJS)– y tiene lugar a instancia del mismo órgano gestor o de otros sujetos interesados, de forma que cabría que fuera la misma Mutua, como ha ocurrido en el supuesto que comentamos, la que solicitara tal revisión. Al respecto debe recordarse que la revisión cabe incluso en régimen de autotutela, es decir, puede iniciarse por la misma Entidad Gestora que ha emitido la Resolución (INSS) aunque ésta es válida solamente en supuestos tasados, debiendo acudirse a tal posibilidad sólo con criterios restrictivos. Y han sido numerosos los estudios doctrinales destinados a analizar de forma específica cuándo es lícita la revisión de los actos declarativos de derechos emanados de las propias Entidades Gestoras[8], y cuándo, en definitiva corresponde a las mismas Entidades Gestoras volver y resolver sobre lo ya resuelto en un complejo expediente administrativo. A día de hoy, tal cuestión queda regulada en el art. 146 LRJS que se dedica a la revisión de los actos declarativos de derechos y que, para proteger al beneficiario, prohíbe tal revisión cuando se realice en su perjuicio, aunque tal revisión si procede cuando el objetivo del Ente Gestor sea conseguir para éste un resultado neutral. Sí cabrá pues, *a sensu contrario*, la misma cuando se efectúe para que mejore la situación del beneficiario, lo que deberíamos entender ocurre cuando –en sentido inverso a lo que entenderíamos es un "beneficio"– no existe una evolución positiva de la salud del afectado, es decir, sólo cabría que actuara la Entidad Gestora en caso de empeoramiento o detectando un grado de invalidez antes inexistente o ahora más elevado. La misma finalidad que perseguiría el beneficiario instando la mentada revisión.

Pero, curiosamente, la impugnación de la Resolución del INSS por parte de la Mutua obligada al pago sí podría suponer una revisión de la declaración del derecho del beneficiario que opere en perjuicio del asegurado pues la Mutua obligada al pago perseguiría precisamente la pérdida de la pensión o de la indemnización reclamada. Además de ello, incluso el art. 146.2º LRJS deja abierta la posibilidad de que la Entidad Gestora excepcionalmente pueda revisar de oficio sus propios actos, aún en perjuicio del beneficiario –pudiendo llegar a alterar en nuestro caso el grado incapacitante ya declarado–, aunque ello puede ocurrir sólo cuando tal revisión tenga por finalidad: a) rectificar errores materiales o de hecho y los aritméticos, o b) corregir omisiones o inexactitudes constatadas en las declaraciones del beneficiario. Así las cosas, tanto cuando opere la revisión de oficio por la misma Entidad Gestora o cuando ésta se inste por la Mutua para conseguir la pérdida del grado de la IP podría verse alterado el derecho ya reconocido para el trabajador, lo que, en términos de vigencia o no del contrato de trabajo podría significar que, el que se activara esta revisión del acto podría permitir el que el trabajador afectado pudiera tener que necesitar recuperar su puesto de trabajo si tal revisión del acto prospera: ¿es, pues, esta Resolución administrativa "firme" en este momento aunque se haya impugnado por el mismo Ente Gestor o por la Mutua?

[8] Absolutamente indispensable resulta, a tal efecto el estudio pormenorizado y completo que lleva a cabo GARCÍA NINET, JOSÉ IGNACIO, en Revisión de oficio de sus actos por los órganos de la Seguridad Social. Alcance y límites (Un recorrido jurisprudencial por un laberinto: ¿dónde está la salida?), en AAVV, Aspectos complejos en materia de seguridad social, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 408 y ss.

Si la firmeza significa el que el resultado de la revisión administrativa y judicial del acto tuviera efectos "ex tunc" implicaría que se retrotraerían los efectos del acto al momento de su origen, lo que haría que el despido del trabajador, de haberse producido, sería nulo, con todas las consecuencias a ello aparejadas. No obstante, parece que las sentencias en estas situaciones abogan más bien porque, ante la falta de readmisión del trabajador, se determine la improcedencia del despido al no poder conseguir una retroacción absoluta de las actuaciones ya realizadas por el empleador. Lo relevante es, pues, que los pronunciamientos judiciales no resuelven si la solución adoptada por la empresa fue válida o no en ese momento sino que resuelven qué hacer cuando la empresa se niega a la readmisión si se ha revisado la IP y el trabajador puede y debe volver a trabajar[9].

Pero ello no permitiría concluir el que, efectivamente, en estos casos quede claro que la decisión de la empresa de extinguir el contrato resulte inapropiada, y, por tanto, deba esperar la empresa, ante la impugnación (administrativa y/o judicial) de la Resolución, hasta que ésta se sustancie[10]. Por el contrario, si bien perviviría el derecho del trabajador al reingreso si es revocada la Resolución del INSS en perjuicio de sus intereses ello no supondría que la empresa deba esperar a extinguir el contrato y comprobar si la Resolución administrativa del INSS ha sido efectivamente impugnada en vía administrativa, primero, y en vía judicial después. Se trataría, pues, de evitar un posible perjuicio al trabajador en caso de posible negativa de la empresa a la readmisión pero ello no significaría que el trabajador tiene un derecho creado a mantener el suspenso de su contrato de trabajo solamente por encontrarse con una Resolución administrativa que como acto en sí mismo ha sido recurrida.

Lo mismo ocurre si es el trabajador el reclamante de un grado mayor de IP o es el trabajador quien pide la declaración de una IP que imposibilite la compatibilidad de la misma con su trabajo habitual (habitualmente IPT), pues tampoco entonces quedan, en modo alguno, paralizados, los efectos de la Resolución administrativa así declarada. Debe recordarse también que, como han declarado en numerosas ocasiones los Tribunales, la Resolución administrativa declarativa de derechos respecto al asegurado "causa estado"[11] por lo que la misma no puede dejarse sin efecto más que accediendo a la jurisdicción competente para ello: una solución diferente generaría un alto grado de inseguridad jurídica.

Abundando en todo ello si finalmente, por lo demás, ocurre que la sentencia judicial finaliza estimando la impugnación y rebajando el grado de incapacidad reconocido o eliminando la declaración de incapacidad permanente tal pronunciamiento tiene una eficacia "ex nunc", pero también "ex tunc" es decir, operaría trasladando sus efectos al momento en que se adoptaron todas las consecuencias derivadas de la declaración de IP, pero el efecto

[9] Vid, así, por ejemplo, la STS de 13 de junio de 1988 (RJ 1988, 5277), en la que se concluye con el derecho del trabajador a ser readmitido. Esta doctrina es, también, previa al actual art. 48.2º ET redactado tras la reforma operada en el año 1994.

[10] GONZALEZ DE LA ALEJA, R., en: La Incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo, Madrid, Bomarzo, 2006, p. 119, entiende, por el contrario, que cuando la Resolución administrativa fuera recurrida debería entenderse que el contrato de trabajo sigue suspendido, e igualmente pervive el derecho del trabajador a ser reingresado en su puesto de trabajo de origen.

[11] STC 12/1989, de la Sala Segunda, de 25 de enero (BOE del 20 de febrero y de 19 de abril), Ponente: D. Angel Latorre Segura. Señala tal pronunciamiento que: (…) "la declaración de un derecho a favor de una persona determinada causa estado y no puede unilateralmente dejarse sin efecto, sin perjuicio de la seguridad jurídica y de la posibilidad de acudir al orden jurisdiccional social impugnando la resolución, cuando existe causa para ello" (…).

"ex tunc" no afectaría la posible extinción del contrato de trabajo, consecuencia ésta que parece algo absurda, ya que la expresión "ex nunc" y "ex tunc" son contradictorias, por lo que difícilmente podrían coexistir en un mismo acto judicial, que ha de resultar nulo desde que fue emitido o válido y es inmediatamente ejecutivo.

En tal caso, la dificultad viene impuesta por la imposibilidad de hacer cumplir la sentencia hasta llegar a evitar los efectos perniciosos de una IP declarada que en origen no fue válida. Estos efectos perniciosos se detectan claramente porque el trabajador –aparte de las cuestiones que podrían tener que ver con la devolución de los ingresos indebidos– tendría que volver al trabajo y, por tanto, estaría en situación de solicitar a la empresa la vuelta al trabajo y, por tanto, ser nuevamente contratado, cuando ya incluso la empresa pueda haber contratado a otro trabajador para suplir el puesto del trabajador declarado en IP.

Para solucionar este problema los Tribunales entendieron que, revocada la IP si el trabajador pide el reintegro en la empresa ésta debe proporcionarle este puesto de trabajo, y, si no lo hace debería abonar al afectado indemnización por despido improcedente; no obstante, esta declaración del despido improcedente no llevaba aparejado el pago de los salarios de tramitación, al tratarse de una cuestión que no podía ser achacable a culpa de la empresa[12]. Y en este sentido la doctrina judicial había venido declarando que, ante esta situación procedía la declaración de la improcedencia del despido. No obstante, deberíamos matizar que esta solución la ofrecían los Tribunales solamente en los supuestos en los que la empresa denegaba la posible incorporación del afectado en la empresa tras la revocación de la IP previamente declarada, por lo que no debiera trasladarse a las situaciones en las que realmente no se pone en peligro la situación del afectado[13], supuesto que es precisamente el que concurre y el que se resuelve en la sentencia comentada.

A raíz de esta interpretación se hablaba de que tales Resoluciones administrativas no eran firmes, en el sentido de que, aún con plena eficacia, podían exigir que la empresa readmitiera al trabajador si quedaban revocadas en sí mismas; pero, se insiste, ello solamente se producía porque los Tribunales protegían al trabajador afectado por la Resolución revocada y lo protegían para evitar que la empresa pudiera negarse a su reincorporación tras la "revisión del acto". Lo anterior significaba que los Tribunales hablaran en este caso de una Resolución administrativa "no firme", terminología que ha causado no poca confusión en la materia y que no debería concluir en la afirmación de que los Tribunales abogan absolutamente porque el efecto extintivo del contrato no se produzca automáticamente ante una impugnación de la Resolución administrativa. Tal conclusión no queda, pues, clara, en absoluto. Lo único que sí debería concluirse es que, en esta situación –aunque se sobrepasen los dos años que se exigen si la revisión se insta vía art. 143 LGSS– la empresa debiera readmitir al trabajador, lo que no implica tampoco, como señalábamos más arriba que, ante una mera impugnación por parte de la Mutua, ello convirtiera la decisión extintiva empresarial en inadecuada, y ello aparejara, por si misma, el que el que el trabajador había sido despedido improcedentemente. Sobre todo cuando no se hace partícipe a la empresa de la posible impugnación operada por la Mutua, supuesto que es el que aquí acaece.

[12] Vid, al respecto STS de 11 de mayo de 1994 (RJ 5355, 1994)

[13] Es esta también la postura que mantiene la doctrina. Vid, al respecto, GOERLICH PESET, J.M., La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo, en Tribuna Social, nº 61, 1996, p. 62.

Así pues, en estas circunstancias no cabría entender siempre a efectos meramente conceptuales que se paralizaran los efectos de la Resolución administrativa en el momento de su pronunciamiento: ésta sería, desde el momento de su comunicación a los afectados, firme. Podríamos encontrarnos con que, posteriormente, esta Resolución pudiera ser revocada por la sentencia del Juzgado pero los efectos de la misma sobre el contrato de trabajo entonces serían plenos, y cabría, por tanto, una extinción válida del contrato de trabajo, a pesar de que existiera una impugnación, justificada o no, de la Resolución por parte de la Mutua –supuesto que es el que ocurre en la Sentencia que comentamos–. Son pues, las Resoluciones declarativas de derechos, en su origen, firmes, aunque puedan dejar de serlo posteriormente si son revisadas y revocadas vía judicial. Y por tanto, "causan estado" en el asegurado, lo que tiene su traslación directa en la decisión de la empresa en el momento mismo en que son comunicadas al ente empleador.

Todo lo anterior dificulta que podamos entender que, con carácter general la Resolución administrativa impugnada por la Mutua exija que la empresa deba suspender el contrato y no extinguirlo hasta que se sustancie la misma primero vía administrativa y después vía judicial, lo que no significa el que, si tras la mentada revisión el trabajador deba recuperar su puesto de trabajo –y sin atender a criterios temporales que sí vienen impuestos en la revisión instada vía art. 143 LGSS– y si tal declaración es revocada, éste recupere su puesto de trabajo.

2.2. La revisión del estado incapacitante por evolución médica

Junto a lo anterior nos encontramos con la **revisión dinámica de la declaración del estado del enfermo**, susceptible de ser activada como consecuencia de la posible evolución de la enfermedad o de la evolución de las lesiones determinantes del grado de incapacidad permanente reconocido (art. 143 LGSS, 7º RD 1300/1995 en relación con el art. 48.2º ET)[14]. Solamente esta otra revisión –previsiblemente definitiva o no– permitiría el que, de forma absolutamente excepcional debiera la empresa mantener la suspensión del contrato de trabajo del trabajador declarado en situación invalidante[15].

Además de una posible confusión conceptual entre ambos tipos de revisión del acto administrativo en sí mismo cuando se reconoce la IPT o IPA, en su caso, los problemas operativos que se ciernen sobre la regulación legal y reglamentaria de estas revisiones tienen que ver con el hecho de que, según la literalidad de la norma y según ha venido interpretando la doctrina judicial, la empresa no aparece en el proceso de reconocimiento de la declaración de IPT pues no se ha considerado como sujeto interesado en la misma, a no ser que resulte finalmente responsable del pago de ésta vía falta de ingreso de cuotas (art. 126 LGSS) o vía imposición del recargo de prestaciones (art. 123 LGSS). Y ello a pesar de que ello ha sido duramente criticado por la doctrina acreditada, quien viene manteniendo que, contrariamente

[14] Vid. ROMÁN VACA, E., El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, y ALVAREZ PATALLO, J.A., El procedimiento administrativo para la evaluación de la incapacidad permanente, Granada, Comares, 2005.

[15] Señala al respecto MORALES ORTEGA, J.M., en Notas sobre los efectos suspensivos de la incapacidad permanente, Actualidad Laboral, nº 34, 1999, p. 648, que: (…)"En consecuencia, hay que admitir que la IP, en nuestro ordenamiento, está causalizada en unas lesiones que, en principio, se presumen definitivas e irreversibles, pero que el hecho de que se prevea, por ejemplo, su mejoría, no afecta a su calificación y , a la postre, a sus efectos". (…)

a lo que señala la norma y han venido interpretando los Tribunales, debería darse entrada a la mercantil para que tuviera conocimiento del estado de las actuaciones en materia de incapacidades pues concurrirían en ella una serie de efectos indirectos o reflejos que facultarían su legitimación en el proceso de declaración y, en su caso, de revisión de la incapacidad permanente[16]. De hecho, el supuesto aquí debatido es una buena muestra de que quizá con una mayor implicación de la mercantil en el proceso la empleadora tendría más capacidad incluso para argumentar la justificación adecuada de su decisión extintiva.

Así pues, una vez ha concluido el procedimiento al que alude el RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla en materia de incapacidades laborales del sistema de la seguridad social la Ley 42/1994, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, normativa desarrollada por la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996[17], se emite la Resolución del INSS en la que se declara el grado incapacitante del sujeto cuya valoración de salud ha sido realizada por el equipo médico asignado a tal fin por la Entidad Gestora[18]. Pero finalizado este proceso cabe que se lleve a cabo la revisión del grado de tal IP. Resulta, entonces, aplicable el art. 143.2º LGSS que contempla y distingue dos plazos de tiempo distintos para poder instar la mentada revisión, según si el pensionista estuviera ejerciendo o no cualquier trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, y en atención a si la revisión se insta por agravación o mejoría del estado invalidante profesional o por error de diagnóstico. Solamente en este segundo caso –supuesto error de diagnóstico– o cuando el afectado trabaje por cuenta ajena o propia la revisión puede realizarse sin someterse a plazo alguno, es decir, en cualquier momento. Por el contrario, la revisión que tenga por finalidad comprobar la posible agravación o mejora del estado de salud del pensionista debe esperar a que transcurra un plazo de tiempo fijado, el que la misma Resolución del INSS ha debido especificar en el momento de la declaración de IP, de forma que la misma permanencia de la IP no resultaría realmente ejecutiva si no se acude a lo que dictamine la misma Resolución que declara el grado de invalidez del afectado.

El motivo de tal espera reside en la necesidad de ajustar y adecuar las revisiones, habiendo considerado el mismo Tribunal Constitucional (STCo 205/2011, de 15 de diciembre) que tal espera para proceder a la revisión por agravación o mejoría del enfermo es razonable para dotar a las resoluciones firmes de cierta estabilidad, pues una revisión permanente, ilimitada e incondicionada, sobrecargaría los servicios administrativos y los órganos judiciales implicados, lo que provoca el que, en la práctica a menudo se resuelva en los Tribunales acerca de la adecuación de un grado de invalidez declarado en un momento temporal diferente cuando ya el pensionista se encuentra en plazo nuevamente para instar otra revisión del grado de IP declarado previamente[19].

[16] Sobre el particular, Vid. RABANAL CARBAJO, P., El papel de la empresa en la declaración de incapacidad permanente, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 69, p. 175 y ss.

[17] Vid, al respecto igualmente la Resolución de 22 de marzo de 1996, de la Secretaría general de la Seguridad Social, constituye equipos de valoración de incapacidades en determinadas Direcciones Provinciales del INSS, y la Resolución de 16 de junio de 1997, del INSS, donde se regula el abono de los gastos causados por las comparecencias exigidas por el Equipo de Valoración de incapacidades.

[18] Vid. BANDERA GALLEGO, J., El procedimiento administrativo de declaración de invalidez en el RD 1300/1995, de 21 de julio, Relaciones Laborales, 1995-II.

[19] Vid. al respecto OLARTE ENCABO, SOFÍA, El principio de igualdad en la revisión de las pensiones de Incapacidad permanente. Sentencia del Tribunal Constitucional 205/2011, de 15 de diciembre, Temas Laborales, nº 116, 2012.

De tal forma que si el pensionista está en activo o también si se ha producido un error de diagnóstico el propio INSS de oficio o a instancia del propio interesado puede promover la revisión (médica o dinámica) en cualquier momento o *sine die*, pero si no es así la revisión deberá esperar o estará condicionada al respeto de los plazos que consten en la misma Resolución, inicial o de revisión, del INSS.

Y, así las cosas, es a esta posibilidad de revisión –por mejoría o por agravación– a la que se refiere el art. 48.2º ET cuando permite, de forma absolutamente excepcional el que, una vez declarada la situación incapacitante de un trabajador, y extinguida también previamente la IT, si a juicio del órgano calificador, la situación del trabajador se entiende que pueda ser objeto de revisión por mejoría, de forma que en ese momento pueda llegar a entenderse como posible o probable que éste se incorporaría al trabajo antes del lapso temporal de dos años, y subsistiría la vinculación contractual del trabajador, de forma que, en lugar de extinguirse la relación laboral ésta quedaría suspendida solamente hasta el plazo que apareciera consignado en la Resolución del INSS. Continúa igualmente señalando a tal fin el art. 7º del RD 1300/1995, de 21 de julio, que la subsistencia de la suspensión de la relación laboral solamente se producirá cuando en la Resolución se haga constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado igual o inferior a dos años. E igualmente obliga el art. 7º que, en este caso se debe dar traslado al empleador afectado de la Resolución dictada por el INSS, debiéndose entender que, en todo caso, corresponde al Ente gestor el cumplimiento finalístico de la mentada obligación. De manera que, al tratarse el supuesto suspensivo del contrato de trabajo de una situación absolutamente excepcional, no puede preverse o ser prevista por la empleadora más que, cuando, a través de la preceptiva comunicación a realizar por el INSS a la empresa conste de forma clara que el plazo para instar la revisión es inferior a 2 años, y que, por tanto, procede suspender y no extinguir el contrato de trabajo del interesado.

Sucede pues que, transcurrido el plazo de dos años, los Tribunales vienen entendiendo que ya no procede exigir a la empleadora que readmita al trabajador, por lo que, cuando la misma Entidad Gestora estableciera un plazo inferior a los dos años para llevar a efecto tal revisión, si ésta no fuera revisada en tal plazo ello repercutiría sobre el Ente Gestor quien debería asumir la responsabilidad de su inoperancia o del retraso en su actuación, lo que, en definitiva, significa otorgar un papel relevante a la Entidad Gestora, cuya intervención resulta clave en el proceso y debe servir para revestir de validez a los actos de la empleadora cuando se vea comprometida la pervivencia del vínculo[20].

[20] Vid. FJ 3º STSJCV de 6 de febrero de 2015 donde se remite a la Sentencia de la Audiencia Nacional (Contencioso-Administrativo) de 17 de abril de 2013 (RJCA 2013, 354).
Sobre el particular existe un elevado grado de conflictividad:
Vid, también, al respecto: RIVAS VALLEJO, P., Provisionalidad del reconocimiento de indemnizaciones vinculadas a declaraciones de incapacidad permanente revisable, en Revista Aranzadi Doctrinal, nº67, 2013, y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., La suspensión de la relación de trabajo por incapacidad permanente con previsible revisión por mejoría, Revista Doctrinal Aranzadi Social, nº 7, 2009.

3. LA REVISIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DECLARATIVO DE LA IP: LA DOCTRINA JUDICIAL APLICABLE

También ha interpretado el Tribunal Supremo que el art. 49.1.e) en relación con el art. 48.2º son preceptos que deben ser entendidos en sentido finalístico, trayendo a colación igualmente el tenor literal del art.143 LGSS. Y tal doctrina, como expresamente se argumenta en la Sentencia de la Sala que comentamos, se deduce de las relevantes Sentencias del Alto Tribunal de 28 de diciembre de 2000[21] y de 31 de enero de 2008[22], distinguiéndose entre lo que sería una declaración de invalidez previsiblemente definitiva, y por ello extintiva de la relación laboral, de una declaración de invalidez de probable revisión por mejoría y por ello suspensiva de la relación laboral, que sería la única a la que se refiere el art. 48.2º ET[23], siendo éste el único supuesto en el que cabría entender que deba la empresa mantener en suspenso la relación laboral, lo que *a sensu contrario* significaría que cualquier otra revisión instada no generaría el efecto suspensivo sino extintivo de la relación de trabajo[24]. Y es ésta precisamente la conclusión a la que llega la STSJ que comentamos y en la que se finaliza señalando que la Resolución del INSS en los términos en los que ésta había sido comunicada por parte de la empresa se efectuó de acuerdo con lo previsto en el art. 143.2º LGSS, de forma que resultó ésta totalmente ajena a los supuestos que el art. 48.2º ET regula, de forma que dado que la vinculación con el supuesto suspensivo relatado en el art. 48.2º ET no podía llevarse a cabo por mor de lo dispuesto en el art. 143 tampoco cabría sino entender que, por aplicación del art. 49.1.e) ET, y habiendo sido declarada la situación de IP por parte del INSS, la empleadora debe proceder a la extinción del contrato a lo que está facultada por posibilitarlo así el precepto estatutario (FJ 2º TSJ CV de 5 de febrero de 2015).

[21] Nº de recurso 646/2000.

[22] Nº de recurso 3812/2006.

[23] Señala así literalmente la STS de 28 de diciembre de 2000 que: "el art. 48.2º ET en su redacción actual ha introducido un supuesto de suspensión del contrato de trabajo por dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente en aquellos supuestos en que "la declaración de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su incorporación al puesto de trabajo". Tal situación constituye una especialidad importantísima respecto de la previsión general de revisión de las declaraciones de invalidez que se contiene en el art. 143.2 de la LGSS, puesto que, mientras en este precepto se limita a reconocer como principio general que toda invalidez es susceptible de revisión en tanto el interesado no haya cumplido la edad de jubilación, tanto por mejoría como por empeoramiento de la situación, previendo la fijación de un plazo no vinculante a partir del cual se podrá solicitar la revisión por cualquiera de las partes, en el art. 48.2º ET se parte de una revisión por mejoría no ya posible sino probable, puesto que se considera previsible que se producirá, y por ello se fija un plazo de suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo que es vinculante para el empresario, en situación que no se produce ante la simple posibilidad de revisión que contempla el art. 143 LGSS. Esta doble y diferente previsión legislativa en materia de revisión de incapacidades permite distinguir entre una declaración de invalidez previsiblemente definitiva, y por ello extintiva de la relación laboral (cual sería la general del art. 143) y una declaración de invalidez de probable revisión por mejoría y por ello suspensiva de la relación laboral (que sería la del art. 48.2º 2 ET que obliga a la empresa a mantener en suspenso la relación laboral sin posibilidad de extinguirla)."

[24] Añade a lo anterior la STS de 31 de enero de 2008 que: "La situación que prevé el art. 48.2º del ET es la contraria, en cierto sentido, a la del art. 143.2º de la LGSS. En el art. 48.2º, en razón precisamente de la probabilidad de la mejoría del interesado, la revisión se ha de efectuar necesariamente en los dos años siguientes a la resolución que reconoció la invalidez permanente, lo que supone que a partir del cumplimiento de esos dos años la revisión que se pueda hacer efectiva, ya no tiene nada que ver con este art. 48.2º, pues es totalmente ajena al mismo. En cambio, en el art. 143.2º de la LGSS la revisión no se puede realizar en el tiempo inmediato posterior a la resolución del INSS, sino después de que se haya cumplido el plazo señalado en tal resolución, es decir, a partir del vencimiento del mismo". (…)

4. CONCLUSIÓN: ¿UN AMBIVALENTE CRITERIO JUDICIAL?: ¿CÓMO DEBEN ACTUAR LAS MERCANTILES?

Como se ha visto, no resulta claro que el Tribunal Supremo entienda que una Resolución administrativa del INSS impugnada no tiene carácter firme. Y ello afecta de forma evidente al empleador, quien debe resolver si extinguir o no el contrato quedando expuesto a que tras su decisión el afectado interponga demanda por despido improcedente. Es necesario, pues, buscar una solución que proporcione seguridad jurídica a los actuantes, solución que podría venir de la mano de adecuar la redacción de las normas que resultan aplicables (en particular, el art. 48.2º ET[25]), o de exigir que el INSS deba siempre eximir a la empleadora de ser responsable de una extinción no adecuada del vínculo –solución que es la que la Sentencia de la Sala comentada posibilita considerando que lo esencial es la comunicación por parte del INSS completa y adecuada en la literalidad de sus términos, de forma que sea sólo el órgano gestor el que decida si corresponde o no el que la empresa extinga el contrato–, dejando el resto de las cuestiones a la ejecutividad de lo que dispongan en su caso los tribunales, quienes serán los que resuelvan en última instancia una impugnación del acto administrativo solicitada por la Mutua.

Entendemos, lo primero, que la posible suspensión del contrato sólo concurriría cuando se trate de una revisión de la IP y cuando así lo señale el propio acto declarativo de la IP el ente encargado de su emisión y sería mucho más difícil mantener esta postura cuando lo impugnado sea el mismo acto administrativo, conduciendo tal solución a un absurdo, a tenor de la situación que se plantea en la Sentencia de la Sala comentada. Ello significaría que éste debería entenderse, pues, a pesar de estar sometido a revisión, firme.

Pero además no puede condicionarse ni retrasarse la actuación de la empresa hasta el mismo momento en que la misma Resolución del INSS sea directamente ejecutiva, lo que ocurre solamente en el caso de que se haya confirmado la misma vía judicial –previa impugnación por el trabajador o la Mutua o la misma empresa, si resulta ser responsable del pago– (art. 146.4º LRJS) sin que aquí debamos estar a expensas de un determinado plazo temporal. En cambio, si la revisión se lleva a cabo a través de la vía del art. 143 LGSS, lo que debe haber sido previsto por la Resolución misma, el transcurso del plazo de los dos años sí provoca que desde entonces se pierda la posibilidad de reingreso del trabajador en la empresa.

No hay que olvidar, tampoco, que este problema aparece dado que a las empresas no se las considera como sujeto legitimado para poder intervenir como parte interesada en los procesos de seguridad social, una falta de legitimación que la doctrina científica ha criticado a lo largo de los años[26]. Así las cosas, debería actuarse proporcionando criterios de actuación

[25] No han sido pocos los autores que critican el tenor literal del mentado precepto, llegando incluso a sugerir redacciones más apropiadas. Es lo que propone, llegando incluso a redactar el tenor del precepto, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., en La suspensión de la relación de trabajo por incapacidad permanente con previsible revisión por mejoría, en Revista Doctrinal Aranzadi Social, nº 7, 2009.

[26] Vid, al respecto, el Comentario de la Sentencia 207/1989, de 14 de diciembre en recurso de amparo nº 948/1987, llevado a cabo por el Profesor ALONSO OLEA, M., en: Sobre los "efectos reflejos" de la cosa juzgada, si de tales se trata. La relación entre las decisiones sobre declaración de incapacidad permanente (o de incapacidad provisional; o de capacidad) para el trabajo, y las decisiones sobre la extinción (o la suspensión o continuidad) del contrato de trabajo, en AAVV, Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social, Tomo VII, año 1989, Civitas, Madrid, 1990, p. 540 y ss.

claros para evitar que las empresas adopten soluciones equivocadas en momentos no adecuados, lo que podría pasar por dotar de una mayor presencia del INSS o insertar a la empresa en el proceso de declaración de la incapacidad.

En el caso que es objeto de debate en la Sentencia comentada no se entra a valorar que la posterior impugnación de la Resolución administrativa por parte de la Mutua implique falta de firmeza de la Resolución pues ello –a pesar de poder ser impugnada en vía administrativa, primero, y en vía judicial, después– sólo resultaría necesario si tal conclusión afectara a la decisión de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo, lo que se entiende no ocurriría. Al no deber la empresa esperar a que el Juzgado confirme la ejecutividad directa del pronunciamiento en el caso debatido concluye la Sala que sí tenía potestad la empresa –en ese momento concreto– para decidir entre suspender o extinguir el contrato de trabajo del actor con referencia a la revisión de la invalidez permanente, no del acto administrativo en sí mismo. Y para ello únicamente podía tener como referencia la mercantil el tenor de la Resolución del INSS que había sido transmitida a la empresa. Por ello, la comunicación del INSS resultaría suficiente para no poner en duda su firmeza, aunque el acto administrativo hubiera sido objeto de revisión por la Mutua. Esta conclusión enlaza también con la posibilidad de que sí pueda el trabajador recurrir judicialmente la Resolución del INSS, sin que ello afecte a la necesidad de esperar el transcurso de una serie de plazos para que tenga lugar la revisión del estado incapacitante que dio lugar a la declaración de la incapacidad. Es decir, dado que se admite que se puede revisar el grado incapacitante (art. 143 LGSS) aunque esté pendiente la revisión administrativa y judicial de la Resolución misma, criterio éste que es el que adopta el INSS[27], si es la Mutua la que interpone recurso contra la Resolución del INSS ello tampoco afecta a la extinción o suspensión del contrato en curso. Lo relevante debe ser, en suma, que si existe Resolución administrativa adoptada por el INSS debe estarse a lo en ella dispuesto, sin perjuicio de que pueda ser obligada, posteriormente, la mercantil a readmitir al trabajador si la resolución administrativa como acto administrativo resulta revocada.

[27] Vid. Criterio 34/1999. Revisión de grado. Posibilidad de grado inicialmente declarado que no es firme. El asunto consultado es: posibilidad de revisión en vía administrativa, por agravación y a solicitud del interesado, del grado de incapacidad permanente declarado, cuando la resolución en que se produjo tal declaración, no es firme al haber sido impugnada ante los órganos jurisdiccionales.
El criterio adoptado es el siguiente: "El alcance de la revisión de grado no es, en modo alguno, la impugnación del acto o resolución del reconocimiento inicial teniendo en cuenta la gravedad de las lesiones padecidas en aquel momento por el interesado, sino la valoración de la situación médica en el momento actual, dado su carácter evolutivo, para determinar si es merecedora de un grado distinto al inicialmente reconocido, y de ahí que sus efectos económicos, en su caso, se desplieguen desde la declaración de ese nuevo grado. En el supuesto analizado, lo que se haya "sub iudice" en tanto no recaiga sentencia que devenga firme, es el grado de incapacidad existente en el momento del reconocimiento inicial y no el que pueda concurrir en un momento posterior" (…) "por tanto, si la sentencia recurrida una vez firme no impide el análisis de situaciones posteriores, carece de fundamento esperar a que recaiga dicho pronunciamiento para entrar a analizar el grado de incapacidad existente conforme a las nuevas circunstancias".

Laborum

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

El impacto de la nueva Ley alemana reguladora del salario mínimo general sobre el Código alemán de Seguridad Social. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español
The impact of the new German Statute ruling the general minimum wage on the German Code of Social Security. A study from the point of view of Spanish Law

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

Resumen

La promulgación en 2014 de la Ley alemana reguladora del salario mínimo general, que pone fin a la falta de existencia en Alemania de la institución del salario mínimo interprofesional, ha impactado no sólo sobre el ordenamiento jurídico laboral alemán en su conjunto, sino también sobre el ordenamiento jurídico alemán de la seguridad social. En este trabajo, se analiza dicho impacto sobre el Código alemán de Seguridad Social, focalizándolo en su Libro Cuarto (regulador con carácter transversal del aseguramiento social), en su Libro Tercero (monográficamente regulador de la protección contributiva por desempleo) y en su Libro Undécimo (monográficamente regulador de la protección por dependencia). El estudio se contextualiza con las correspondientes referencias al Derecho español relativo a dichos temas.

Palabras clave

Salario mínimo interprofesional alemán; Código alemán de Seguridad Social; Aseguramiento social; Desempleo; Dependencia

Abstract

The enactment in 2014 of the German statute ruling the general minimum wage, which ends the lack of existence in Germany of the institution of the interprofessional minimum wage, has impacted not only on the German labor legal order as a whole, but also on the German social security legal order. In this paper, such impact on the German Code of Social Security is analysed, focussing it on its Fourth Book (ruling in a transverse way the social insurance), on its Third Book (ruling separately the contributory protection for unemployment), and on its Eleventh Book (ruling separately the protection of dependency). This study is contextualised with the corresponding references to Spanish Law dealing with such subjects.

Keywords

German interprofessional minimum wage; German Code of Social Security; Social insurance; Unemployment; Dependency

1. SOBRE LA APARENTE INCOMUNICABILIDAD DEL DERECHO ALEMÁN DEL TRABAJO Y DEL DERECHO ALEMÁN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Como se sabe, en Alemania el Derecho del Trabajo (*Arbeitsrecht*) y el Derecho de la Seguridad Social (*Sozialrecht*) son compartimentos estancos, desde el punto de vista universitario, como lo son también en España el Derecho del Trabajo, el Derecho Mercantil y el Derecho Financiero y Tributario. Por paradójico que pueda resultar, es un estado de cosas que tiene allí una explicación «judicial», pues a pesar de tratarse de «un país que no es de "Derecho común", sino de "Derecho civil" –como lo son Francia o España–, la enseñanza

universitaria del Derecho siempre ha estado condicionada en Alemania, ya desde el año 1877, por la formación que debían llegar a adquirir precisamente los Jueces»[1]. Tras muchos avatares legislativos, la norma decisiva sobre este tema es hoy el parágrafo 5a (rotulado «Estudio [*Studium*]») de la Ley federal alemana del Juez (*Deutsches Richtergesetz*) o, en su abreviatura oficial, DRiG, de 8 septiembre 1961, en el que se afirma –en lo esencial, a propósito de la formación universitaria que deben recibir los estudiantes de Derecho en Alemania, aun cuando nunca pretendan llegar a ejercer profesionalmente como jueces– que «especialidades obligatorias [*Pflichtfächer*] son los ámbitos nucleares [*Kernbereiche*] del Derecho Civil, del Derecho Penal, del Derecho Público y del Derecho Procesal, incluidas las referencias al Derecho europeo, a los métodos de la ciencia jurídica y a los fundamentos filosóficos, históricos y sociales»[2], sobre la base –y esto es sumamente importante– de que «los contenidos del estudio tienen en cuenta la praxis jurisprudencial, administrativa y de asesoramiento jurídico»[3]. Este precepto afirma, además, que «los detalles los regula el Derecho de los Estados federados»[4], remitiendo así a los ordenamientos jurídicos de los dieciséis Estados federados (*Bundesländer*) de que se compone, de acuerdo con la Constitución federal, la República Federal de Alemania. Pues bien, si se examinan las concretas Leyes y Reglamentos reguladores del tema en dichos dieciséis Estados federados, resulta claro –a título regla general– que el Derecho del Trabajo es uno de los «ámbitos nucleares» del Derecho Civil (*bürgerliches Recht* o, también, *Zivilrecht*), mientras que el Derecho de la Seguridad Social forma parte, a su vez, de los «ámbitos nucleares» del Derecho Público, junto al Derecho Administrativo (*Verwaltungsrecht*)[5].

2. Esta aparente incomunicabilidad se encuentra sólidamente apuntalada, siempre desde el mencionado punto de vista «judicial», por la peculiar organización separada e incomunicada de los tribunales laborales y de los tribunales de seguridad social en Alemania[6]. En efecto, los primeros aparecen regulados en la Ley del Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgerichtsgesetz*) o, en su abreviatura oficial, ArbGG, de 3 septiembre 1953 (que es, a la vez, una Ley procesal y una Ley orgánica)[7], presidida por la regla general de que «la jurisdicción en materias de trabajo ... se ejerce por los Tribunales de Trabajo ..., los Tribunales de Trabajo del Estado federado ... y el Tribunal Federal de Trabajo»[8], los cuales «son competentes con exclusividad»[9] para conocer, entre otros varios tipos de asuntos, de los «pleitos jurídico-civiles [*bürgerliche Rechtsstreitigkeiten*] entre las partes de un convenio colectivo [*zwischen Tarifvertragsparteien*], o entre éstos y terceros si derivan de convenios

[1] Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El género doctrinal "comentarios" en el Derecho alemán. A propósito del "Comentario Erfurtense" sobre Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141 (2009), pág. 7.
[2] Apartado 2, inciso tercero.
[3] Apartado 3, inciso primero.
[4] Apartado 4.
[5] Para la lista de las Leyes y Reglamentos citados de los Estados federados alemanes, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El género doctrinal "comentarios" en el Derecho alemán. A propósito del "Comentario Erfurtense" sobre Derecho alemán del Trabajo», cit., págs. 8-9.
[6] Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, 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. 79 y ss., y 105 y ss.
[7] Nuestra traducción íntegra de la misma al castellano, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 242 y ss.
[8] Cfr. parágrafo 1.
[9] Cfr. parágrafo 2, apartado 1.

colectivos, o sobre la existencia o inexistencia de los convenios colectivos»[10], así como de los «pleitos jurídico-civiles entre trabajadores y empresarios [*bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern*] ... derivados de la relación laboral [*aus dem Arbeitsverhältnis*]»[11]. Por su parte, los segundos aparecen regulados en la Ley del Tribunal de Seguridad Social (*Sozialgerichtsgesetz*) o, en su abreviatura oficial SGG, de 3 agosto 1953 (de nuevo, una Ley procesal y una Ley orgánica), en la que se afirma que «los tribunales de la jurisdicción de seguridad social [*Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit*] deciden conflictos jurídico-públicos [*öffentlich-rechtliche Streitigkeiten*]»[12], en una pluralidad de asuntos sobre seguros sociales expresamente mencionados (pensiones, enfermedad común, accidentes de trabajo, desempleo), con la cláusula de cierre relativa a que también conocen «en los demás asuntos del aseguramiento social [*in sonstigen Angelegenheiten der der Sozialversicherung*]»[13], estando toda esta otra Ley presidida por la regla general de que «la jurisdicción de seguridad social se ejercerá por tribunales administrativos especiales [*besondere Verwaltungsgerichte*], independientes y separados de las autoridades administrativas»[14].

3. Ahora bien, a pesar de tratarse de compartimentos estancos, las interferencias e interconexiones entre el Derecho alemán del Trabajo y el Derecho alemán de la Seguridad Social son continuas, y las analizaremos aquí a propósito de la Ley que ahora mismo está protagonizando el papel más llamativo (por no decir estelar), también desde el punto de vista ius-comparatista, dentro del ordenamiento jurídico alemán. Se trata de la Ley para la regulación de un salario mínimo general (Ley del salario mínimo) [*Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz*)] o, en su abreviatura oficial, MiLoG, de 11 agosto 2014 (por cierto, como se verá, una Ley sumamente cuidadosa con el impacto de género de su lenguaje)[15], en la que se ordena –poniendo fin a la tradicional resistencia alemana a poseer un salario mínimo interprofesional legal[16]– que «toda trabajadora y todo trabajador tiene derecho al pago por el empresario de un salario, al menos en la cuantía del salario mínimo [*jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgelts mindestens in Höhe des Mindestlohns durch den Arbeitgeber*]»[17], y que «la cuantía del salario mínimo [*die Höhe des Mindestlohns*] asciende, a partir de 1 enero 2015 [*beträgt ab dem 1. Januar 2015*], a 8,50 euros brutos por hora [*brutto 8,50 Euro je*

[10] *Ibidem*, núm. 1.
[11] *Ibidem*, núm. 3, letra a).
[12] Cfr. parágrafo 51, apartado 1.
[13] *Ibidem*, núm. 5.
[14] Parágrafo 1.
[15] Como se ha puesto de relieve doctrinalmente entre nosotros, «las Leyes federales alemanas de "igualdad" de 2001 y 2004 afirman casi concordemente que "los preceptos jurídicos y administrativos de la Federación deben explicitar la igualdad de mujeres y hombres, también lingüísticamente", teniendo en cuenta que "esto se aplica también a la documentación administrativa"» (cfr. A. ARUFE VARELA, *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Netbiblo [A Coruña, 2008], pág. 14). Sobre la estructuración usual, así como el tamaño, de las Leyes federales sustantivas alemanas, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La Ley federal alemana de vacaciones. Estudio comparado con el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores español, y traducción castellana», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. V (2013), pág. 79.
[16] Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos), Netbiblo (A Coruña, 2009), págs. 13 y ss.
[17] Parágrafo 1, apartado 1.

Zeitstunde]»[18], teniendo en cuenta que cada dos años «la cuantía del salario mínimo puede modificarse por Reglamento del Gobierno federal, a propuesta de la Comisión permanente de los interlocutores sociales»[19]. La trascendencia de esta norma (muy breve, por lo demás, pues sólo cuenta con veinticuatro parágrafos), llamada a tener incluso un impacto potencial sobre el mismísimo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[20], explica que cuente ya con sus propios «comentarios» monográficos exentos[21], al igual que viene sucediendo tradicionalmente con las más importantes Leyes laborales alemanas[22].

2. LAS LEYES IMPACTADAS POR LA NUEVA LEY ALEMANA REGULADORA DEL SALARIO MÍNIMO GENERAL

4. Dada la posición central y estelar que esta nueva Ley ha pasado a ocupar en el ordenamiento laboral alemán (que es, como se sabe, un ordenamiento no codificado), resulta comprensible que el legislador alemán se haya preocupado de hacerle un hueco cómodo, entre la pluralidad de Leyes que integran dicho concreto ordenamiento, aunque sin proceder a enmendarlas. En lo tocante al Derecho individual del Trabajo, su impacto –orientado siempre a hacerle hueco– es evidente sobre muy diversas Leyes laborales, cuyo ámbito de aplicación se amplía, o cuyos preceptos se declaran aplicables analógicamente o no alterados. A este efecto, resultan especialmente llamativos los que afectan a cuatro Leyes estructurales reguladoras de la relación individual de trabajo. En primer lugar, la Ordenanza Industrial (*Gewerbeordnung*) o, en su abreviatura oficial GewO, de 21 junio 1869[23], fundamental para comprender «determinados aspectos básicos del Derecho individual del Trabajo y del Derecho de la Administración laboral»[24], tratándose asimismo de «una norma jurídica venerable, más incluso que el propio Código Civil alemán, puesto que se promulgó cuando ni siquiera existía como tal Alemania»[25]. En segundo lugar, el Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*) o, en su abreviatura oficial, BGB, de 18 agosto 1896, que sigue siendo todavía la norma reguladora en Alemania del contrato de trabajo (más en concreto, en sus parágrafos 611 a 630, utilizados incluso para transponer Directivas de la Unión Europea de contenido laboral)[26]. En tercer lugar, la Ley para la regulación de la cesión de trabajadores (*Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung*) o, en su abreviatura oficial, AÜG, de 7 agosto 1972[27], de algún modo equivalente a nuestra Ley 14/1994, de empresas de trabajo

[18] *Ibidem*, apartado 2, inciso primero.
[19] *Ibidem*, inciso segundo.
[20] Acerca de esta conjetura, véase A. ARUFE VARELA, «La canciller Merkel y el salario mínimo interprofesional alemán. Un estudio laboral sobre el "contrato de coalición" de 16 diciembre 2013», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. VI (2014), págs. 19 y ss.
[21] Véase C. HILGENSTOCK, *Mindestlohngesetz*, 1ª ed., C.H. BECK (Múnich, 2014), págs. 10 y ss.; y T. LAKIES, *Mindestlohngesetz-Basikommentar zum MiLoG*, 1ª ed., Bund-Verlag (Colonia, 2015), págs. 22 y ss.
[22] Sobre esta tradición, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El género doctrinal "comentarios" en el Derecho alemán. A propósito del "Comentario Erfurtense" sobre Derecho alemán del Trabajo», cit., págs. 10 y ss.
[23] Nuestra traducción de los preceptos laborales de la misma, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 103-106.
[24] *Ibidem*, pág. 7.
[25] *Ibidem*. La nueva Ley alemana reguladora del salario mínimo remite expresamente a ella, en su parágrafo 18, apartados 3 y 4.
[26] Nuestra traducción de dichos parágrafos, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 107-112. La nueva Ley alemana reguladora del salario mínimo remite expresamente a este Código, en su parágrafo 2, apartado 2.
[27] Nuestra traducción de la misma, a fecha de 17 abril 2007, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 119-130.

temporal[28]. En cuarto lugar, la imponente Ley para la lucha contra el trabajo negro y la ocupación ilegal (*Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung*) o, en su abreviatura oficial, SchwarzArbG, de 23 julio 2004[29], de la que constituye un pálido reflejo nuestra Ley 13/2012, de 26 diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social[30].

5. En lo tocante al Derecho colectivo del Trabajo, fue preocupación del legislador acompasar el tradicional sistema alemán de salarios mínimos profesionales (o si se quiere, sectoriales) con el nuevo sistema de verdadero salario mínimo interprofesional, sobre todo mediante el establecimiento de períodos transitorios de adaptación, lo que suponía impactar directamente sobre las dos principales normas alemanas reguladoras, aunque a través de los convenios colectivos o reglamentos asimilados a ellos, de dichos salarios mínimos profesionales preexistentes en Alemania. De ahí, ante todo, la mención expresa de la nueva Ley reguladora del salario mínimo a la Ley del convenio colectivo (*Tarifvertragsgesetz*) o, en su abreviatura oficial, TVG, de 9 abril 1949, concretando la misma «para el convenio colectivo declarado de eficacia general [*für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag*] con base en el parágrafo 5 de la Ley del convenio colectivo». Y también, sus diversas remisiones expresas a la Ley sobre condiciones de trabajo obligatorias para los trabajadores y trabajadoras desplazados transnacionalmente y empleados ordinariamente dentro del país (Ley de desplazamiento del trabajador) [*Gezetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz)*] o, en su abreviatura oficial, AEntG, de 20 abril 2009[31], sólo parcialmente equivalente a nuestra Ley 45/1999, aunque ambas se orienten a transponer la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios[32].

6. De entre las remisiones y referencias a legislación no laboral[33], a un laboralista español las que más pueden llamarle la atención son, sin duda, las que la Ley que venimos considerando efectúa al Código alemán de Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch*) o, en su

[28] La nueva Ley alemana reguladora del salario mínimo remite expresamente a ella, en su parágrafo 1, apartado 3, y en su parágrafo 24, apartado 1.

[29] Nuestra traducción de la misma, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 131-143.

[30] La nueva Ley alemana reguladora del salario mínimo remite multitud de veces a ella, en su parágrafo 15, en su parágrafo 16, apartados 1 y 3; en su parágrafo 17, apartado 1; en su parágrafo 18, apartado 2; y en su parágrafo 21, apartado 1, núms. 2 y 3.

[31] Nuestra traducción de la misma, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, cit., págs. 59-71.

[32] La nueva Ley alemana reguladora del salario mínimo remite a ella, con suma precisión, en su parágrafo 1, apartado 3; en su parágrafo 13, y en su parágrafo 24, apartado 1.

[33] Por ejemplo, mercantil [como en el caso de la Ley contra las restricciones de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) o, en su abreviatura oficial, GWB, de 26 agosto 1998, a la que remite el parágrafo 19, apartados 1 y 2, de la nueva Ley alemana reguladora del salario mínimo], administrativa [como en el caso de la Ley sobre infracciones administrativas (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) o, en su abreviatura oficial, OWIG, de 24 mayo 1968, a la que remite el parágrafo 21, apartados 4 y 5, de la nueva Ley alemana reguladora del salario mínimo; o también, el de la Ley de ejecución administrativa de la Federación (*Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz des Bundes*) o, en su abreviatura oficial, VwVG, de 27 abril 1953, a la que remite el parágrafo 21, apartado 5, de la nueva Ley alemana reguladora del salario mínimo] o procesal penal [como en el caso de la Ordenanza procesal penal (*Strafprozeßordnung*) o, en su abreviatura oficial, StPO, de 12 septiembre 1950, a la que también remite el parágrafo 21, apartado 5, de la nueva Ley alemana reguladora del salario mínimo].

abreviatura oficial, SGB, respecto del que la doctrina científica alemana afirma que es «la fuente jurídica central del Derecho de la Seguridad Social»[34], su «fuente jurídica principal»[35] o, también, «la rama más completa del Derecho de la Seguridad Social»[36]. Es un Código integrado –de momento– por doce Libros (*Bücher*)[37], que vienen promulgándose separada y sucesivamente desde el año 1969 (en 2003, se publicó su Libro XII y, en principio, penúltimo)[38], con la finalidad de acabar con el tradicional caos legislativo existente en Alemania en materia de seguridad social (regulada, por aquel entonces, en más de «800 leyes y reglamentos»)[39], teniendo en cuenta que estos doce Libros suyos «pueden clasificarse –aplicando criterios geométricos– en dos grandes apartados, a saber: los Libros de contenido horizontal, que también podrían denominarse Libros "generales", puesto que su contenido informa todo el sistema alemán de seguridad social; y además, los Libros de contenido vertical, a denominar por contraposición simétrica a los anteriores, Libros de contenido "especial", teniendo en cuenta que estos últimos son nueve y, en consecuencia, que horizontales son los tres restantes»[40]. De estos doce Libros, tres (uno «horizontal», y «verticales» los otros dos, de acuerdo con la pedagógica terminología a que acabo de aludir) aparecen impactados por la nueva Ley alemana reguladora del salario mínimo, en los términos que paso a abordar seguidamente.

3. EL IMPACTO DIRECTO SOBRE EL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL

7. El Libro Cuarto del Código alemán de Seguridad Social (rotulado «Disposiciones comunes para el aseguramiento de seguridad social [*Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung*]»), promulgado por Ley de 23 diciembre 1976 y cuyo término de comparación español más preciso habría que buscarlo –si se hace abstracción del rango– en el Real Decreto 84/1996, de 26 enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos en la Seguridad Social, es uno de los Libros de dicho Código sobre los que ha impactado directamente la nueva Ley alemana reguladora del salario mínimo. Su naturaleza de Libro horizontal, transversal o general la reconoce por analogía el Libro Primero del propio Código (rotulado «Parte General [*Allgemeiner Teil*]» y promulgado por Ley de 11 diciembre 1975), que posee idéntica naturaleza (aunque en este otro caso por disposición expresa del mismo), allí donde

[34] Véase A. KOKEMOOR, *Sozialrecht*, 2ª ed., Carl Heymanns (Colonia-Berlín-Múnich, 2006), pág. 25.
[35] Véase G. IGL y E. WELTI, *Sozialrecht*, 8ª ed., Werner (Neuwied, 2007), pág. 16.
[36] Véase E. EICHENHOFER, *Sozialrecht*, 5ª ed., Mohr Siebeck (Tubinga, 2004), pág. 95.
[37] Véase, en cuanto que comentario de conjunto, R. KREIKEBOHM, W. SPELLBRINK y R. WALTERMANN (Editores), *Kommentar zum Sozialrecht*, C.H. Beck (Múnich, 2009), págs. 152 y ss.
[38] Acerca del que podría llegar a ser su Libro XIII, véase A. ARUFE VARELA, «Los equívocos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de automaticidad de las prestaciones. Su verificación a través del Derecho alemán de la Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración-Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 77 (2008), pág. 200, nota 14.
[39] Véase K. WITTERSTÄTTER, *Soziale Sicherung. Eine Einführung für Sozialarbeiter/Sozialpädagogen mit Fallbeispielen*, 6ª ed., Luchterhand (Múnich, 2003), págs. 27-28. Acerca de la legislación sustantiva alemana que todavía vaga fuera del Código, con explicaciones siempre actuales del porqué de tal hecho, véase B. SCHULIN y G. IGL, *Sozialrecht*, 6ª ed., Werner Verlag (Düsseldorf, 1999), págs. 43 y ss.; y H. BLEY, R. KREIKEBOHM y A. MARSCHNER, *Sozialrecht*, 8ª ed., Luchterhand (Neuwied y Kriftel, 2001), pág. 9.
[40] Véase A. ARUFE VARELA, «Los equívocos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de automaticidad de las prestaciones. Su verificación a través del Derecho alemán de la Seguridad Social», cit., pág. 200.

afirma que «el Primer y el Décimo Libro rigen para todos los ámbitos de prestaciones de seguridad social de este Código, supuesto que no se desprenda nada diferente de los restantes Libros [*das Erste und Zehnte Buch gelten für alle Sozialleistungsbereiche dieses Gesetzbuchs, soweit sich aus den übrigen Büchern nichts Abweichendes ergibt*]»[41]. La nueva Ley reguladora del salario mínimo realiza remisiones hasta a cinco parágrafos distintos del Libro Cuarto, aunque estos parágrafos se refieren a sólo dos concretas instituciones reguladas en el mismo, una de las cuales se encuentra a día de hoy de plena actualidad mediática en España.

8. Una de las instituciones en cuestión es el legalmente denominado «acuerdo de cuenta de haberes», regulado en los parágrafos 7b (rotulado precisamente así, «[*Wertguthabenvereinbarung*]»), 7c (rotulado «Utilización de la cuenta de haberes [*Verwendung von Wertguthaben*]») y 7d (rotulado «Gestión y administración de la cuenta de haberes [*Führung und Verwaltung von Wertguthaben*]») del Libro Cuarto del Código alemán de Seguridad Social[42]. La Ley reguladora del salario mínimo se refiere a estos salarios diferidos –orientados a hacer frente a períodos que en España llamaríamos de excedencia sin obligación de cotizar–, al efecto de excluirlos de las reglas generales sobre «vencimiento» del salario mínimo, contenidas en los apartados 1 y 2 del parágrafo 2 de la propia Ley (rotulado precisamente «Vencimiento del salario mínimo [*Fälligkeit des Mindestlohns*]»), afirmando que «los apartados 1 y 2 no se aplican a los acuerdos de cuenta de haberes a que se refiere el Libro Cuarto del Código de Seguridad Social [*die Absätze 1 und 2 gelten nicht für Wertguthabenvereinbarungen im Sinne des Vierten Buches Sozialgesetzbuch*]»[43]. Se trata de acuerdos minuciosamente regulados por este Libro Cuarto, afirmando al respecto su parágrafo 7b que dicha clase de acuerdos sólo existe cuando «la creación de la cuenta de haberes se realiza con base en un acuerdo escrito [*auf Grung einer schriftlichen Vereinbarung*]»[44], «este acuerdo no persigue el objetivo de la organización flexible de la jornada diaria o semanal, o la compensación de los ciclos productivos y de jornada de la empresa [*nicht das Ziel der flexiblen Gestaltung der werktäglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit oder den Ausgleich betrieblicher Produktions- und Arbeitszeitzyklen verfolgt*]»[45], «el salario se aporta a la cuenta de haberes, para deducirlo en los períodos de liberación de la prestación laboral o recorte de la jornada contractualmente acordada [*um es für Zeiten der Freistellung von der Arbeitsleistung oder der Verringerung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit zu entnehmen*]»[46], «el salario vencido se obtiene desde la cuenta de haberes con una prestación laboral realizada antes o después de la liberación de la prestación laboral, o del recorte de la jornada contractualmente acordada [*mit einer vor oder nach der Freistellung von der Arbeitsleistung oder der Verringerung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit erbrachten Arbeitsleistung*]»[47], y «el salario vencido excede en su conjunto 450 euros mensuales, a no ser que el trabajo se realizase como trabajo marginal antes de la liberación

[41] Parágrafo 37, inciso primero, medioinciso primero. Comentando este precepto, véase P. MROZYNSKI, *Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil – (SGB I). Kommentar*, 3ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2003), págs. 469 y ss.
[42] Véase P. HANAU y A. VEIT, Das neue Recht der Arbeitszeitskonten. Wertguthaben, Altersteilzeit, Flexikonten, C.H. Beck (Múnich, 2012), págs. 7 y ss.
[43] Apartado 3, inciso primero.
[44] Núm. 1.
[45] Núm. 2.
[46] Núm. 3.
[47] Núm. 4.

[*das fällige Arbeitsentgelt insgesamt 450 Euro monatlich übersteigt, es sei denn, die Beschäftigung wurde vor der Freistellung als geringfügige Beschäftigung ausgeübt*]»[48].

9. Precisamente esta última referencia al «trabajo marginal» conecta con la segunda institución regulada en el Libro Cuarto del Código de Seguridad Social, a la que también remite la nueva Ley reguladora del salario mínimo. Se trata del «*minijob*», respecto del que ya se ha puesto de relieve –entre nuestra doctrina científica especializada[49]– todo lo siguiente: 1) que «en Alemania, la palabra inglesa "minijob" (literalmente, "mini puesto de trabajo") no la utiliza corrientemente la legislación laboral o de seguridad social, aunque sí los grandes tribunales supremos de la Federación alemana interesantes a nuestros concretos efectos; y muy especialmente, el Tribunal Federal de Seguridad Social»[50]; 2) que «la expresión legal alemana equivalente es "trabajo marginal [*geringfügige Beschäftigung*]", que aparece por doquier en la legislación laboral y de seguridad social de dicho país», teniendo en cuenta que «la definición auténtica de "trabajo marginal" (y en consecuencia, de "minijob") aparece contenida en el parágrafo 8 del Libro IV del Código alemán de Seguridad Social»[51], a cuyo tenor –en lo esencial– «el trabajo marginal existe cuando», de un lado, «el salario [*das Arbeitsentgelt*] derivado de ese trabajo no sobrepasa ordinariamente 450 euros al mes [*regelmäßig im Monat 450 Euro nicht übersteigt*]»[52], y de otro lado y alternativamente, «el trabajo se limita a ser ejercido o está contractualmente limitado de antemano, dentro del año natural, a no más de dos meses o 50 días laborales, según sus características, salvo que el trabajo se ejerza profesionalmente y su salario sobrepase los 450 euros mensuales"»[53]; y 3) que «en nuestro Derecho de Seguridad Social, el equivalente –no *pendant*– formal de ese precepto alemán es el apartado 6 del artículo 7 de nuestra vigente Ley General de Seguridad Social de 1994, a cuyo tenor "no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores del presente artículo, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y oídos los Sindicatos más representativos o el Colegio Oficial competente, podrá, a instancia de los interesados, excluir del campo de aplicación del Régimen de Seguridad Social correspondiente, a las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida"»[54]. Pues bien, la nueva Ley reguladora del salario mínimo se remite expresamente a los preceptos reguladores de las dos grandes especies de «*minijobs*», en los términos a ver seguidamente.

10. Ante todo, al «*minijob*» industrial, regulado en el recién citado parágrafo 8 del Libro Cuarto del Código de Seguridad Social, con la finalidad –supuesto que el empresario alemán queda obligado a pagar a sus «*minijobbers*» el nuevo salario mínimo horario– de hacerle cumplir al propio empresario muy estrictos deberes de documentación de la jornada de trabajo (en principio, a tiempo parcial) realizada. Al respecto, lo que afirma el parágrafo

[48] Núm. 5.
[49] Véase A. ARUFE VARELA, «Los "minijobs" alemanes. Un estudio de su régimen jurídico laboral y de seguridad social comparado con el del "trabajo marginal" español, industrial y doméstico», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 155 (2012), págs. 17 y ss.
[50] *Ibidem*, págs. 17-18.
[51] *Ibidem*, pág. 18.
[52] Apartado 1, núm. 1.
[53] *Ibidem*, núm. 2.
[54] Véase A. ARUFE VARELA, «Los "minijobs" alemanes. Un estudio de su régimen jurídico laboral y de seguridad social comparado con el del "trabajo marginal" español, industrial y doméstico», cit., pág. 19.

17 de la nueva Ley (rotulado «Elaboración y puesta a disposición de documentos [*Erstellen und Bereithalten von Dokumenten*]») es que «el empresario que emplee las trabajadoras o trabajadores a que se refiere el parágrafo 8, apartado 1, del Libro Cuarto del Código de Seguridad Social [*ein Arbeitgeber, der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach § 8 Absatz 1 des Vierten BuchesSozialgesetzbuch ... beschäftigt*] ..., está obligado a registrar el comienzo, fin y duración de la jornada diaria de estas trabajadoras y trabajadores, a más tardar hasta el transcurso del séptimo día natural siguiente al día de la prestación laboral, y a conservar estos registros al menos dos años, a contar desde el momento determinante del registro [*ist verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit dieser Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer spätestens bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre beginnend ab dem für die Aufzeichnung maßgeblichen Zeitpunkt aufzubewahren*]»[55]. Lógicamente, a través de estos estrictos deberes documentales, de lo que se trata es de prevenir «la defraudación de su régimen laboral y de seguridad social», tradicionalmente existente en el empleo de «*minojobbers*» en Alemania[56].

11. Pero la nueva Ley reguladora del salario mínimo remite también al régimen jurídico del «*minojob*» doméstico, asimismo contenido en el Libro Cuarto del Código alemán de Seguridad Social, cuyo parágrafo 8a (rotulado «Trabajo marginal en domicilios privados [*Geringfügige Beschäftigung in Privathaushalten*]») afirma que «si los trabajos marginales se realizan exclusivamente en domicilios privados, se aplica el parágrafo 8»[57], teniendo en cuenta que «el trabajo marginal existe en el domicilio privado, cuando aquél se basa en un domicilio privado y, si no existe, la actividad se realiza usualmente para un miembro del domicilio privado»[58]. Sobre la base de que en el «*minijob*» cotiza a la seguridad social únicamente el empresario y, además, de que en el «*minojob*» doméstico la cotización empresarial es más reducida que en el «*minojob*» industrial («el miniempleador doméstico –en vez de tener que cotizar un 28 por ciento del salario bruto pagado, en concepto de protección por riesgos comunes ...– cotiza con el tope del 10 por ciento ..., estando incluso topada la prima a satisfacer en concepto de accidentes de trabajo»)[59], la nueva Ley reguladora del salario mínimo, obediente a la lógica de aligerar la carga burocrática que podría gravitar sobre miniempleador doméstico (esto es, simplificando, el titular del hogar familiar), exceptúa el «*minijob*» doméstico de los deberes de «elaboración y puesta a disposición de documentos», que el inciso primero del apartado 1 de su parágrafo 17 extiende al «*minijob*» industrial. De ahí que este último apartado del precepto también afirme que «el inciso 1 no se aplica a las relaciones de empleo a que se refiere el parágrafo 8a del Libro Cuarto del Código de Seguridad Social [*Satz 1 gilt nicht für Beschäftigungsverhältnisse nach § 8a des Vierten Buches Sozialgesetzbuch*]»[60].

[55] Apartado 1, inciso primero.
[56] Véase A. ARUFE VARELA, «Los "minijobs" alemanes. Un estudio de su régimen jurídico laboral y de seguridad social comparado con el del "trabajo marginal" español, industrial y doméstico», cit., págs. 26 y ss.
[57] Inciso primero.
[58] Inciso segundo.
[59] Véase A. ARUFE VARELA, «Los "minijobs" alemanes. Un estudio de su régimen jurídico laboral y de seguridad social comparado con el del "trabajo marginal" español, industrial y doméstico», cit., págs. 23-24.
[60] Inciso tercero.

4. EL IMPACTO DIRECTO SOBRE EL LIBRO TERCERO DEL CÓDIGO ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL

12. En Alemania, la protección por desempleo se encuentra regulada en dos Libros distintos del Código de Seguridad Social, cuyo término de comparación es, en España, la suma del Título III de nuestra Ley General de la Seguridad Social más la Ley 56/2003, de empleo[61]. Se trata de su Libro Segundo (rotulado «Aseguramiento básico para demandantes de empleo [*Grundsicherung für Arbeitsuchende*]» y promulgado por Ley de 24 diciembre 2003), que regula las prestaciones no contributivas de desempleo[62], y de su Libro Tercero (rotulado «Promoción del empleo [*Arbeitsförderung*]» y promulgado por Ley de 24 marzo 1997), que regula el desempleo contributivo, así como las políticas activas y pasivas de empleo ligadas al mismo (y en consecuencia, la «prestación económica contributiva por desempleo [*Arbeitslosengeld*]»)[63]. Con toda razón, se habla entre nosotros del «gigantismo» de este último Libro, pues posee más de cuatro centenares de parágrafos[64]. Es un Libro fundamental, dado que (junto con los Libros Quinto, Sexto, Séptimo y Undécimo del Código de Seguridad Social)[65] constituye uno de «los cinco pilares [*die fünf Säulen*]» de la seguridad social contributiva alemana, de que allí habla la doctrina científica[66]. Todo ese cúmulo de parágrafos suyos aparece formalmente agrupado en trece Capítulos, aunque materialmente hablando sean sólo doce[67]. La nueva Ley reguladora del salario mínimo remite expresamente a sólo dos de tales parágrafos, respectivamente alojados en el Capítulo Primero (rotulado «Disposiciones generales [*Allgemeine Vorschriften*]») y en el Capítulo Tercero (rotulado «Promoción activa del empleo [*Aktive Arbeitsförderung*]») de este Libro.

13. La primera remisión se efectúa al apartado 1 del parágrafo 18 (rotulado «Parados de larga duración [*Langzeitarbeitlose*]»), en el que se afirma que «parados de larga duración son los parados que están desempleados un año y más tiempo [*sind Arbeitslose, die ein Jahr und länger arbeitslos sind*]»[68]. Respecto de ellos, la nueva Ley reguladora del salario mínimo contiene –con referencia expresa a este precepto– una medida de promoción de su empleo

[61] Acentuando y perfilando esta comparación, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «Los servicios públicos de empleo, elementos nucleares del Derecho comparado del empleo», en J.L. MONEREO PÉREZ, Mª.N. MORENO VIDA y J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (Directores), *El Derecho del Empleo. El estatuto jurídico del empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, actualizado con la reforma laboral*, Comares (Granada, 2011), págs. 791 y ss.

[62] Sobre este Libro, véase W. EICHER (Ed.), *SGB II. Grundsicherung für Arbeitsuchende. Kommentar*, 3ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2013), págs. 1 y ss.

[63] Regulada en sus parágrafos 117 a 152. Sobre este Libro, véase J. BRAND (Ed.), *Sozialgesetzbuch. Arbeitsförderung – SGB III –. Kommentar*, 6ª ed., C.H.Beck (Múnich, 2012), págs. 9 y ss.

[64] Véase A. ARUFE VARELA, «Los equívocos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de automaticidad de las prestaciones. Su verificación a través del Derecho alemán de la Seguridad Social», cit., pág. 203.

[65] Sobre el Libro Undécimo, véase *infra*, núm. **15**.

[66] Al respecto, gráficamente incluso, véase R. WALTERMANN, *Sozialrecht*, 5ª ed., C.F. Müller (Heidelberg, 2005), pág. 58.

[67] El Capítulo Sexto, que comprendía los parágrafos 240 a 279a, se encuentra actualmente derogado.

[68] Inciso primero. El precepto continúa afirmando que «la participación en una medida regulada por el parágrafo 45, así como los períodos de enfermedad o de otra incapacidad de hasta seis semanas, no interrumpen la duración del desempleo [*die Teilnahme an einer Maßnahme nach § 45 sowie Zeiten einer Erkrankung oder sonstiger Nicht-Erwerbstätigkeit bis zu sechs Wochen unterbrechen die Dauer der Arbeitslosigkeit nicht*]» (inciso segundo).

por parte de todo tipo de empresarios[69], en el apartado 4 de su parágrafo 22 (rotulado «Ámbito de aplicación personal [*Persönlicher Anwendungsbereich*]»), pues «a las relaciones laborales de las trabajadoras y trabajadores que inmediatamente antes del comienzo del trabajo fueran desempleados de larga duración, a que se refiere el parágrafo 18, apartado 1, del Libro Tercero del Código de Seguridad Social, no se aplica el salario mínimo en los seis primeros meses de ocupación [*für Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die unmittelbar vor Beginn der Beschäftigung langzeitarbeitslos im Sinne des § 18 Absatz 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch waren, gilt der Mindestlohn in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung nicht*]»[70]. En cuanto que restricción del ámbito de aplicación de la nueva Ley, se trata sólo de una medida experimental y provisional, dado que –según continúa afirmando el recién citado precepto suyo– «sobre ello, el Gobierno federal tiene que informar a los cuerpos legislativos el 1 junio 2016, acerca de hasta qué punto la regla a que se refiere el inciso 1 ha fomentado la reincorporación de los parados al mercado laboral, y ofrecer sobre ello un parecer acerca de si esta regla debe mantenerse [*die Bundesregierung hat den gesetzgebenden Körperschaften zum 1. Juni 2016 darüber zu berichten, inwieweit die Regelung nach Satz 1 die Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen in den Arbeitsmarkt gefördert hat, und eine Einschätzung darüber abzugeben, ob diese Regelung fortbestehen soll*]»[71].

14. La segunda referencia expresa tiene, asimismo, un carácter excluyente. Aparece contenida en el propio parágrafo 22 de la nueva Ley reguladora del salario mínimo, en el que –sobre la base de que «esta Ley se aplica a las trabajadoras y trabajadores [*dieses Gesetz gilt für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer*]»[72]– se establece la regla general de que «las formandas y formandos a que se refiere el parágrafo 26 de la Ley de formación profesional se consideran trabajadoras y trabajadores a los efectos de esta Ley [*Praktikantinnen und Praktikanten im Sinne des § 26 des Berufsbildungsgesetzes gelten als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes*]»[73], pero con la excepción («a no ser [*es sei denn*]») relativa a que «participen en la cualificación para ascender a que se refiere el parágrafo 54a del Libro Tercero del Código de Seguridad Social [*an einer Einstiegsqualifizierung nach § 54a des Dritten Buches Sozialgesetzbuch ... teilnehmen*]»[74]. El precepto remitido forma parte del Capítulo Tercero de este Libro (relativo, recuérdese, a «Promoción activa del empleo»), afirmándose en él que «los empresarios que lleven a cabo la cualificación para ascender en la empresa pueden ser apoyados con subvenciones para su pago, en cuantía de hasta 231 euros mensuales, a complementar con la parte general de la cotización conjunta promediada de seguridad social, de la o del formando [*Arbeitgeber, die eine betriebliche Einstiegsqualifizierung durchführen, können durch Zuschüsse zur Vergütung bis zu einer Höhe von 231 Euro monatlich zuzüglich eines pauschalierten Anteils*

[69] Sobre la gestión centralizada a nivel federal de las políticas activas de empleo alemanas, véase A. ARUFE VARELA, «El modelo alemán de gestión de las políticas de empleo», en el volumen *Estrategia europea, Estado autonómico y política de empleo. XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración (Madrid, 2008), págs. 383 y ss.
[70] Inciso primero.
[71] Inciso segundo.
[72] Apartado 1, inciso primero.
[73] *Ibidem*, inciso segundo.
[74] *Ibidem*, núm. 4. Sobre la citada «cotización conjunta de seguridad social», véase H. PLAGEMANN (Ed.), *Sozialrecht*, 2ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2005), págs. 183 y ss.

am durchschnittlichen Gesamtsozialversicherungsbeitrag der oder des Auszubildenden gefördert werden]»[75].

5. EL IMPACTO INDIRECTO SOBRE EL LIBRO UNDÉCIMO DEL CÓDIGO ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL

15. El Libro Undécimo y penúltimo del Código alemán de Seguridad Social, promulgado por Ley de 26 mayo 1994, es el Libro regulador del seguro social de dependencia, precisamente con este rótulo (en alemán, «*Soziale Pflegesicherung*»)[76]. Lógicamente, su término de comparación español es la Ley 39/2006, de 14 diciembre, de promoción a la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia[77], aunque para realizar la comparación en cuestión haya que sobreponerse al hecho de que la norma española no sea a día de hoy ninguna verdadera «ley», susceptible de generar derechos y deberes judicialmente exigibles ante nuestros tribunales. En efecto, frente a la afirmación de la citada Ley alemana reguladora de la jurisdicción de seguridad social de 1953[78], relativa a que los tribunales alemanes de seguridad social son competentes para conocer, entre otros muchos litigios, también «en los asuntos del seguro legal de enfermedad, del seguro social de dependencia y del seguro privado de dependencia [*in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung und der privaten Pflegeversicherung*]»[79] –confirmando, aunque parezca de perogrullo, que el Libro Undécimo del Código de Seguridad Social es fuente de derechos y deberes judicialmente exigibles–, nuestra Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social (remitiendo, en cambio, a una Ley cuya promulgación acaba de quedar hace ya unos cuantos meses en el limbo de los justos) afirma –matizando la regla general de que «la presente Ley entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado"»[80]– que «se exceptúa del plazo previsto en el apartado anterior la atribución competencial contenida en las letras o) y s) del artículo 2 en materia de prestaciones derivadas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, cuya fecha de entrada en vigor se fijará en una ulterior Ley, cuyo Proyecto deberá remitir el Gobierno a las Cortes Generales en el plazo de tres años [*sic*], teniendo en cuenta la incidencia de las distintas fases de aplicación de la Ley de Dependencia, así como la determinación de las medidas y medios adecuados para lograr una ágil respuesta judicial en estas materia»[81].

16. Una vez sobrepuestos a esta sorpresa, parece claro que el Libro Undécimo y nuestra Ley 39/2006 viven casi en mundos antitéticos, fundamentalmente por tres razones. En primer lugar, desde el punto de vista de la gestión, por causa del hecho de que esta última

[75] Apartado 1, inciso primero.
[76] Véase G. DALICHAU (Ed.), *SGB XI – Soziale Pflegeversicherung – Kommentar*, Luchterhand (Múnich, 2014), págs. 11 y ss.
[77] Nuestra visión de esta Ley, en J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2013), págs. 285 y ss.
[78] Sobre ella, véase *supra*, núm. 2.
[79] Parágrafo 51, apartado 1, número 2, medioinciso primero.
[80] Disposición final séptima, apartado 1.
[81] *Ibidem*, apartado 2. Sobre el contencioso judicial de la dependencia previo a la promulgación de la Ley 36/2011, y todas sus dudas jurisdiccionales, véase I. VIZCAÍNO RAMOS «El orden jurisdiccional provisionalmente competente para conocer de los pleitos sobre aplicación de la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», *Actualidad Laboral*, núm. 3 (2014), págs. 3 y ss.

no se confía en Alemania a los *Länder*, sino a verdaderas entidades gestoras (denominadas «cajas de dependencia»)[82], afirmando respecto de ellas dicho Libro que «los gestores del seguro de dependencia son las cajas de dependencia [*Träger der Pflegeversicherung sind die Pflegekassen*]»[83] y que «se crea en cada caja de enfermedad (parágrafo 4, apartado 2, del Libro Quinto) una caja de dependencia [*Bei jeder Krankenkasse (§ 4 Abs. 2 des Fünften Buches) wird eine Pflegekasse errichtet*]»[84]. En segundo lugar, desde el punto de vista de la cotización, por causa del hecho de que se trata en Alemania de una contingencia rigurosamente contributiva, afirmándose a este respecto en el Libro Undécimo que «los gastos del seguro de dependencia se financian a través de cotizaciones de los afiliados y de los empresarios [*die Ausgaben der Pflegeversicherung werden durch Beiträge der Mitglieder und der Arbeitgeber finanziert*]»[85], e incluso –mostrando una envidiable y previsora preocupación por la solvencia–, que «la tarifa de cotización … se aumenta para los afiliados, tras el transcurso del mes en que han cumplido 23 años de edad, con un complemento de cotización en cuantía de 0,25 puntos de tarifa de cotización (complemento de cotización para los que no tienen hijos) [*der Beitragssatz ... erhöht sich für Mitglieder nach Ablauf des Monats, in dem sie das 23. Lebensjahr vollendet haben, um einen Beitragszuschlag in Höhe von 0,25 Beitragssatzpunkten (Beitragszuschlag für Kinderlose)*]»[86]. En tercer lugar, desde un punto de vista prestacional, por causa del hecho de que la regla general no sean las prestaciones de carácter dinerario, afirmando el Libro en cuestión a este otro respecto, que «el seguro de dependencia debe apoyar con sus prestaciones preferentemente la atención domiciliaria y la disposición de familiares y vecinos para la atención, para que los dependientes puedan permanecer en la medida de lo posible más tiempo en su entorno domiciliario [*die Pflegeversicherung soll mit ihren Leistungen vorrangig die häusliche Pflege und die Pflegebereitschaft der Angehörigen und Nachbarn unterstützen, damit die Pflegebedürftigen möglichst lange in ihrer häuslichen Umgebung bleiben können*]»[87], y que «las cajas de dependencia intentan conseguir de los encargados de las prestaciones competentes, que se inicien lo antes posible todas las prestaciones adecuadas de prevención, de tratamiento médico y de rehabilitación médica, para evitar que se produzca la dependencia [*die Pflegekassen wirken bei den zuständigen Leistungsträgern darauf hin, daß frühzeitig alle geeigneten Leistungen der Prävention, der Krankenbehandlung und zur medizinischen Rehabilitation eingeleitet werden, um den Eintritt von Pflegebedürftigkeit zu vermeiden*]»[88]. Precisamente con ocasión de esta última nota caracterizante, es donde hay que encontrar el impacto de la nueva Ley reguladora del salario mínimo sobre el Libro Undécimo del Código alemán de Seguridad Social.

[82] Sobre la gestión del sistema alemán de seguridad social, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, 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. 92 y ss.
[83] Cfr. parágrafo 46, apartado 1, inciso primero.
[84] *Ibidem*, inciso segundo.
[85] Cfr. parágrafo 1, apartado 6, inciso primero.
[86] Cfr. parágrafo 55, apartado 3, inciso primero.
[87] Cfr. parágrafo 3, inciso primero.
[88] Cfr. parágrafo 5, apartado 1.

17. Frente a nuestra Ley 39/2006 y sus Reglamentos de desarrollo, centrados en la figura del cuidador no profesional de dependientes[89], «el Libro XI del Código alemán de Seguridad Social realiza referencias continuas (y además, de carácter estructural) a los cuidadores "profesionales", que denomina sin más "cuidadores de dependientes [*Pflegekräfte*] o, también, "cuidadores especializados en dependientes [*Pflegefachkräfte*]"» –bien por cuenta ajena (al servicio de la propia entidad gestora o de entidades concertadas), bien por cuenta propia–, fijando con sumo cuidado y detalle cuál sea su régimen jurídico básico[90]. Este régimen básico lo complementan otras Leyes federales, como la ya citada Ley de desplazamiento del trabajador de 2009[91], a la que repetidamente remiten no sólo la nueva Ley reguladora del salario mínimo, sino también el Libro Undécimo, y cuyo parágrafo 11 obliga a fijar –por medio de Reglamento– el salario mínimo «profesional» para las empresas empleadoras de cuidadores profesionales de dependientes[92], habiendo sido promulgado a este efecto –con fecha de entrada en vigor de 1 enero 2015– el Segundo Reglamento sobre Condiciones de Trabajo Obligatorias para el Sector del Cuidado de Dependientes (*Zweite Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Plegebranche*), cuyo nombre abreviado y abreviatura oficial son Segundo Reglamento sobre Condiciones de Trabajo en el Cuidado de Dependientes (*Zweite Pflegearbeitsbedingungenverordnung*) y 2.PflegeArbbv, de 27 noviembre 2014[93], donde para el corriente año 2015 se fija en cinco Estados federados del Este (Brandeburgo, Mecklenburgo-Pomerania Occidental, Sajonia, Sajonia-Anhalt y Turingia) un salario mínimo «profesional» sólo ligeramente superior al salario mínimo general, de «8,65 euros por hora [*8,65 Euro je Stunde*]»[94]. Esto explica que la nueva Ley reguladora del salario mínimo, pretendiendo facilitar un aterrizaje suave de la misma (que impacta directamente sobre la Ley del desplazamiento del trabajador, e indirectamente, en consecuencia, sobre el Libro Undécimo del Código de Seguridad Social), tuviese que afirmar que «hasta 31 diciembre 2017, prevalecen sobre el salario mínimo las disposiciones contrarias de un convenio colectivo de interlocutores sociales más representativos, cuando hayan sido hechas vinculantes para todos los empresarios con sede en el país o en el extranjeros comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, así como a sus trabajadoras y trabajadores»[95], pero teniendo en cuenta que «a partir de 1 enero 2017, las disposiciones contrarias en este sentido deben prever al menos un salario bruto de 8,50 euros por hora [*ab dem 1. Januar 2017 müssen abweichende Regelungen in diesem Sinne mindestens ein Entgelt von brutto 8,50 Euro je Zeitstunde vorsehen*]»[96], y sobre todo –esto es lo importante, a nuestros efectos–, que lo mismo «se aplica analógicamente a los

[89] Sobre ellos, véase C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, «La inclusión de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia y de las que no pueden valerse por sí mismas en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 883/2004», en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Las prestaciones españolas por dependencia y el Derecho de la Unión*, Laborum (Murcia, 2011), págs. 173 y ss.

[90] Respecto de todo ello, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El régimen jurídico de los cuidadores profesionales de dependientes en el Código Federal Alemán de Seguridad Social», en el volumen *Público y privado en el Sistema de Seguridad Social*, Laborum (Murcia, 2013), págs. 650 y ss.

[91] Véase *supra*, núm. 4.

[92] Respecto de todo ello, véase A. ARUFE VARELA, «El régimen jurídico de los cuidadores profesionales de dependientes en la legislación federal complementaria del Código Federal Alemán de Seguridad Social», en el volumen *Público y privado en el Sistema de Seguridad Social*, cit., págs. 657 y ss.

[93] Acerca de su ámbito de aplicación, véase su parágrafo 1.

[94] Cfr. parágrafo 2, apartado 1.

[95] Parágrafo 24 (rotulado «Disposición transitoria [*Übergangsregelung*]»), apartado 1, inciso primero, medioinciso primero.

[96] *Ibidem*, medioinciso segundo.

Reglamentos que hayan sido promulgados con base en el parágrafo 11 de la Ley de desplazamiento del trabajador [*gilt entsprechend für Rechtsverordnungen, die auf der Grundlage von § 11 des Arbeitnehmer-Entsendegesetz … erlassen worden sind*]»[97].

6. BIBLIOGRAFÍA

–ARUFE VARELA, A., *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008).

–ARUFE VARELA, A., «Los equívocos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de automaticidad de las prestaciones. Su verificación a través del Derecho alemán de la Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración-Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 77 (2008).

–ARUFE VARELA, A., «El modelo alemán de gestión de las políticas de empleo», en el volumen *Estrategia europea, Estado autonómico y política de empleo. XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración (Madrid, 2008).

–ARUFE VARELA, A., «Los "minijobs" alemanes. Un estudio de su régimen jurídico laboral y de seguridad social comparado con el del "trabajo marginal" español, industrial y doméstico», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 155 (2012).

–ARUFE VARELA, A., «El régimen jurídico de los cuidadores profesionales de dependientes en la legislación federal complementaria del Código Federal Alemán de Seguridad Social», en el volumen *Público y privado en el Sistema de Seguridad Social*, Laborum (Murcia, 2013).

–ARUFE VARELA, A., «La canciller Merkel y el salario mínimo interprofesional alemán. Un estudio laboral sobre el "contrato de coalición" de 16 diciembre 2013», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. VI (2014).

–BLEY, H., KREIKEBOHM, R. y MARSCHNER, A., *Sozialrecht*, 8ª ed., Luchterhand (Neuwied y Kriftel, 2001).

–BRAND, J. (Ed.), *Sozialgesetzbuch. Arbeitsförderung – SGB III –. Kommentar*, 6ª ed., C.H.Beck (Múnich, 2012).

–DALICHAU, G. (Ed.), *SGB XI – Soziale Pflegeversicherung – Kommentar*, Luchterhand (Múnich, 2014).

–EICHENHOFER, E., *Sozialrecht*, 5ª ed., Mohr Siebeck (Tubinga, 2004).

–EICHER, W. (Ed.), *SGB II. Grundsicherung für Arbeitsuchende. Kommentar*, 3ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2013).

[97] Parágrafo 24, apartado 1, inciso segundo.

–HANAU, P. y VEIT, A., *Das neue Recht der Arbeitszeitskonten. Wertguthaben, Altersteilzeit, Flexikonten*, C.H. Beck (Múnich, 2012).

–HILGENSTOCK, C., *Mindestlohngesetz*, 1ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2014).

–IGL, G. y WELTI, E., *Sozialrecht*, 8ª ed., Werner (Neuwied, 2007).

–KOKEMOOR, A., *Sozialrecht*, 2ª ed., Carl Heymanns (Colonia-Berlín-Múnich, 2006).

–KREIKEBOHM, R., SPELLBRINK, W. y WALTERMANN, R. (Editores), *Kommentar zum Sozialrecht*, C.H. Beck (Múnich, 2009).

–LAKIES, T., *Mindestlohngesetz-Basikommentar zum MiLoG*, 1ª ed., Bund-Verlag (Colonia, 2015).

–MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El género doctrinal "comentarios" en el Derecho alemán. A propósito del "Comentario Erfurtense" sobre Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141 (2009).

–MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La Ley federal alemana de vacaciones. Estudio comparado con el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores español, y traducción castellana», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. V (2013).

–MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El régimen jurídico de los cuidadores profesionales de dependientes en el Código Federal Alemán de Seguridad Social», en el volumen *Público y privado en el Sistema de Seguridad Social*, Laborum (Murcia, 2013).

–MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007).

–MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, Netbiblo (A Coruña, 2009).

–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).

–MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., «Los servicios públicos de empleo, elementos nucleares del Derecho comparado del empleo», en J.L. MONEREO PÉREZ, Mª.N. MORENO VIDA y J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (Directores), *El Derecho del Empleo. El estatuto jurídico del empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, actualizado con la reforma laboral*, Comares (Granada, 2011).

–MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2013).

–MROZYNSKI, P., *Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil – (SGB I). Kommentar*, 3ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2003).

–PLAGEMANN, H. (Ed.), *Sozialrecht*, 2ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2005).

–SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «La inclusión de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia y de las que no pueden valerse por sí mismas en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 883/2004», en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Las prestaciones españolas por dependencia y el Derecho de la Unión*, Laborum (Murcia, 2011).

–SCHULIN, B. e IGL, G., *Sozialrecht*, 6ª ed., Werner Verlag (Düsseldorf, 1999).

–VIZCAÍNO RAMOS, I., «El orden jurisdiccional provisionalmente competente para conocer de los pleitos sobre aplicación de la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», *Actualidad Laboral*, núm. 3 (2014).

–WALTERMANN, R., *Sozialrecht*, 5ª ed., C.F. Müller (Heidelberg, 2005).

–WITTERSTÄTTER, K., *Soziale Sicherung. Eine Einführung für Sozialarbeiter/Sozialpädagogen mit Fallbeispielen*, 6ª ed., Luchterhand (Múnich, 2003).

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. RESOLUCIÓN DE 26 DE DICIEMBRE DE 2014, DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE AUTORIZA LA UTILIZACIÓN DE TARJETAS, TANTO DE DÉBITO COMO DE CRÉDITO, COMO MEDIO DE PAGO DE LAS DEUDAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL EN VÍA VOLUNTARIA NO INGRESADAS DENTRO DEL PLAZO REGLAMENTARIO, DE LAS DEUDAS EN VÍA EJECUTIVA Y DE LAS DEUDAS QUE HAYAN SIDO OBJETO DE RECLAMACIÓN DE DEUDA. BOE 14 DE ENERO DE 2015.

Dicha autorización se lleva a cabo en virtud de lo dispuesto en el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por RD 1415/2004, de 11 de junio (art. 21). La utilización de tarjetas, tanto de débito como de crédito, ya se había autorizado por Resolución de 4 de marzo de 2011 de la TGSS como medio de pago de las deudas de Seguridad Social en vía ejecutiva.

Con esta nueva Resolución se amplían los supuestos en los que se pueden utilizar dichas tarjetas como medio de pago: de las deudas con las Seguridad Social en vía voluntaria no ingresadas dentro del plazo reglamentario; y de las deudas que hayan sido objeto de reclamación de deuda.

Asimismo, esta Resolución deroga la citada Resolución de 4 de marzo de 2011 y se incluye su contenido en esta nueva Resolución.

2. RESOLUCIÓN DE 8 DE ENERO DE 2015, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE FIJA LA FECHA A PARTIR DE LA CUAL LAS RESOLUCIONES POR LAS QUE SE ACUERDE LA INCORPORACIÓN AL SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DIRECTA DE CUOTAS DE LOS SUJETOS RESPONSABLES DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR, SE NOTIFICARÁN ELECTRÓNICAMENTE. BOE 14 DE ENERO DE 2015.

La Ley 34/2014, de 26 de diciembre, de medidas en materia de liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social, ha establecido un nuevo sistema de liquidación de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta en virtud del cual la TGSS determinará directamente la cotización correspondiente a cada trabajador, a solicitud del sujeto responsable de su ingreso y cuando los datos que éste debe facilitar permitan realizar el cálculo de la liquidación.

Este sistema de liquidación directa de cuotas se efectúa de forma progresiva. Para ello, la TGSS irá dictando Resoluciones de incorporación dirigidas a cada sujeto obligado, notificándolo electrónicamente.

La Orden ESS/485/2013, por las que se regulan las notificaciones y comunicaciones por medios electrónicos en el ámbito de la Seguridad Social, establece que para la efectividad de toda comunicación electrónica es necesario que la Secretaría de Estado de la Seguridad Social fije la fecha inicial a partir de la cual comenzará a notificarse.

Esto es lo que hace la presente Resolución de 8 de enero de 2015: Determina que a partir del 15 de enero de 2015 podrán notificarse electrónicamente las Resoluciones por las

que se acuerde la incorporación al sistema de liquidación directa de cuotas de los sujetos responsables de la obligación de cotizar.

3. ORDEN ESS/86/2015, DE 30 DE ENERO, POR LA QUE SE DESARROLLAN LAS NORMAS LEGALES DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL, DESEMPLEO, PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD, FONDO DE GARANTÍA SALARIAL Y FORMACIÓN PROFESIONAL, CONTENIDAS EN LA LEY 36/2014, DE 26 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2015. BOE DE 31 DE ENERO DE 2015.

Esta Orden desarrolla lo dispuesto en el art. 103 de la LPGE para 2015.

-Reproduce las bases y tipos de cotización reflejados en dicho texto legal y adapta las bases de cotización establecidas con carácter general a los supuestos de contratos a tiempo parcial.

-Establece que en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales será de aplicación la tarifa de primas establecida en la Disp. Adic. 4ª de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, en la redacción dada por la Disp. Final 19ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014.

-Establece reglas para la cotización en contratos para la formación y el aprendizaje, contratos temporales de corta duración, abono de salarios retroactivos, vacaciones devengadas y no disfrutadas, salarios de tramitación, subsidio por desempleo.

-Recoge la regulación que sobre la cuantía de la base mínima de cotización para determinados trabajadores autónomos se contiene en la DA 2ª del RDL 16/2013, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

-Fija los coeficientes aplicables para determinar la cotización en supuestos específicos, como son los de convenio especial, colaboración en la gestión de la Seguridad Social o exclusión de alguna contingencia.

-Establece los coeficientes para la determinación de las aportaciones a cargo de las Mutuas al sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social, así como los valores límite de los índices de siniestralidad general y de siniestralidad extrema correspondientes al ejercicio 2014, y el volumen de cotización por contingencias profesionales a alcanzar durante el período de observación, para el cálculo del incentivo previsto en el RD 404/2010 por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral.

4. ORDEN ESS/87/2015, DE 30 DE ENERO, POR LA QUE SE ESTABLECEN PARA EL AÑO 2015 LAS BASES DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL RÉGIMEN ESPECIAL DEL MAR INCLUIDOS EN LOS GRUPOS SEGUNDO Y TERCERO. BOE DE 31 DE ENERO DE 2015.

Esta Orden determina, en función de los valores medios de las remuneraciones percibidas en el año 2014, las bases únicas para la cotización por contingencias comunes y profesionales según provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales.

Además establece que las diferencias de cotización que se hubieran podido producir por la aplicación de las bases de cotización establecidas en esta orden respecto de las cotizaciones que a partir de 1 de enero de 2015 se hubieran efectuado, podrán ser ingresadas, sin recargo, en el plazo que finaliza el último día del segundo mes siguiente al de su publicación en el BOE.

5. RD 7/2015, DE 16 DE ENERO, POR EL QUE SE APRUEBA LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO. BOE DE 5 DE FEBRERO DE 2015.

La Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo se define en este RD como el conjunto de servicios comunes cuya prestación continua, en los términos que establece este RD, debe ser garantizada en todo el territorio nacional y por todos los Servicios Públicos de Empleo, ya sea directamente o a través de su colaboración con otros agentes.

Por tanto, esta Cartera Común de Servicios supone que el acceso a las prestaciones incluidas en cada servicio se garantizará con independencia del lugar en que se encuentre y con las condiciones de calidad y equidad en la atención a los usuarios en el conjunto del territorio nacional. Asimismo, tienen la condición de Servicios Complementarios aquéllos que no estén incluidos en esta Cartera Común y que sean establecidos por el Servicio Público de Empleo competente para su propio ámbito territorial.

La Cartera Común estará integrada por: servicios de orientación profesional, de colocación y de asesoramiento a las empresas; formación y cualificación para el empleo; asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento. En este RD se establece el contenido de cada uno de dichos servicios y regula los principios y requisitos mínimos a los que deben ajustarse y los procedimientos necesarios para el adecuado seguimiento de la prestación de los Servicios Públicos de Empleo y para su evaluación. También establece los aspectos básicos de los servicios complementarios que establezcan los Servicios Públicos de Empleo para su propio ámbito territorial.

Además, de acuerdo con las Recomendaciones del Consejo de la Unión Europea y de la OCDE de mejorar la coordinación e interacción entre las políticas activas y pasivas y que la percepción de las prestaciones quede más vinculada a la realización de actuaciones de inserción y mejora de la empleabilidad, se contemplan en este RD expresamente las actuaciones de activación de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo.

6. ENTIDADES DE SEGUROS.- RESOLUCIÓN DE 4 DE DICIEMBRE DE 2014, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES, POR LA QUE SE FIJA EL CONTENIDO DEL INFORME ANUAL SOBRE EL GRADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS DIRECTRICES Y RECOMENDACIONES DE LA AUTORIDAD EUROPEA DE SEGUROS Y PENSIONES DE JUBILACIÓN. BOE DE 7 DE FEBRERO DE 2015.

El 31 de octubre de 2013, la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (AESPJ), de conformidad con el art. 16 del Reglamento (UE) n.º 1094/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación), se modifica la Decisión n.º 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/79/CE de la Comisión, una serie de directrices sobre el sistema de gobierno de las entidades aseguradoras, la evaluación interna prospectiva de los riesgos, el suministro de información al supervisor y la solicitud previa de modelos internos, dirigidas a las Autoridades de Supervisión. Estas directrices indican la manera de proceder en la fase preparatoria previa a la aplicación de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, en adelante Directiva de Solvencia II.

Dichas directrices, que son de aplicación desde el 1 de enero de 2014, tienen como objeto que las entidades aseguradoras y reaseguradoras, y los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras, estén preparadas, dentro de los ámbitos descritos anteriormente, para cuando sea plenamente aplicable, con carácter obligatorio, el régimen de la Directiva de Solvencia II a partir del 1 de enero de 2016. Al mismo tiempo se pretende evitar que cada Estado miembro cree soluciones de ámbito nacional, facilitando con estas directrices un criterio coherente y convergente en relación con la preparación a la Directiva de Solvencia II.

Con arreglo a dichas directrices, se dictó la Orden ECC/730/2014, de 29 de abril, de medidas temporales para facilitar la progresiva adaptación de las entidades aseguradoras y reaseguradoras al nuevo régimen de Solvencia II, cuyo art. 1.3 establece la obligación para las entidades de elaborar un informe anual referido al ejercicio 2014 y otro al ejercicio 2015, sobre el grado de cumplimiento de las directrices y recomendaciones de la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (AESPJ). El art. 1.9 de la misma Orden establece, también, que la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones podrá fijar por resolución el contenido del referido informe.

La presente Resolución tiene como finalidad concretar el contenido del informe anual sobre el grado de cumplimiento de las directrices y recomendaciones de la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (AESPJ), sobre el sistema de gobierno, la evaluación interna prospectiva de los riesgos, la solicitud previa de modelos internos y el suministro de información (en adelante, informe anual sobre el grado de cumplimiento) que deben remitir a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Se establece, además, que la información sea remitida en soporte electrónico.

7. REAL DECRETO 69/2015, DE 6 DE FEBRERO, POR EL QUE SE REGULA EL REGISTRO DE ACTIVIDAD DE ATENCIÓN SANITARIA ESPECIALIZADA. BOE DE 10 DE FEBRERO DE 15.

La Ley 16/2003, de 28 mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, dispone, en su artículo 53, que el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad establecerá un sistema de información sanitaria del Sistema Nacional de Salud (SNS) que garantice la disponibilidad de la información y la comunicación recíprocas entre las administraciones sanitarias. Para ello, en el seno del CISNS se acordarán los objetivos y contenidos de la información. Además, en el año 2008 se aprobó en la Unión Europea el Reglamento (CE) n.º 1338/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre estadísticas comunitarias de salud pública y de salud y seguridad en el trabajo, en el cual se sientan las bases para la constitución de un sistema de información sobre salud pública que ofrezca una visión general sobre el estado de salud y sus determinantes así como de los sistemas sanitarios de los Estados miembros.

El Real Decreto 1658/2012, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Plan Estadístico Nacional 2013-2016 (PEN), es el marco normativo que engloba todas las operaciones estadísticas producidas para fines estatales garantizando el suministro al Estado, a la Unión Europea, a las Instituciones y a los usuarios de la información estadística necesaria. El PEN incluye la explotación estadística del CMBD entre las operaciones estadísticas del sector salud. A lo largo de todos estos años, el CMBD estatal ha ido incorporando nuevas variables, como el tipo de financiación, el CIP (código de identificación personal) de las tarjetas sanitarias individuales y la identificación del servicio clínico responsable del alta del paciente, la actividad ambulatoria, el hospital de día médico y la hospitalización a domicilio. El resultado de estas experiencias ha servido de modelo para articular, con base en el CMBD estatal, la actual propuesta de estructura del Registro de actividad de atención sanitaria especializada.

Este RD regula el Registro de Actividad de Atención Sanitaria Especializada, con base en el actual Conjunto Mínimo Básico de Datos, estableciendo su estructura y contenido. Se trata de un registro administrativo que se integra en el Sistema de Información Sanitaria del Sistema Nacional de Salud, y persigue un triple objetivo:

a) Conocer la demanda asistencial y la morbilidad atendida en los dispositivos de atención especializada y favorecer la realización de estudios de investigación clínica, epidemiológica y de evaluación de servicios sanitarios y de resultados en salud.

b) Proporcionar a los registros autonómicos la información necesaria para la evaluación y control de la atención prestada en el conjunto del Sistema Nacional de Salud a sus ciudadanos.

c) Facilitar la realización de estadísticas del sector salud a nivel estatal, así como las que deriven de compromisos con organismos oficiales internacionales.

Esta normativa afecta tanto a hospitales como a centros ambulatorios que prestan servicios de atención especializada, tanto públicos como privados.

8. RESOLUCIÓN DE 13 DE FEBRERO DE 2015, DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, POR LA QUE SE PRORROGA LA VIGENCIA DE LA RESOLUCIÓN DE 1 DE AGOSTO DE 2013, MODIFICADA POR LA DE 30 DE JULIO DE 2014, POR LA QUE SE DETERMINA LA FORMA Y PLAZOS DE PRESENTACIÓN DE SOLICITUDES Y DE TRAMITACIÓN DE LAS AYUDAS ECONÓMICAS DE ACOMPAÑAMIENTO INCLUIDAS EN EL PROGRAMA DE RECUALIFICACIÓN PROFESIONAL DE LAS PERSONAS QUE AGOTEN SU PROTECCIÓN POR DESEMPLEO PRORROGADO POR EL REAL DECRETO-LEY 1/2013, DE 25 DE ENERO. BOE DE 21 DE FEBRERO DE 2015.

El Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas, en su Disp. Adic. 2ª, establece la prórroga automática de la vigencia de dicho programa, por periodos sucesivos de seis meses, siempre que la tasa de desempleo sea superior al 20 por ciento según la última Encuesta de Población Activa publicada con anterioridad a la fecha de la prórroga.

Puesto que la tasa de desempleo publicada en la Encuesta de Población Activa del cuarto trimestre de 2014 ha sido del 23,70 por ciento, es decir superior al 20 por ciento, queda prorrogada por seis meses más la vigencia del mencionado programa.

Esta Resolución prorroga por un periodo de seis meses, a partir del 16 de febrero de 2015, la vigencia de la Resolución de 1 de agosto de 2013, modificada por la Resolución de 30 de julio de 2014, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero. Por tanto, se prorroga el Programa PREPARA hasta el 15 de agosto de 2015.

Será de aplicación a las personas desempleadas por extinción de su relación laboral e inscritas como demandantes de empleo en las Oficinas de Empleo que, dentro del período comprendido entre los días 16 de febrero y 15 de agosto de 2015, ambos inclusive, agoten la prestación por desempleo de nivel contributivo y no tengan derecho a cualquiera de los subsidios por desempleo establecidos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, o bien hayan agotado alguno de estos subsidios, incluidas sus prórrogas, y reúnan el resto de los requisitos establecidos en el Real Decreto-ley 23/2012, de 24 de agosto.

9. RESOLUCIÓN DE 12 DE FEBRERO DE 2015, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIONES, POR LA QUE SE PRORROGA EL DERECHO A ASISTENCIA SANITARIA PARA TODOS AQUELLOS BENEFICIARIOS DE PRESTACIÓN ECONÓMICA, POR RAZÓN DE NECESIDAD, A FAVOR DE LOS ESPAÑOLES RESIDENTES EN EL EXTERIOR QUE ACREDITASEN ESTA CONDICIÓN A 31 DE DICIEMBRE DE 2014. BOE DE 24 DE FEBRERO DE 2015.

Se establece esta Resolución conforme al Real Decreto 8/2008, de 11 de enero (BOE 24 de enero), que garantiza la prestación de asistencia sanitaria y establece, en su Capítulo

III, los términos en que los beneficiarios de las Prestaciones económicas por razón de necesidad tendrán cubierta esta contingencia cuando carezcan de ésta en el país de residencia o sea insuficiente.

Por otra parte el art. 21.3 del mencionado Real Decreto indica que siempre que exista suficiencia presupuestaria, también podrán beneficiarse otros españoles residentes en los países en los que se haya suscrito un Convenio para la prestación de la asistencia sanitaria, en situación de necesidad debidamente acreditada, así como el cónyuge y los familiares de nacionalidad española, por consanguinidad o adopción en primer grado de los beneficiarios, siempre que dependan económicamente de estos y además formen parte de la unidad económica de convivencia.

Por todo ello, a través de esta Resolución se resuelve mantener el derecho a la protección de asistencia sanitaria hasta el 31 de diciembre de 2015 para todos aquellos españoles residentes en el exterior que hubieran acreditado la condición de beneficiario de prestación económica por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior a 31 de diciembre de 2014.

10. REAL DECRETO-LEY 1/2015, DE 27 DE FEBRERO, DE MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD, REDUCCIÓN DE CARGA FINANCIERA Y OTRAS MEDIDAS DE ORDEN SOCIAL. (BOE 28 DE FEBRERO DE 2015)

Este RD regula un mecanismo enmarcado dentro de la llamada legislación sobre segunda oportunidad. Su objetivo es permitir "que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer".

A esta finalidad responde la primera parte de este real decreto-ley, por el cual se regulan diversos mecanismos de mejora del Acuerdo Extrajudicial de Pagos introducido en nuestra legislación concursal por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y se introduce un mecanismo efectivo de segunda oportunidad para las personas físicas destinado a modular el rigor de la aplicación del artículo 1911 del Código civil. Según la Exposición de Motivos, el mecanismo de segunda oportunidad diseñado por este real decreto-ley establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas. "Se trata de permitir que aquél que lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación".

En esta línea se modifican la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

Se contienen además en el RDL diversas medidas de orden social:

1) En primer lugar, se acometen determinadas medidas en el ámbito tributario destinadas a rebajar la carga fiscal de determinados colectivos especialmente vulnerables. De esta manera, se modifica 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 con la finalidad de permitir a nuevos colectivos la aplicación de las deducciones previstas en el artículo 81 bis de esta Ley.

De esta forma, en primer lugar, se extiende el incentivo fiscal no solo a ascendientes que forman parte de familias numerosas sino también a aquellos que forman una familia monoparental con dos descendientes que, entre otros requisitos, dependen y conviven exclusivamente con aquel. Al mismo tiempo, se permitirá la aplicación de las nuevas deducciones reguladas en dicho artículo a los contribuyentes que perciban prestaciones del sistema público de protección de desempleo o pensiones de los regímenes públicos de previsión social o asimilados y tengan un ascendiente o descendiente con discapacidad a su cargo o formen parte de una familia numerosa o de la familia monoparental señalada anteriormente, y no sólo a los trabajadores por cuenta propia o ajena. Adicionalmente, se declaran exentas las rentas que se pudieran poner de manifiesto como consecuencia de quitas y daciones en pago de deudas, establecidas en un convenio aprobado judicialmente conforme al procedimiento establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en un acuerdo de refinanciación judicialmente homologado a que se refiere el artículo 71 bis y la disposición adicional cuarta de dicha ley, o en un acuerdo extrajudicial de pagos a que se refiere el título X de la misma ley, siempre que las deudas no deriven del ejercicio de actividades económicas, ya que, en este caso, su régimen está previsto en la disposición final segunda del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

2) En segundo lugar, en el ámbito de las Administraciones Públicas, se recoge la propuesta al Gobierno de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado para materias comunes a personal funcionario, estatutario y laboral y la Mesa General de Negociación del personal funcionario de la Administración General del Estado, en su sesión conjunta celebrada el 31 de julio de 2014, de tres iniciativas de reforma normativa para la mejora de los mecanismos de participación y negociación colectiva en el ámbito de la Administración General del Estado:

-Se mejora la articulación contenida en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en materia de órganos de representación del personal estatutario del ámbito sanitario, del personal docente no universitario, así como se aclara el correspondiente al personal al servicio de la Administración de Justicia.

-Se introduce una mejora técnica en la redacción actual del art. 35 del Estatuto Básico del Empleado Público que, al regular la composición y constitución de las Mesas de Negociación, en su versión hasta ahora vigente se refiere únicamente a materias que afectan al personal funcionario, cuando resulta necesario que dicha regulación se haga extensible también a las materias comunes al personal funcionario, estatutario y laboral. Con ello, se pretende dar apoyo legal a lo que hasta ahora es una práctica común en la negociación

colectiva: efectuar una negociación global y de conjunto para las distintas tipologías de personal que concurren en la Administración.

-en tercer lugar, se introduce una nueva disposición adicional en el Estatuto Básico del Empleado Público en materia de Mesas de Negociación correspondientes a ámbitos específicos de negociación, distintos en puridad a los previstos en su artículo 34.4. En este sentido, es en dicho ámbito donde se lleva a cabo la negociación sobre las condiciones de trabajo y, si bien afecta a determinados colectivos de empleados públicos que pueden estar adscritos a distintas Administraciones Públicas, en realidad esta negociación recae sobre la competencia de la Administración General del Estado. Con la introducción de esta disposición adicional, se pretende suplir un importante vacío legal referido a estas Mesas, además de completar la insuficiencia del régimen normativo hasta ahora vigente.

3) Por su parte, en el ámbito de las políticas públicas de empleo y Seguridad Social, se establece un nuevo incentivo para la creación de empleo estable, consistente en la fijación de un mínimo exento en la cotización empresarial por contingencias comunes a la Seguridad Social por la contratación indefinida de trabajadores. Al amparo de esta nueva regulación, de la que se podrán beneficiar todas las empresas que contraten de forma indefinida y creen empleo neto, los primeros 500 euros de la base mensual correspondiente a contingencias comunes quedarán exentos de cotización empresarial cuando el contrato se celebre a tiempo completo. Cuando el contrato se celebre a tiempo parcial, dicha cuantía se reducirá en proporción al porcentaje en que disminuya la jornada de trabajo, que no podrá ser inferior al 50 por 100 de la jornada de un trabajador a tiempo completo. Este beneficio en la cotización consistirá en una bonificación, a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal, en caso de que el contrato indefinido se formalice con jóvenes inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, y en una reducción, a cargo del sistema de la Seguridad Social, en los demás supuestos. Al igual que la tarifa plana de cotización, la bonificación o reducción se aplicará durante un período de 24 meses. En el caso de empresas con menos de diez trabajadores la medida se prolongará durante 12 meses más, quedando exentos durante este último período de la aplicación del tipo de cotización los primeros 250 euros de la base de cotización o la cuantía que proporcionalmente corresponda en los supuestos de contratación a tiempo parcial.

Respecto a los requisitos para disfrutar del nuevo beneficio en la cotización, a los supuestos en que no procede su aplicación, a las incompatibilidades y el reintegro de cantidades por aplicación indebida del mismo, son muy similares a los establecidos para la tarifa plana de cotización en el Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, en aras de la continuidad y simplicidad del sistema.

La aplicación de la bonificación o reducción a que se refiere este artículo no afectará a la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas a que puedan causar derecho los trabajadores afectados, que se calculará aplicando el importe íntegro de la base de cotización que les corresponda.

Para el supuesto de contratación indefinida de beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, se permite la compatibilización de los incentivos previstos en el artículo 107 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, y también se declara compatible con la ayuda

económica de acompañamiento que perciban los beneficiarios del Programa de Activación para el Empleo, en caso de formalizarse el contrato con ellos. El nuevo beneficio en la cotización por contratación indefinida coexistirá hasta el 31 de marzo de 2015 con el regulado en el Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, previéndose en la disposición transitoria segunda del real decreto-ley que los beneficios a la cotización a la Seguridad Social que se vinieran disfrutando por los contratos indefinidos celebrados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, se regirán por la normativa vigente en el momento de su celebración.

4) En el RDL se contienen además otras medidas relativas al fomento del empleo en el ámbito de la Seguridad Social. Así, por un lado, se sitúa en 20 el número de jornadas reales cotizadas exigidas a los trabajadores eventuales agrarios de determinadas provincias para poder ser beneficiarios del subsidio por desempleo contemplado en el RD 5/1997, de 10 de enero, y en el artículo tercero de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, así como de la renta agraria regulada por el RD 426/2003, de 11 de abril. Por otro lado, se establecen beneficios de Seguridad Social para aquellos supuestos en los que el profesional autónomo deba atender obligaciones familiares que puedan influir en su actividad.

Finalmente, se establecen "Medidas relativas al ámbito de la Administración de Justicia», de su título II, en cuyo único artículo se modifica la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, para adecuar el régimen de tasas judiciales a la concreta situación de los sujetos obligados al pago de la misma.

-Real Decreto-Ley para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral.

La reforma ha sido fruto del proceso de diálogo y participación con los agentes sociales que comienza en el Acuerdo de propuestas para la negociación tripartita para fortalecer el crecimiento económico y el empleo, de 29 de julio de 2014, firmado por el presidente del Gobierno, Mariano Rajoy, y los Interlocutores Sociales (CC.OO., UGT, CEOE, Cepyme).

Se establece un nuevo modelo de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, cuyos objetivos estratégicos son: favorecer la creación de empleo estable y de calidad; contribuir a la competitividad empresarial; garantizar el derecho a la formación laboral, especialmente de los más vulnerables; ofrecer garantías de empleabilidad y promoción profesional de los trabajadores; y consolidar en el sistema productivo una cultura de la formación.

Además, la reforma pretende alcanzar otros objetivos de carácter instrumental:

-Lograr una mayor eficacia, eficiencia y transparencia en la gestión de los recursos empleados y evitar cualquier tipo de irregularidad en la gestión de fondos públicos, en este caso ligados al empleo.

-Coordinar a todos los actores y a las Administraciones públicos que participan en el sistema, con un marco jurídico adecuado, estable y común para todos, lo que ahondará en la necesaria unidad de mercado.

-Para conseguir estos objetivos, Gobierno, comunidades autónomas y agentes sociales colaborarán en la prospección, planificación y programación de la actividad formativa.

El nuevo modelo de formación profesional para el empleo será de aplicación a todas las Administraciones públicas, y estará al servicio de empresas y trabajadores en cualquier parte del territorio, respetando el marco competencial y atendiendo a las necesidades específicas del tejido productivo de cada comunidad autónoma.

En cuanto a la gobernanza del modelo, los agentes sociales, incluidas las asociaciones de autónomos y de la Economía Social, y la negociación colectiva tendrán un protagonismo esencial, ya que deben liderar el diseño estratégico de la formación profesional. Se desarrollará un sistema de observación y prospección del mercado de trabajo, basado en la coordinación de todos los actores que pueden aportar su conocimiento al sistema: Administraciones, agentes sociales, expertos en la materia… Y se llevará a cabo una planificación estratégica plurianual.

Se implantará la cuenta-formación que acompañará al trabajador a lo largo de su carrera profesional al objeto de acreditar su historial formativo y de orientar la oferta formativa al incremento de su empleabilidad.

La tele-formación se configura como un instrumento que debe permitir dotar al sistema de mayor eficacia y flexibilidad y superar las limitaciones del calendario formativo condicionado por la tramitación administrativa.

En el nuevo modelo, la formación en el seno de la empresa será clave y contará con la máxima flexibilidad en la gestión, incluida la posibilidad de impartición en la propia empresa cuando dispongan de los medios necesarios para ello, sean propios o contratados.

Alternativamente, las empresas podrán encomendar la impartición de la formación a una entidad externa (agentes sociales, estructuras paritarias u otras entidades externas…), que en todo caso deberá estar acreditada y/o inscrita en el correspondiente registro y cuya actividad específica podrá ser financiada, teniendo responsabilidad solidaria en relación a la formación impartida.

Además, se simplificarán los procedimientos de gestión, reduciendo los plazos de comunicación a la Administración, y se facilitará el desarrollo de acciones formativas ajustadas a las necesidades reales e inmediatas de empresas y trabajadores. En cuanto a la gestión de la formación de oferta, en todos los casos se realizará en régimen de concurrencia competitiva y sólo entre las entidades que impartan la formación conforme a los requisitos establecidos de registro y/o de acreditación.

En relación con la formación para desempleados, se pondrá en marcha el "cheque-formación" para que pueda ser el desempleado quien elija la entidad de la que recibe formación, sin perjuicio del asesoramiento previo y seguimiento por parte del Servicio

Público de Empleo y sujeto a los necesarios mecanismos de información y seguimiento específicos que se desarrollen para ello.

Además, la formación que no se realice en el seno de la empresa sólo podrá impartirse por entidades formativas acreditadas y/o inscritas. Asimismo, estas entidades no podrán subcontratar con terceros la ejecución de la actividad formativa que les sea adjudicada.

Otras novedades relacionadas con la formación de oferta son: El pago anticipado en ningún caso podrá superar el 25 por ciento y se prohíbe la subcontratación. El régimen de concesión directa sólo podrá utilizarse en los supuestos excepcionales previstos en la Ley General de Subvenciones. Y para ahondar en la simplificación, se posibilitará un sistema de justificación por módulos, se racionalizará la información que se solicita a los potenciales beneficiarios y se dará estabilidad a las normas de justificación y metodologías de valoración.

Se apuesta por la evaluación permanente de la calidad y el principio de tolerancia cero contra el fraude mediante la creación de una Unidad Especial, dentro de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para el control de las actividades de formación con capacidad efectiva de sanción por irregularidades. Además, se aprueba un nuevo régimen sancionador que incluye, entre otras cuestiones, la imposibilidad para los beneficiarios de volver a trabajar para la Administración pública en el ámbito de la

Papel de los interlocutores sociales

En este nuevo modelo el papel de los agentes sociales, especialmente de las organizaciones empresariales y sindicales, sigue estando presente y sigue siendo determinante en la planificación estratégica, aunque no actuarán como gestores directos de la formación. Se transformará la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo en la que los representantes de la Administración General del Estado representarán a la mayoría de sus miembros. También, las organizaciones de autónomos y de la economía social tendrán un papel determinante en la detección de necesidades, así como el diseño, la programación y la difusión de la oferta formativa dirigida específicamente a trabajadores autónomos y de la economía social en el ámbito de participación que se establezca.

Se reconoce, además un nuevo derecho a los trabajadores autónomos, el derecho a la formación profesional para el empleo. Además, la extensión de la formación en el ámbito de la micro-PYME debe ser estratégica, ya que el alcance de la formación en la gran empresa se sitúa en torno al 93%, si bien sólo el 26% de las empresas de menos de 10 trabajadores participa en la formación de demanda.

Crónica de Doctrina Judicial y Novedades Bibliográficas

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
PROFESORA DOCTORA CONTRATADA LABORAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
UNIVERSIDAD DE GRANADA.

Laborum

Crónica de Doctrina Judicial

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO)

STJUE de 14 de enero de 2015, Asunto C-171/13. Caso Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv) contra M.S. Demirci y Otros (JUR 2015\19126)

Procedimiento prejudicial – Acuerdo de Asociación CEE-Turquía – Seguridad social de los trabajadores migrantes – Supresión de las cláusulas de residencia – Prestaciones complementarias concedidas con arreglo a la normativa nacional – Requisito de residencia – Aplicación a los antiguos trabajadores turcos – Nacionales turcos que han adquirido la nacionalidad del Estado miembro de acogida.

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

Las disposiciones de la Decisión nº 3/80 del Consejo de Asociación, de 19 de septiembre de 1980, relativa a la aplicación de los regímenes de seguridad social de los Estados miembros de las Comunidades Europeas a los trabajadores turcos y a los miembros de sus familias, examinadas también a la luz del artículo 59 del Protocolo Adicional, firmado el 23 de noviembre de 1970 en Bruselas, y concluido, aprobado y confirmado en nombre de la Comunidad mediante el Reglamento (CEE) nº 2760/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972, deben interpretarse en el sentido de que los nacionales de un Estado miembro que han formado parte, como trabajadores turcos, del mercado legal de trabajo de ese Estado no pueden, por haber conservado la nacionalidad turca, invocar el artículo 6 de la Decisión nº 3/80 para oponerse a un requisito de residencia establecido por la normativa de dicho Estado para el pago de una prestación especial de carácter no contributivo, en el sentido del artículo 4, apartado 2 bis, del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 647/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005.

STJUE de 15 de enero de 2015, Asunto C-179/13. Caso Raad van *Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank* contra L.F. Evans (JUR 2015\19129)

Procedimiento prejudicial – Determinación de la normativa aplicable a un trabajador en el ámbito de la seguridad social – Reglamento (CEE) nº 1408/71 – Aplicabilidad – Nacional de un Estado miembro empleado en el consulado de un Estado tercero establecido en el territorio de otro Estado miembro en cuyo territorio reside – Convención de Viena sobre Relaciones Consulares – Artículo 71, apartado 2 – Normativa nacional que concede facilidades, privilegios e inmunidades a los residentes permanentes.

El Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

El artículo 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, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en la versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, en relación con el artículo 16 de ese mismo Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que, en lo que respecta al período durante el cual un nacional de un Estado miembro ha estado empleado en una oficina consular de un Estado tercero establecida en el territorio de un Estado miembro del que no es nacional pero en cuyo territorio reside, dicho nacional no está sujeto a la legislación de un Estado miembro en el sentido de esta disposición si, en virtud de la normativa del Estado miembro en el cual reside, adoptada de conformidad con el artículo 71, apartado 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, celebrada en Viena el 24 de abril de 1963, el referido nacional no está afiliado al régimen de seguridad social nacional.

STS de 3 de diciembre de 2014. RCUD 3264/2013 (RJ 2015\38)

Determinación de contingencia. Síntomas de infarto antes de comenzar el trabajo e interrupción del mismo sin acreditarse nueva crisis. El supuesto no es comparable al de la STS de contraste (síntomas previos, episodio cardíaco durante el trabajo) por lo que el recurso no puede examinarse en el fondo. Diversidad de hechos y de soluciones, sin que ello comporte oposición de doctrinas aplicadas. Desestimación del recurso.

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. 211/2014, de 18 de diciembre de 2014 (BOE núm. 29, de 3 de febrero de 2015). Recurso de inconstitucionalidad (RTC 2014\2119)

Recurso de inconstitucionalidad 822-2011. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 12/2010, de 22 de diciembre, sobre racionalización del gasto en la prestación farmacéutica.

Competencias sobre sanidad, productos farmacéuticos y Seguridad Social: constitucionalidad de la ley autonómica que introduce un catálogo priorizado de productos farmacéuticos en Galicia (STC 98/2004).

Voto particular que formula el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez respecto de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 822-2011 al que se adhiere el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Re. En este sentido, los magistrados que formulan el voto particular sostienen:

Siendo así, la norma autonómica, en la medida en que obliga al facultativo a la prescripción de los productos incluidos en el catálogo autonómico, más reducido que el nomenclátor estatal en el que se incluyen todos los medicamentos que gozan de financiación pública y, por tanto, se incluyen en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, está reduciendo el ámbito objetivo de la prestación, por cuanto en Galicia incluirá menos medicamentos que en el resto del Estado. Reducción que vulnera las competencias del Estado para definir la prestación y choca frontalmente con el art. 23 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo (RCL 2003, 1412) , de cohesión y calidad del sistema nacional de salud, («Todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas en esta Ley en condiciones de igualdad efectiva») y, específicamente, con el art. 88.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio (RCL 2006, 1483 y RCL 2008, 970) , de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios según el cual, «las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y utilización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las Comunidades Autónomas no producirán diferencias en las condiciones de acceso a los medicamentos y productos sanitarios financiados por el Sistema Nacional de Salud, catálogo y precios. Dichas medidas de racionalización serán homogéneas para la totalidad del territorio español y no producirán distorsiones en el mercado único de medicamentos y productos sanitarios». Aquí habría una evidente diferencia en las condiciones de acceso a los medicamentos, en la medida en que, con criterios distintos de los básicos, se limitan las posibilidades de prescripción, (un «empeoramiento del mínimo estatal», en los términos de nuestra doctrina), lo que determinaba, a mi juicio, la vulneración de las competencias estatales y la consiguiente estimación del recurso.

Para concluir, estimo que la Sentencia de la mayoría, con su confusa argumentación, ha dejado pasar una oportunidad para que este Tribunal examinase los términos en los que ha de conciliarse la diversidad regulatoria consustancial al sistema autonómico, con la garantía de «la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español», que es lo que viene exigido por el art. 149.1.16 CE (RCL 1978, 2836) y ha de ser garantizado por el Estado.

STC núm. 6/2015, de 22 de enero de 2015 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2015). Conflicto constitucional (JUR 2015\63545)

Conflicto positivo de competencia 823-2011. Planteado por el Gobierno de la Nación respecto de la resolución de 30 de diciembre de 2010 por la que se hace público el acuerdo del Consejo de la Xunta de Galicia por el que se aprueba el catálogo priorizado de productos farmacéuticos de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Conflicto positivo de competencia 823-2011. Competencias sobre sanidad, productos farmacéuticos y Seguridad Social: ejercicio acorde con el bloque de constitucionalidad de las competencias autonómicas (STC 211/2014). Voto particular.

STS de 18 de noviembre de 2014. RCUD 3084/2013 (RJ 2015\20)

Lesiones permanentes no invalidante derivadas de enfermedad profesional, hipoacusia. Responsabilidad en el abono de la prestación. Disposición final octava de la Ley 51/2007.

Tal y como declara el TS en su Fundamento de Derecho Cuarto:

...el recurso ha de ser estimado, porque la doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia de contraste, como se acaba de ver en el anterior razonamiento. Aunque la valoración de las lesiones que afectan al trabajador fueron calificadas en 9 de julio de 2.010 por el ICAM como, lo cierto es que tales dolencias derivadas de enfermedad profesional –hipoacusia neurosensorial profunda y severa en oído derecho y mixta en oído izquierdo– tuvieron su origen evidentemente en la época en la que prestó servicios para la empresa, esto es desde el 8 de noviembre de 1.965 hasta el 1 de septiembre de 1.993, fechas éstas en las que, como se ha dicho, no correspondía a las Mutuas de Accidentes de Trabajo la cobertura de las prestaciones de incapacidad permanente por enfermedad profesional, únicamente en vigor desde el 1 de enero de 2008, por lo que no cabe atribuir la responsabilidad de una Mutua respecto a un periodo como el comprendido entre aquéllas fechas muy alejadas del cambio referido cambio normativo, en las que necesariamente hubo de contraerse la enfermedad profesional, periodo aquél de exposición al riesgo en el que la cobertura de las prestaciones de incapacidad permanente y muerte tenía que establecerse en exclusiva con el Fondo de Compensación de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (art. 19 de la Orden de 9 de mayo de 1962 (RCL 1962, 939)), integrado en el INSS (disposición final 1 ª y disposición transitoria 1ª del Real Decreto-Ley 36/1978 (RCL 1978, 2506 y 2632)), limitándose las Mutuas a la colaboración en las prestaciones de incapacidad temporal y periodo de observación por estas contingencias de conformidad con el art. 68.3. b) de la LGSS (RCL 1994, 1825).

En suma, la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina implica la necesidad de casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación estimando el de tal clase interpuesto por la Mutua para revocar la sentencia de instancia en el único punto relativo a la responsabilidad en el abono de las prestaciones por lesiones permanentes no invalidantes que le fueron estimadas al trabajador demandante, a cuyo abono se condena al INSS, con absolución de la referida Mutua. Sin costas.

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 18 de noviembre de 2014. RCUD 3084/2013 (RJ 2015\20)

Responsabilidad en el pago de las prestaciones por lesiones permanentes no invalidantes derivadas de enfermedad profesional declarada en julio de 2.010, si bien correspondía al INSS la cobertura de la contingencia cuando el trabajador trabajaba en actividad con riesgo de hipoacusia, en el que cesó en el año 1.993. Reitera doctrina de las STS 15 de enero y 18 de febrero de 2013 (recursos 12 y 1376/2012) y 19 de marzo de 2.013 (Recurso 769/2012).

6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL:

6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

STJUE de 18 de diciembre de 2014, Asunto C-354/13. Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL) (TJCE 2014\367)

Procedimiento prejudicial – Política social – Despido – Causa –Obesidad del trabajador – Principio general de no discriminación por razón de obesidad – Inexistencia – Directiva 2000/78/CE – Igualdad de trato en el empleo y la ocupación – Prohibición de cualquier discriminación por motivo de discapacidad – Existencia de "discapacidad".

El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1) Debe interpretarse que el Derecho de la Unión no consagra, como tal, un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación.

2) La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que, a los efectos de dicha Directiva, la obesidad de un trabajador puede considerarse como «discapacidad» cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Corresponderá al tribunal nacional comprobar si en el asunto principal concurren dichos requisitos.

STS de 14 de octubre de 2014. RCUD 1786/2013 (RJ 2014\6323)

Accidente de trabajo "in itinere": lo es la IT de la trabajadora víctima de un robo con violencia cuando regresaba del trabajo a su domicilio. No existía ninguna relación previa entre la víctima y el autor del robo.

El TS en su Fundamento de Derecho Segundo declara que:

No existe por tanto una doctrina que, definitiva y unívocamente, sea aplicable a la singularidad del caso que hoy enjuiciamos. Como acabamos de exponer la conclusión única que se obtiene es que cuando la agresión que sufre el trabajador por parte de un tercero –sea en el lugar de trabajo o "in itinere"– obedece a razones personales entre agresor y agredido, cobra fuerza la excepción legal y el resultado lesivo de la agresión no puede calificarse como accidente de trabajo.

Pero en el presente supuesto no ocurre así. Entre agresor y trabajador agredido no existía relación alguna previa al suceso que provocó la muerte del segundo, por lo que sí aparece una similitud entre el caso presente y el contemplado en la citada sentencia de 3 de mayo de 1988 , que calificó de accidental la muerte del mensajero por un terrorista, por más que en este supuesto se tratara de trabajador en misión, pues el inciso final del n.º 5 del art. 115, que establece la excepción, no está referido a los accidentes "in itinere", sino a todos. Por tanto la excepción final referida del 115.5 de la Ley General de la Seguridad Social

deberá interpretarse como excluyente de la calificación de accidente de trabajo cuando la agresión obedezca a motivos determinados ajenos al trabajo y próximos a circunstancias de agresor y agredido, pero no en los casos en los que, por las circunstancias, el suceso deba ser calificado como caso fortuito tal y como aparece configurado en la doctrina de la Sala 1ª de este Tribunal que exige (Sentencia de 4 noviembre de 2004 (RJ 2004, 6717)) "que se trate de un hecho que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable - SS. 29 abril 1988 (RJ 1988, 3302), 1 diciembre 1994 (RJ 1994, 10359), 31 de marzo 1995 (RJ 1995, 2795), siendo inexcusable la imprevisibilidad del daño causado...". Por otra parte, como señalaba la sentencia de 21 de diciembre de 1982 (RJ 1982, 7877) y recuerda el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe si "el fallecimiento producido por un accidente de carretera, por una simple caída... sería indemnizable, es absurdo que si la muerte se produce a mano airada, por un crimen, no se considere indemnizable".

Por tanto, de conformidad con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, y teniendo en cuenta que en el presente supuesto no consta que entre agresor y trabajadora agredida existiese relación alguna previa al suceso, se impone la estimación del recurso.

STS de 5 de noviembre de 2014. RCUD 1515/2013 (RJ 2014\6326)

Incapacidad temporal. Determinación de contingencia. Enfermedad profesional: limpiadora con síndrome del túnel carpiano bilateral. Presunción.

STS de 11 de noviembre de 2014. RCUD 384/2014 (RJ 2014\6680)

Acceso a suplicación. Prestaciones de Seguridad Social. Cabe suplicación cuando el objeto inicial de la pretensión no iba encaminada a la obtención de diferencias económicas sino, precisamente, al reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente, y ello pese a que lo único que luego se discute en el recurso de suplicación sea el importe de la base reguladora y las diferencias resultantes en la pensión, en cómputo anual, no alcancen el límite de acceso a tal recurso. Reitera doctrina.

STS de 20 de noviembre de 2014. RCUD 2399/2013 (JUR 2015\30353)

Incapacidad permanente absoluta y recargo de prestaciones, procede. Atraco en una gasolinera habiendo adoptado el empresario ciertas medidas de seguridad pero no otras como conexión con la central de alarmas. Definición de riesgo laboral, lo es el atraco.

Los atracadores propiciaron una paliza al actor, expendedor-vendedor, a resultas de la cual fue declarado en IPA. La gasolinera tenía alarmas, pero no la tenía conectada a la central de alarmas, lo que realizó con posterioridad. Había una zona mal iluminada, al lado de un murete por el que accedieron los atracadores. Se desestima el recurso, confirmándose la sentencia recurrida que apreció falta de medidas de seguridad, confirmándose la sentencia de instancia, que había impuesto un recargo del 30%.

STS de 26 de noviembre de 2014. RCUD 960/2014 (RJ 2014\6486)

Incapacidad permanente reconocida en resolución judicial: es competente el INSS para dictar resolución fijando el plazo para instar la revisión de la incapacidad (art. 143.2 LGSS): se deja sin efecto el plazo fijado en la sentencia recurrida.- Reitera doctrina.

STS de 10 de diciembre de 2014. RCUD 3138/2013.

Derivada de AT la Incapacidad Temporal y posterior Incapacidad Permanente Absoluta producida por la hemorragia cerebral sufrida en la pausa de descanso para comer, cuando previamente, durante el tiempo y lugar de trabajo, se había sentido indispuesto.

STS de 23 de diciembre de 2014. RCUD 360/2014 (JUR 2015\47752)

Incapacidad permanente total: gruista y visión monocular. Se trataba allí también de un gruista al que se le había reconocido una incapacidad permanente parcial en la vía previa. A consecuencia de un accidente de trabajo consistente en un traumatismo perforante, padecía agudeza visual lejana sin corrección en OD 10/10, contando dedos en OI en el que, con corrección de -2* 130 alcanzaba 1/10; visión máxima OD normal OI incapacidad para la lectura; visión estereoscópica limitada por baja visión en OI. La Sala de suplicación gallega tiene en cuenta el Reglamento de accidentes de trabajo, pero sostiene que las tareas de gruista requieren de una buena visión binocular de la que carece el actor. De ahí que el TS confirme la sentencia del Juzgado que había reconocido al actor el grado de total.

6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad

STS de 28 de octubre de 2014. RCUD 2542/2013 (RJ 2015\4)

Prestación por riesgo durante la lactancia. No procede. ATS-DUE en el servicio de urgencia del Hospital Comarcal del Noroeste de Murcia que realiza turnos rotatorios y jornada de noche. No se consideran factores de riesgo en el Reglamento de Servicios de Prevención de Riesgos Laborales.

6.3. Jubilación

STJUE de 18 de diciembre de 2014, Asunto C-523/13. Larcher contra Deutsche Rentenversicherung Bayern Süd (JUR 2015\17372)

Procedimiento prejudicial – Seguridad social de los trabajadores migrantes – Artículo 45 TFUE – Artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CEE) nº 1408/71 – Prestaciones de vejez – Principio de no discriminación – Trabajador que disfruta, en un Estado miembro, de un trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación – Toma en consideración para la adquisición del derecho a una pensión de vejez en otro Estado miembro.

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) El principio de igualdad de trato establecido en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, y con las modificaciones introducidas por el Reglamento (CE) nº 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, se opone a una disposición de un Estado miembro según la cual la concesión de una pensión de vejez posterior a un trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación exige que el trabajo a tiempo

parcial previo a la jubilación se haya desarrollado exclusivamente conforme a las disposiciones nacionales de dicho Estado miembro.

2) El principio de igualdad de trato establecido en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97, y con las modificaciones introducidas por el Reglamento (CE) nº 1992/2006, debe interpretarse en el sentido de que para reconocer, en un Estado miembro, un tiempo parcial previo a la jubilación que se haya desarrollado de conformidad con la normativa de otro Estado miembro, ha de realizarse un análisis comparativo de los requisitos de aplicación de los regímenes de esos dos Estados miembros a fin de determinar, en cada caso, si las diferencias identificadas pueden comprometer la consecución de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida de ese primer Estado miembro.

STS de 14 de octubre de 2014. RCUD 2582/2013 (RJ 2014\5598)

La cuestión que se suscita en la sentencia anotada es la relativa a determinar si el actor tiene derecho a las diferencias de pensión de jubilación interesadas en demanda. El accionante, trabajador de Banesto, se prejubiló en el año 2001, pactando con el Banco la percepción de determinadas cantidades hasta cumplir la edad de 60 años. Posteriormente –en 2009– suscribió, al amparo de los Acuerdos pactados entre el Banco y la representación de los trabajadores, contrato por el que se modificaban las condiciones en su día pactadas en el contrato de prejubilación, procediendo Banesto a abonarle hasta la edad de 61 años cantidades superiores a las inicialmente pactadas. La sentencia de instancia y la de suplicación reconocieron al actor el porcentaje reclamado –76%– aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación. Y tal parecer es compartido por el TS. Razona al respecto que resulta aplicable al actor la Ley 40/2007 pues la misma estaba en vigor al cumplir los 61 años de edad, porque el hecho causante se produce el día en el que nace el derecho a dicha prestación, concurriendo además los requisitos previstos en el art. 161 bis 2 LGSS, por lo que la pensión de jubilación anticipada ha de reconocerse con un porcentaje de la base reguladora del 76% en lugar del 68% fijado por la Entidad Gestora.

STS de 28 de octubre de 2014. RCUD 79/2014 (RJ 2014\6147)

Porcentaje de pensión de jubilación aplicable a una trabajadora a tiempo parcial. Procedencia del recurso de suplicación contra la sentencia de instancia. Cuestión que debe analizarse de oficio. Y sin perjuicio de la incidencia de la STC 25-9-2014 o de las resoluciones que pudieran recaer en instancias internacionales se devuelven las actuaciones a la sala de suplicación para que resuelva aquel recurso.

STS de 17 de noviembre de 2014. RCUD 3309/2013 (RJ 2014\5943)

Jubilación parcial. Responsabilidad de la empresa por las prestaciones correspondientes al periodo de incapacidad temporal prorrogada del trabajador relevista, si no procedió a su sustitución. Reitera doctrina (STS 24/09/13 –rcud 2520/12–).

STS de 26 de noviembre de 2014. RCUD 3362/2013 (JUR 2015\57686)

Pensión de jubilación. Efectos económicos cuando se obtiene en situación de asimilación al alta el hecho causante es la solicitud y no se produce la retroacción de 3 meses. Estimación del recurso del INSS.

STS de 9 de diciembre de 2014. RCUD 3346/2013 (RJ 2014\6765)

Jubilación parcial. La expresión convenios y acuerdos colectivos de empresa a que refiere la DT 2ª RD-Ley 8/2010, y que permite acceso a jubilación con 60 años, se refiere a convenios y acuerdos de empresa y no sectoriales.

STS de 15 de diciembre de 2014. RCUD 279/2014 (JUR 2015\38705)

Jubilación parcial. Cómputo recíproco de cotizaciones en el RGSS y el Régimen de Clases pasivas, no procede por cuanto está excluida la jubilación parcial del art. 2.2 RD 691/1991 y no se permite la jubilación parcial de los funcionarios.

6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

STC núm. 188/2014, de 17 de noviembre de 2014 (BOE núm. 308, de 22 de diciembre de 2014)

Recurso de amparo 1920-2013. Promovido en relación con las Sentencias de las Salas de lo Social del TS y del TSJ de Andalucía y de un Juzgado de ese mismo orden jurisdiccional de Málaga, que desestimaron su demanda de pensión de viudedad.

Vulneración del derecho a la igualdad ante la ley: STC 41/2013 (denegación de la pretensión ejercitada en el litigio social que trae causa de la aplicación de un precepto legal contrario al derecho a la igualdad ante la ley al supeditar el disfrute del derecho a la pensión de viudedad que en él se establece a que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes).

STS de 18 de septiembre de 2014. RCUD 3217/2013 (RJ 2014\5217)

El actor, beneficiario de la prestación de orfandad hasta el 10 de agosto de 2011, por haber cumplido 22 años, reclama la prórroga de la prestación al cursar estudios universitarios en el curso 2012/2013 y entender que le es de aplicación lo previsto en la Ley 27/2011, por la que se da una nueva redacción al art. 175.2 de la LGSS y que entró en vigor el 2 de agosto de 2011. Dicha pretensión resultó estimada en la instancia y rechazada en sede de suplicación. La Sala IV, interpretando la norma citada, así como la Disposición Transitoria 6ª de la LGSS, que establece una aplicación progresiva durante los años 2012, 2013 y 2014 de la ampliación del límite de edad, concluye que, de la interpretación conjunta del artículo 175.2 de la LGSS, en la redacción dada por la Ley 27/2011 y de la Disposición Transitoria 6ª bis de la LGSS, cabe concluir que la reforma normativa amplía el beneficio de la percepción de la prestación hasta los 25 años para quienes cumplan esa durante el año 2014; o 24 años en el año 2013; o 23 en el año 2012. Ello dejaría fuera del beneficio a los que tuvieran 22 años entre agosto y diciembre de 2011. Entiende la Sala que debe enlazarse la nueva edad

protegida con la que era de objeto de protección anteriormente, por lo que también alcanza el beneficio al actor, que tenía 22 años en el año 2011. Se estima en consecuencia el recurso, confirmando la sentencia de instancia estimatoria de la pretensión.

STS de 30 de septiembre de 2014. RCUD 2516/2013 (RJ 2014\5772)

La cuestión debatida consiste en determinar si corresponde percibir pensión de viudedad al cónyuge del causante que falleció por enfermedad común previa al matrimonio, antes del transcurso de un año de la fecha de éste, pero acreditando convivencia con el causante superior a dos años si se le añade el tiempo anterior al matrimonio en que convivieron como pareja de hecho. En el caso la demandante se separó en fecha 14/09/2006, obteniendo el divorcio el 11/11/2009, contrayendo matrimonio con el causante en fecha 21/05/2010. La sentencia se centra en la interpretación que debe darse a la remisión contenida en el art. 174.1.3º segundo inciso LGSS y, más concretamente, si ha de cumplirse con la exigencia establecida en ese inciso de que esa convivencia de hecho, que debe completar la matrimonial hasta los dos años, se produzca entre "quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona....", puesto que tal exigencia figura en el repetido inciso primero, que es el único al que, según la doctrina de esta Sala, se remite el apartado primero del art. 174. Y la respuesta que da es afirmativa, ya que si la remisión es al inciso primero se entiende que lo es a todo su texto; otra interpretación violentaría el propio entendimiento literal de la norma, siendo así como lo entendió también la STS 25/06/2013 (R. 2528/12).

STS de 14 de octubre de 2014. RCUD 541/2013 (RJ 2014\5802)

Se suscita en el recurso que resuelve esta sentencia el derecho de la viuda de un trabajador de Repsol Butano S.A, a un mayor importe de la pensión complementaria de viudedad, prestaciones que venía gestionando la extinta Fundación Benito Cid, existiendo una póliza de aseguramiento con la mercantil Allianz que también fue demandada. No obstante, la Sala no puede pronunciarse sobre el fondo, al considerar relevante para impedir la apreciación de identidad el que la fecha de la sentencia de contraste (enero de 2003) fuese anterior a la fecha del fallecimiento del causante en el de autos (noviembre de 2003). Y ello porque tanto la legislación reguladora de los seguros privados como la propia póliza de seguros objeto del litigio ordenan regularizaciones de las pólizas para el supuesto de producción de las posibles variaciones que afectaran a su contenido. Y un acontecimiento importante en el devenir de la relación de seguro, como es la fijación de doctrina unificada sobre los factores de cálculo de una mejora voluntaria de Seguridad Social, ha podido dar lugar a tal regularización de la prima para la mejora voluntaria asegurada en el caso de la sentencia recurrida, lo que por hipótesis no pudo acontecer en la sentencia de contraste, que es justamente la que se encargó de establecer dicha doctrina unificada.

STS de 14 de octubre de 2014. RCUD 2897/2013 (RJ 2014\6127)

Pensión de orfandad. Concurrencia con la de jubilación. Discapacitado mental nacido el 6-12-48 que tiene reconocida pensión de orfandad desde el 26-8-04 por una minusvalía que se sitúa en la infancia y en todo caso con anterioridad a su mayoría de edad aunque su reconocimiento es posterior, habiendo trabajado en un centro especial de empleo realizando tareas ocupacionales compatibles con su situación y al que el 27-2-12 se le comunica la baja

en la prestación de orfandad por haber ejercitado la opción por otra pensión. No ha de entenderse ejercitada tal opción. Si se declara probado en sentencia que la discapacidad es desde la infancia, ha de considerarse cumplido el requisito legal que permite la compatibilidad de prestaciones, aun cuando la resolución administrativa reconociendo dicha circunstancia sea posterior a la mayoría de edad.

STS de 15 de octubre de 2014. RCUD 1648/2013 (RJ 2014\6439)

Pensión de viudedad. Cuantía de la pensión reconocida con fallecimiento del causante en el año 2011 y divorcio anterior al 01/01/2008. Aplicación de la DT 18ª de la LGSS.

En su Fundamento de Derecho Segundo el TS declara que:

La comparativa entre las dos redacciones de ese art 174.2 en este punto permite entender que la anterior a la reforma referida no exigía que esas personas fuesen ineludiblemente acreedoras de una pensión compensatoria sino que si lo fuesen, quedase extinguida por el fallecimiento del causante, de modo que la diferencia en este punto entre ambas redacciones consistía en que inmediatamente antes de esa reforma normativa no era necesario ser acreedor/a de tal pensión compensatoria y después sí, habiéndose establecido por ello un período transitorio donde quienes estando separados o divorciados antes del 1 de enero de 2008, no tuviesen pactada o fijada tal compensación, que podrán, no obstante, ver reconocido su derecho a la prestación, lo que exigía una disposición de esa clase, al tratarse de un colectivo específico o cronológicamente definido (no se olvide, por otra parte, que esa pensión la introduce la Ley 30/1981, de 7 de julio (RCL 1981, 1700)) y que con el tiempo tiende a desaparecer. En ello radica precisamente el fundamento del derecho intertemporal y de ahí que esta Sala tenga declarado, entre otras *sentencias, en la de 26-12-12 (RJ 2013, 1422)* (Rec 154/2012 *) que "las modificaciones que afectaron a la pensión de viudedad, fundamentalmente las que se introdujeron a través del* apartado Catorce de esa Disposición Final Tercera (de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010 *), que añadió una nueva* Disposición transitoria décimo octava a la LGSS *, permitieron que la demandante accediera a la prestación porque, aunque no tenía establecida pensión compensatoria tras su divorcio y, por tanto, en el momento del hecho causante (el fallecimiento del ex cónyuge: 23-6-2009), no habría podido acceder a la pensión, esa nueva regulación la dispensó de aquel requisito (el de ser acreedora a la pensión compensatoria contemplada en el art. 97* del Código civil *que se extinga a la muerte del causante, que se introdujo por la* Ley 40/2007 *) a partir de la entrada en vigor de la* Ley 26/2009 *, y con efectos retroactivos respecto a la dispensa porque se aplica a "los hechos causantes producidos entre 1 de enero de 2008 y 31 de diciembre de 2009" (último párrafo de la* DT 18ª LGSS *)", reseñando, por otra parte, la de 24-7- 12 (Rec 1573/2011) (RJ 2012, 10273) que " a partir de la entrada en vigor de la* Ley 26/2009 *, desaparece la exigencia de pensión compensatoria en los supuestos en ella contemplados, aplicándose (también) "a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009", si bien, solo con efectos a partir del 1 de enero de 2010, a tenor del* párrafo primero de la disposición final 3ª de la Ley 26/2009*" .*

En consecuencia, la solución dada en la sentencia recurrida y conforme a la cual la cuantía de la pensión en litigio ha de calcularse sin el límite impuesto por el art 174.2 de la LGSS, *ha de considerarse correcta."*

Por su parte, la segunda de dichas resoluciones argumenta también que *"de la literalidad del primer párrafo de la transitoria decimoctava de la L.G.S.S. "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..." se deriva que el beneficio que allí se establece se reconoce a toda persona que reúna los requisitos allí establecidos, tenga reconocida o no pensión compensatoria. Y es que, si la prestación de viudedad compensa por la pérdida de ingresos que pueda suponer esa contingencia, resultaría absurdo entender que la norma solo protege a quienes no gozaban de pensión compensatoria, porque más razones existían para favorecer a quienes si tenían acreditada la necesidad de asistencia por percibir una compensación de su antiguo consorte, ayuda que perdían con su fallecimiento.... "*

No alberga la Sala, por otra parte, duda alguna sobre la constitucionalidad de la norma, remitiéndose al respecto a la jurisprudencia de su máximo intérprete acerca de la materia, que sostiene, entre otros extremos, que en ella, "el legislador puede, a impulso de motivaciones de orden de política jurídica o de política social, ampliar el ámbito de la protección" (STC 103/1983, de 22 de noviembre de 1983 (RTC 1983, 103)), sin que, en fin, la propuesta al respecto del informe del Mº Fiscal ilustre suficientemente acerca de qué precepto/s de la Norma Suprema se podrían ver conculcados por el precepto legal de aplicación y en qué términos.

STS de 28 de octubre de 2014. RCUD 2784/2013 (RJ 2014\5849)

Recargo de prestaciones en sucesión de empresa. La asunción de responsabilidades por la empresa sucesora no alcanza al recargo de prestaciones por muerte derivada de EP, a pesar de la naturaleza mixta atribuible al recargo, sin que quepa imponer la responsabilidad solidaria de empresario cedente y cesionario que dispone el art. 127.2 LGSS. Reitera doctrina [STS 18/07/11 –RCUD 2502/10–].

STS de 4 de noviembre de 2014. RCUD 2707/2013 (RJ 2014\6160)

Pensión viudedad: pareja de hecho (art. 174.3 LGSS ex Ley 40/2007): requisito acreditación mediante inscripción en registro específico o documento público en que conste constitución de la pareja que deberá "haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante".– "*Ad imposibilia nemo tenetur*": si óbito se produce antes que transcurriesen dos años desde entrada en vigor Ley 40/2007, no cabe exigir el rigor de tal plazo a parejas inscritas porque aunque se hubiera llevado a cabo la inscripción al día siguiente de entrada en vigor, no hubiese cubierto la inscripción ese tiempo en ningún caso–. Reitera doctrina STS/IV 28-noviembre-2011 (rcud 286/2011) y reflejada en un supuesto de no contradicción en STS/IV 22-diciembre-2011 (rcud 886/2011).

STS de 10 de noviembre de 2014. RCUD 80/2014 (RJ 2014\6454)

Pensión de viudedad para superviviente separada judicialmente y perceptora de pensión compensatoria derivada de acuerdo extrajudicial. Interpretación finalista del requisito introducido por Ley 40/2007 en el art. 174.2 LGSS. Criterio general flexibilizador con posibilidad de excepcionarlo en supuestos fraudulentas. Concordancia con la doctrina indirectamente establecida en casos precedentes.

STS de 19 de noviembre de 2014. RCUD 3156/2013 (RJ 2014\6477)

Pensión de viudedad de cónyuge divorciado o separado del causante. Disposición Transitoria 18ª LGSS. El cómputo de los diez años desde el divorcio o la separación judicial cuyo transcurso impide lucrar la pensión se produce desde el primer día en que se oficializa la ruptura matrimonial sin pensión compensatoria, sea separación judicial o divorcio. Reitera doctrina de las SSTS 02/11/2013 (recurso 3044/2012) y 28/04/2014 (rec. 1737/2013).

STS de 20 de noviembre de 2014. RCUD 2059/2013 (RJ 2014\6340)

Indemnización por daños derivados de Accidente de Trabajo. Compensación con las prestaciones de viudedad y orfandad percibidas.

El TS ha afirmado en su Fundamento de Derecho Cuarto que:

Respecto a los factores de corrección, además de aclararnos el propio Anexo para la Tabla II que "no son excluyentes entre sí, sino que pueden concurrir conjuntamente en un mismo siniestro", el "Anejo" posterior nos informa, también en relación con la misma Tabla II ("Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte"), que los "perjuicios económicos" están relacionados con los "ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal", alcanzando hasta el 10% la corrección cuando, como sucede en el caso de autos, la víctima estuviera en edad laboral, aunque no se hubieran justificado sus ingresos.

Parece claro, pues, tal como resolvió esta Sala en asunto análogo (TS 13-3-2014 (RJ 2014,1910), R.1506/13), que es este último factor de corrección, el referido a los ingresos que percibía la víctima, el que cuantifica el lucro cesante al que alude el punto 7 del transcrito apartado Primero del Anexo porque, como renta de sustitución, viene a compensar las retribuciones salariales dejadas de percibir a consecuencia del fallecimiento del trabajador.

La Tabla I del "Anexo" al TRLRCCVM, igual que la del reglamento aplicable aquí por razones temporales (BOE 27-1-2011), ["Indemnizaciones básicas por muerte incluidos daños morales"], de forma similar a la Tabla IV que analiza nuestra reciente sentencia de Pleno del 23 de junio de 2014 (RJ 2014, 4761) (R. 1257/2013) "integra el daño moral", esencialmente, y de las cantidades en ella establecidas no pueden deducirse las prestaciones de muerte y supervivencia en liza (viudedad y orfandad), por no guardar la necesaria homogeneidad conceptual, pues tales prestaciones viene a compensar, bien el denominado "daño emergente" desde la perspectiva de los supervivientes (viuda e hija menor), esto es, la "pérdida patrimonial directamente vinculada con el hecho dañoso", al decir de la referida sentencia de 23-6-2014 (F.J. 4º.6), bien el lucro cesante si es que nos fijáramos en las rentas dejadas de percibir por el fallecido y su familia: en cualquier caso, tales prestaciones no integran el daño moral que, como vimos, sí forma parte sin duda de la "indemnización básica".

STS de 27 de noviembre de 2014. RCUD 3202/2013

Pensión de viudedad reconocida a quien se hallaba separado o divorciado del causante. Determinación de qué ha de entenderse por Pensión Compensatoria, a los efectos de cumplir con el requisito para el acceso a la prestación. Criterio finalista.

STS de 15 de diciembre de 2014. RCUD 536/2014.

Viudedad. Fallecimiento por enfermedad común antes del año desde el matrimonio. Se exige acreditación de convivencia por 2 años unida al tiempo de convivencia matrimonial sin necesidad convivencia 5 años ni constitución formal pareja hecho.

6.5. Prestaciones familiares

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

6.6. Desempleo

STS de 28 de octubre de 2014. RCUD 2577/2013 (RJ 2014\5850)

Subsidio de desempleo de mayores de 52 años. Acreditación de la insuficiencia de rentas propias del beneficiario.

Declara el TS en su Fundamento de Derecho Tercero:

"*el artículo 215 LGSS establece que serán beneficiarios del subsidio por desempleo quienes, aparte de otros requisitos que ahora no interesan, carecieran de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75% del salario mínimo interprofesional. Es cierto que, cuando se trata de computar como aquí sucede, los rendimientos de capital mobiliario, únicos ingresos por otra parte de la unidad familiar, hay que tener en cuenta, que éstos no pueden ser conocidos en su totalidad hasta el final de cada ejercicio; de ahí que con la solicitud había que presentarse los rendimientos reflejados en el impuesto de la renta de las personas físicas, del año 2001, ya que la declaración del I.R.P.F. del año 2002 todavía no había obligación de presentarla, sin embargo, esto no puede ser óbice para que cuando, como aquí sucede, durante el proceso se acredite, cuales eran realmente dichos ingresos en el año 2002, haya que estar a éstos, de ahí que la tesis de la sentencia de contraste sea la correcta, puesto que, acreditado que en el año inmediatamente anterior a la solicitud del subsidio la persona que lo reclama, no ha obtenido por la inversión en valores mobiliarios una cantidad superior al salario mínimo interprofesional, ha de procederse al reconocimiento de la indicada prestación sin que, por tanto y conforme a lo establecido en la Ley, quepa exigir el cumplimiento de cualquier otro requisito como es el alegado en la sentencia recurrida y referido a la necesaria prueba por la parte demandante de la justificación atinente a la diferencia comprobada entre lo obtenido por rendimiento en valores mobiliarios en los dos años anteriores a la percepción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años*".

STS de 4 de noviembre de 2014. RCUD 2963/2013 (RJ 2015\7)

Subsidio de desempleo.- Periodo de cómputo de rentas percibidas por una sola vez a efectos de la suspensión o extinción del subsidio: la obtención de rentas superiores al mínimo legal por un tiempo que no alcance los doce meses, provoca la suspensión del subsidio, que podrá reanudarse en el momento que se acredite de nuevo la carencia.- Reitera doctrina, entre otras, Sentencias de 28 de octubre 2010 (rcud. 706/2010); 28 de mayo 2013 (rcud, 2752/2012); 25 de marzo 2014 (rcud. 1740/2013) y 30 de abril 2014 (rcud. 2135/2013).

STS de 2 de diciembre de 2014. RCUD 2738/2013 (RJ 2015\34)

Seguridad social. Desempleo. Subsidio para mayores de 52 años. Límite de rentas.

Declara el TS en su Fundamento de Derecho Segundo lo siguiente:

El recurso merece ser acogido. La cuestión debatida en el recurso es la relativa a la interpretación que ha de darse al requisito exigido por el art. 215.1LGSS para la percepción del subsidio de desempleo, de la carencia de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75% del SMI. Dicha cuestión ha sido resuelta por esta Sala IV del Tribunal Supremo en doctrina unificada, entre otras muchas, en la STS de 2-diciembre-2011 (RJ 2012, 1622) (rcud. 909/2011) y las que en ella se citan (23/05/2003 (RJ 2003, 5866) y 30/06/2004 (RJ 2004, 6939)), en las que, después de hacer referencia a la naturaleza mixta de la prestación controvertida, se señala que: "cuando el art. 215.1.1 de la LGSS establece el límite de rentas del 75% del salario mínimo interprofesional se está refiriendo exclusivamente a los ingresos del solicitante del subsidio, no a los de la esposa u otros miembros de la unidad familiar. El número de miembros de ésta y el nivel de ingresos de la familia, tiene incidencia para el requisito de «responsabilidades familiares» del artículo 215.2 de la LGSS que aquí no se debate y en el que sí se computan los ingresos de todos los que integran la unidad familiar. De ahí que no sea correcto sumar, a efectos de determinar el nivel de rentas del solicitante del subsidio, los ingresos propios de éste con los de su esposa, cuando consta que se trata de los rendimientos obtenidos del alquiler de un bien inmueble que no pertenecía en exclusiva al solicitante, sino que había sido adquirido por la propia sociedad de gananciales. Lo procedente es aplicar la asignación de estos ingresos en función de la cuota teórica del 50% (artículos 1347 y 1404 del Código Civil (LEG 1889, 27)). En este sentido hay que tener en cuenta que la sentencia de 30 de junio de 2004 precisa que a la hora de atribuir la titularidad de las rentas, deben distinguirse dos supuestos: (a) Cuando las rentas se obtienen exclusivamente por el solicitante del subsidio, deben imputarse a él en su totalidad para determinar el nivel exigido por el art. 215.1LGSS , aunque el matrimonio se rija por el régimen legal de gananciales (sentencias de 24 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4300), 18 de julio de 1994 (RJ 1994, 7054) , entre otras] y (b) Cuando consta probado que las rentas en cuestión se obtienen por ambos cónyuges o existen datos en la narración histórica que permiten razonablemente llegar a tal conclusión, tales rentas no pueden imputarse íntegramente al posible beneficiario del subsidio, aunque el régimen matrimonial sea el de gananciales, y deberán dividirse entre ellos según su cuota de obtención (sentencia de 23 de mayo de 2003)".

La sentencia recurrida calcula lo percibido anualmente por la demandante (importe de la pensión compensatoria por 14 pagas) y el resultado lo divide por 12; y hace la misma

operación con la pensión de alimentos que percibe la hija, sumando la cuantía resultante, que es inferior al mínimo legal. En consecuencia, la solución adoptada por la sentencia recurrida no se ajusta a la buena doctrina que se contiene en la sentencia de contraste que sigue la doctrina unificada de esta Sala IV del Tribunal Supremo.

Procede por tanto, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, y como se ha adelantado, la estimación del recurso para casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación, desestimando el recurso presentado por la actora y, como la renta anual asignable a la solicitante en el año anterior (490, 83 €/mes) supera el 75% del salario mínimo interprofesional para 2011 (481,05 €/mes), debe confirmarse la sentencia de instancia que desestima íntegramente la demanda. Todo ello sin imposición de costas en este recurso, ni en el de suplicación.

STJUE de 4 de febrero de 2015, Asunto C-647/13. Caso *Office national de l'emploi* contra Marie-Rose Melchior (JUR 2015\41783)

Procedimiento prejudicial – Seguridad social – Requisitos para la concesión de prestaciones por desempleo en un Estado miembro – Consideración de los períodos de servicio prestados como agente contractual al servicio de una institución de la Unión Europea con sede en ese Estado miembro – Asimilación de los días en los que se percibe una asignación con arreglo al régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades Europeas a días trabajados – Principio de cooperación leal.

El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

El artículo 10 CE, en relación con el Régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades Europeas, se opone a una norma de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, interpretada en el sentido de que, para poder tener derecho a prestaciones por desempleo, no se toman en consideración los períodos de servicio prestados como agente contractual en una institución de la Unión Europea con sede en ese Estado miembro y no se asimilan a días trabajados los días en que se percibe una asignación por desempleo en virtud del Régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades Europeas, mientras que los días en los que se ha percibido una prestación por desempleo con arreglo a la normativa de dicho Estado miembro se benefician de tal asimilación.

STJUE de 5 de febrero de 2015, Asunto C-655/13. Caso H. J. Mertens contra Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (TJCE 2015\2)

Procedimiento prejudicial – Seguridad social – Reglamento (CEE) nº 1408/71 – Artículo 71 – Concepto de "trabajador fronterizo en paro parcial" – Negativa del Estado miembro de residencia y del Estado miembro competente a conceder determinadas prestaciones de desempleo.

El Tribunal de Justicia (Sala Octava) declara:

El artículo 71, apartado 1, letra a), inciso i), del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de

sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, tal como fue modificado por el Reglamento (CE) nº 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998, debe interpretarse en el sentido de que tiene la condición de trabajador fronterizo en paro parcial, en el sentido de dicha disposición, un trabajador fronterizo que, inmediatamente después del fin de una relación laboral a tiempo completo con un empresario en un Estado miembro, es contratado a tiempo parcial por otro empresario en ese mismo Estado miembro.

6.7. Prestaciones Sanitarias

STJUE de 18 de diciembre de 2014, Asunto C-542/13. Mohamed M'Bodj contra État belge (JUR 2015\17385)

Procedimiento prejudicial – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículo 19, apartado 2 –Directiva 2004/83/CE– Normas mínimas relativas a los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria – Persona con derecho a la protección subsidiaria – Artículo 15, letra b) – Tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes infligidos a un solicitante en su país de origen – Artículo 3 – Normas más favorables – Solicitante aquejado de una enfermedad grave – Falta de tratamiento adecuado disponible en el país de origen – Artículo 28 – Protección social – Artículo 29 – Asistencia sanitaria.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

Los artículos 28 y 29 de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, puestos en relación con los artículos 2, letra e), 3, 15 y 18 de la misma Directiva, deben interpretarse en el sentido de que un Estado miembro no está obligado a conceder la asistencia social y sanitaria que esos artículos prevén a un nacional de un tercer país autorizado para residir en el territorio de ese Estado miembro en virtud de una legislación nacional como la que es objeto del litigio principal, que prevé la autorización de residencia en ese Estado miembro del extranjero aquejado de una enfermedad que genera un riesgo real para su vida o su integridad física o un riesgo real de trato inhumano o degradante, cuando no existe ningún tratamiento adecuado en el país de origen de ese extranjero o en el tercer país en el que residía anteriormente, sin que concurra una privación de asistencia denegada intencionalmente a ese extranjero en dicho país.

7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

9.1. Mejoras Voluntarias

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

9.2. Fundaciones Laborales y Entidades de Previsión Social

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

9.3. Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos

STJUE de 11 de diciembre de 2014, Asunto C-678/11. Comisión Europea contra España (JUR 2014\290672)

Incumplimiento de Estado – Artículo 56 TFUE y artículo 36 del Acuerdo EEE – Servicios ofrecidos en España por fondos de pensiones y entidades aseguradoras domiciliados en otro Estado miembro – Planes de pensiones de empleo – Obligación de designar un representante fiscal con residencia en España – Carácter restrictivo – Justificación – Eficacia de los controles fiscales y lucha contra la evasión fiscal – Proporcionalidad.

El Tribunal de Justicia (Sala Quinta) decide:

1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo al artículo 56 TFUE al aprobar las disposiciones que figuran en el artículo 46, letra c), del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, y en el artículo 86, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, según las cuales los fondos de pensiones domiciliados en Estados miembros distintos del Reino de España y que ofrezcan planes de pensiones de empleo en este Estado miembro, así como las entidades aseguradoras que operen en España en régimen de libre prestación de servicios, están obligados a nombrar un representante fiscal con residencia en este Estado miembro.

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

3) La Comisión Europea, el Reino de España y la República Francesa cargarán con sus propias costas.

STJUE de 12 de febrero de 2015, Asunto C-114/13. Caso Theodora Hendrika Bouman contra Rijksdienst voor Pensioenen (JUR 2015\47789)

Procedimiento prejudicial – Seguridad social – Reglamento (CEE) nº 1408/71 – Seguro de vejez y muerte – Artículo 46 bis, apartado 3, letra c) – Liquidación de las prestaciones – Normas nacionales que prohíben la acumulación – Excepción – Concepto de "seguro voluntario o facultativo continuado" – Pensión nacional en virtud de un régimen de seguro obligatorio – Posibilidad de solicitar la dispensa del alta durante un determinado

período – Alcance del certificado expedido por la institución competente de otro Estado miembro – Reglamento (CEE) nº 574/72 – Artículo 47.

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

El artículo 46 bis, apartado 3, letra c), 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, modificado por el Reglamento (CE) nº 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, debe interpretarse en el sentido de que comprende la parte de una prestación que procede de un período de seguro durante el cual el interesado tenía derecho a obtener una dispensa del alta en el régimen de seguro obligatorio, dándose la circunstancia de que, durante el período en cuestión, el alta repercute en el alcance de la prestación de seguridad social.

Novedades Bibliográficas

1. OBRAS *GENERALES* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

ALONSO OLEA, M., MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XXX 2012-2013*, Navarra, Thomson Reuters/Civitas, 2014, 398 páginas.

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*, Barcelona, Atelier, 2015, 167 páginas.

CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: *Una cuestión de Derechos Humanos. La protección de Seguridad Social de nuestros trabajadores del mar emigrantes en Noruega*, Pamplona, Thomson-Reuters/Aranzadi, 2015, 121 páginas.

GARCÍA ROMERO, M.B.: *Lecciones de Seguridad Social*, 3ª ed., Murcia, Diego Marín, 2014, 431 páginas.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 2015, 215 páginas.

TARANCÓN PÉREZ, E., ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Manual de prestaciones básicas del Régimen General de la Seguridad Social. Adaptado a las reformas del Régimen General de la Seguridad Social de 2012-2014*, Albacete, Bomarzo, 2015, 339 páginas.

2. OBRAS *ESPECÍFICAS* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

CARRASCOSA BERMEJO, M.D. (Dir.): *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea*, Madrid, Francis Lefebvre, 2014, 150 páginass.

LÓPEZ GANDÍA, J., TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de las Mutuas*, Albacete, Bomarzo, 2015, 266 páginas.

MONEREO PÉREZ, J.L, MALDONADO MOLINA, J.A. y RUBIO HERRERA, R. (Dirs. y Coords.): *Prevención y protección de la dependenia: un enfoque transdisciplinar*, Granada, Comares, 2014, 360 páginas.

MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas*, Madrid, Tecnos, 2014, 192 páginas.

ROMERO RÓDENAS, M.J.: *La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo, 2014, 202 páginas.

ROQUETA BUJ, R. (Dir.): *Puntos críticos en la protección por desempleo y el cese de la actividad autónoma*, Pamplona, Thomson Reuters/Lex Nova, 2015, 208 páginas.

TALÉNS VISCONTI, E.: *El nuevo régimen jurídico de la prestación por cese de actividad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 143 páginas.

3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

TAPIA HERMIDA, A.J.: *Derecho de seguros y fondos de pensiones*, Madrid, Iustel, 2014, 315 páginas.

Laborum

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

Las mutuas de accidentes de trabajo y la gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes: eficiencia versus selección adversa

Work accidents and profesional diseases mutual corporations and temporary incapacity by common contingencies management: efficency versus adverse selection.

MIGUEL ÁNGEL DÍAZ PEÑA

LAURA PÉREZ ORTIZ

SANTOS M. RUESGA BENITO[1]

Resumen

Este artículo tiene por objeto analizar los niveles de eficiencia en la gestión de la Incapacidad Temporal por Contingencias Comunes (ITCC) que alcanzan las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (MCSS) y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). En él se, actualizan, profundizan y sintetizan las principales conclusiones obtenidas en una detallada investigación sobre tal cuestión dirigida por el profesor Santos M. Ruesga[2].

A tales efectos se realizó una revisión exhaustiva de la legislación aplicada y las grandes cifras del sector, rastreando posibles explicaciones a las hipotéticas diferencias en los resultados de la gestión investigada; ahora se han actualizado normas y datos. Y, finalmente se elaboró un modelo econométrico para interpretar las posibles diferencias existentes en la gestión de ambas entidades en cuanto a la probabilidad de incurrir en ITCC y la extensión del periodo de prestación económica que esta contingencia conlleva para el trabajador.

En síntesis, el modelo revela una mayor probabilidad de presentarse un caso de ITCC entre trabajadores en el INSS, por sus características demográfico-laborales. No obstante, con trabajadores homogéneos, la probabilidad de que un trabajador supere 15 días de ITCC resulta mayor en las Mutuas que en el INSS. Se trata, en suma, de un análisis que nos revela la posible presencia de procesos de "selección adversa" más que de eficiencia relativa espuria en la gestión por parte de las Mutuas.

Palabras clave

Eficiencia, Seguridad Social, Sistema Nacional de Salud, gestión de servicios públicos.

Abstract

This article aims to analyse levels of efficiency in the management of temporary incapacity by common contingencies (ITCC) that reach the Mutual of accidents of work and professional diseases (MCSS) and the National Institute of Social Security (INSS). In it, update, deepen, and synthesize the main findings in a detailed investigation into this question driven by Professor Santos M. Ruesga.

For this purpose it was carried out a thorough review of applied law and the large figures of the sector, tracking possible explanations to the hypothetical differences in investigated management outcomes; now rules and data have been updated. And finally an econometric model was developed to interpret the hypothetical differences in the management of both entities regarding the probability of incurring ITCC and the extension of the period of economic benefit resulting from this contingency for the worker.

The model shows a bigger likely of a case of ITCC among workers in the INSS, due to labour and demographic characteristics. However, with homogeneous characteristic workers, the probability that a worker exceeds 15 days of ITCC is greater in MCSS than in the INSS. It is, summary, an analysis that reveals the possible presence of "adverse selection" processes rather than spurious relative efficiency in management by the MCSS.

Keywords

Efficiency, Social Security, National Health System, Public services management

---

[1] Miguel A. Díaz Peña es economista y fue director General de Ordenación de la Seguridad Social. Laura Pérez Ortiz y Santos M. Ruesga Benito son profesores de la Universidad Autónoma de Madrid.

[2] La investigación que da pie a este artículo fue realizada por Santos M. Ruesga, como director y Domingo Carbajo Vasco, Valeriano Gómez, Sandro E. Monsueto, Carlos Resa Nestares y Julimar da Silva Bichara como investigadores. "Mutuas patronales de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: la gestión de la incapacidad temporal" (referencia FIPROS/2007/45). La versión global del estudio se puede consultar en http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/119786.pdf. Agradecemos a todos los miembros del equipo de investigación su aquiescencia para editar y publicar este artículo.

1. INTRODUCCIÓN

Aunque se habla mucho sobre la eficiencia, o la carencia de ella, de las dos grandes instituciones encargadas de la gestión de la ITCC, las MCSS[3] y el INSS, lo cierto es que no existe un concepto claro, unívoco y consensuado respecto al significado exacto de este término, lo que entorpece un análisis científico del mismo y el estudio comparativo. Analizar cuál de las dos instituciones es más eficiente a la hora de gestionar la ITCC es una materia no sólo relevante para la Seguridad Social sino para la competitividad de las empresas españolas, de un lado, y la gestión de la salud pública en España, de otro, lo que refuerza el interés y la importancia de resolver esta pregunta o, al menos, de planteársela.

De todas formas, si bien desde las MCSS se ha interpretado la tendencia ascendente en el volumen de empresas en el ámbito de su gestión como una demostración de que son más eficientes a la hora de gestionar la misma, lo cierto es que ni existe información de indicadores de eficiencia entre los empresarios, ni hay transparencia entre los mismos, por lo cual la elección no está basada en una evidencia contrastada de que las MCSS son más eficientes. Más bien se trataría de una percepción apoyada en la convicción de que las Mutuas reducen, en general, el número de días de permanencia en baja por ITCC de los trabajadores. Sin embargo, ni éste es un índice por sí mismo de eficiencia del sistema, ni parece que pueda identificarse eficiencia para la empresa en términos de reducción del absentismo con eficiencia para la sociedad española y el sistema de la Seguridad Social en su conjunto.

Aunque existe una abundante normativa al respecto y se han diseñado, en especial, a través del Sistema de Información Contable de la Seguridad Social (SICOSS), los instrumentos contables e informáticos para disponer de forma rápida y constante de información, datos y ratios sobre la gestión que las MCSS realizan de la ITCC, lo cierto es que tales instrumentos o bien no son totalmente operativos o bien los controles realizados por la Intervención General del Estado (IGAE) y la Intervención General de la Seguridad Social respecto del funcionamiento y gestión de las MCSS son excesivamente formalistas, se centran demasiado en el llamado control de legalidad, parten de datos presupuestarios y no de ejecuciones efectivas. No obstante, en el real decreto de 18 de julio de 2014 sobre gestión y control de la IT se introducen mecanismos para provechar las ventajas de las nuevas tecnologías en el intercambio de información médica y estimación teórica de la duración de las bajas en función de la patología, edad y ocupación.

2. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR INCAPACIDAD TEMPORAL (IT)

Las prestaciones económicas por ITCC en España pueden ser ofrecidos por el sector público (INSS) directamente o por el sector privado (Mutuas), colaborador del sistema de la Seguridad Social. El análisis de la demanda y de la gestión de la Incapacidad Temporal por Contingencia Común (ITCC) exige clarificar mínimamente los condicionamientos sociales, jurídicos y económicos sobre los que opera.

[3] Utilizamos la nueva denominación de Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social introducida a partir de la Ley 35/2014, donde se desplaza la anterior denominación de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Para un análisis detallado de lo que significa esta norma que modifica diversos aspectos del régimen jurídico y la gestión de las Mutuas, véase en el número 2 de esta revista, Panizo Robles (2015).

La prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal (IT) tiene una larga historia normativa y viene siendo objeto, especialmente a partir de 1992, de múltiples e incisivas reformas legales referidas a todos sus aspectos, desde el propio nombre y concepto, hasta la duración, cuantía y forma de gestión. La notable inestabilidad regulatoria de esta prestación es resultado de su trascendencia, complejidad y conflictividad en relación con su importante peso en el gasto total de la Seguridad Social. Por ello el hilo conductor de las reformas es la preocupación por moderar su crecimiento, llamativo en algunos periodos, y reducir lo más posible su coste. Así las reformas se han dirigido tanto a reducir su alcance y contenido como a trasladar a los empresarios parte del coste, con la obligación del pago de la prestación durante un determinado periodo. Y, especialmente, a incrementar las medidas de control sobre el nacimiento y dinámica de la prestación con el fin de limitar al máximo los posibles fraudes o abusos en esta materia (Gordon, 1988).

Aspecto relevante a tener en cuenta es la estrecha relación con otras prestaciones como la asistencia sanitaria que constituye precisamente el "hecho causante" o puerta de entrada a la prestación económica por IT. Por ello se precisa una especial coordinación con los diversos actores institucionales de la organización sanitaria que no siempre alcanza el nivel exigible. Al ser diferente el órgano que reconoce el derecho a la prestación económica a partir de una calificación médica (Sistema Sanitario descentralizado) del órgano que debe realizar el pago (Seguridad Social), se producen discrepancias de criterio, desfases temporales por la gestión administrativa e incluso repercusión de las listas de espera con incremento siempre del gasto por IT. Todo esto es un elemento decisivo en el aumento innecesario del coste y también del absentismo. Pero también hay que tener en cuenta el papel de los médicos que no deben, ni previsiblemente aceptarían, estar sometidos a presiones para extremar el rigor en función de que presten sus servicios en una mutua o en el Servicio de Salud, lo que echaría por tierra la pretensión de que las Mutuas puedan gestionar esta prestación con más ahorro. Sin tampoco olvidar una posible perspectiva "humanitaria" de cualquier médico que conduce con frecuencia a facilitar las llamadas "bajas de complacencia".

Igualmente afecta a la complejidad de la IT su directa vinculación con otros aspectos de la relación laboral como la suspensión del contrato de trabajo durante su duración y sus consecuencias en relación con la cotización o el abono del subsidio por el empresario por delegación de la Entidad Gestora.

Finalmente las prestaciones por IT mantienen características heredadas del pasado y ofrecen un trato más favorable para las derivadas de contingencias profesionales (accidente de trabajo o enfermedad profesional: ITATyEP) que para las derivadas de enfermedad común o accidente no laboral.

Actualmente la gestión de la prestación corresponde al INSS o a las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (MCSS) a opción del empresario, o incluso a la propia empresa como colaboración voluntaria en la gestión (AMAT, 2004). Ya la Ley 4/1990 amplió el campo de aplicación de las Mutuas en la gestión de las contingencias profesionales, eliminando la prohibición que pesaba sobre algunas empresas (especialmente del sector público) para poder optar por una mutua en lugar de la entidad gestora. Posteriormente, la Ley 42/1994 permitiría que las empresas pudieran elegir una mutua en lugar de la entidad gestora para la cobertura de la ITCC de sus trabajadores; y también libertad de opción para los trabajadores por cuenta propia. El pago de la prestación lo realiza

directamente el empresario a los trabajadores a su servicio, como colaboración obligatoria de las empresas[4].

Con el traslado a cuenta de la empresa del pago de doce días de la prestación, se trataba de descargar, parcialmente, al presupuesto público de la pesada losa de este gasto y, al mismo tiempo, corresponsabilizar al empresario en el control de las ausencias al trabajo por IT. En otros países existe igualmente una tendencia clara a que las primeras semanas sean a cargo del empresario. Así, en Alemania, desde 1969, son las seis primeras semanas de prestación. En Reino Unido, desde 1982, puede llegarse a ocho semanas según la antigüedad.

Sin embargo, se produce la paradoja de que un buen número de empresas complementan por la vía de la negociación colectiva la prestación de IT pagando por su cuenta los tres primeros días de ITCC, en los que no existe derecho a la prestación económica, y completando hasta el cien por cien la cuantía del subsidio, que es de un 60% entre los días 4º y 20º. Esto supone un incentivo de las empresas, especialmente para bajas de corta duración, cuando en más de la mitad de los procesos de baja son de quince días o menos, con una duración media de 8 días. Y conviene también dejar constancia de la presión de los Servicios de Salud para ampliar los diagnósticos de enfermedad profesional, en lugar de la común, con lo que disminuyen su gasto (la asistencia sanitaria por contingencia profesional es contributiva) y, al mismo tiempo, posibilitan al beneficiario una prestación económica superior a la de la ITCC.

Al margen de eufemismos, es frecuente imputar a los trabajadores el uso incorrecto de la IT con incidencia en el absentismo que repercute en la productividad y competitividad de las empresas. En un primer bloque de situaciones se admite que la IT constituye una especie de "refugio protegido" para dar respuesta a una variedad de problemas, como resolver asuntos personales o familiares o para mitigar los efectos de la temporalidad, estacionalidad o rotación en el empleo o cubrir la ausencia de prestaciones por desempleo o el encuadramiento en un régimen especial que carezca de esa protección. Así como para mitigar los efectos económicos, psicológicos y sociales de la extremada crisis económica. Pero también existe otro gran bloque de supuestos constituido por fraudes en el sentido más estricto, realizado directamente por el trabajador, o bien con la colaboración o imposición del empresario (utilizando la IT para cubrir periodos de baja actividad económica, o simplemente para reducir cotizaciones sociales o costes laborales), o bien para afrontar regulaciones de empleo y despidos pactados. Convendría analizar la posible correlación entre ambos tipos de abuso y la duración, corta o larga, de la prestación.

Esta complejidad de situaciones por utilización inadecuada de la ITCC obliga a preguntarse cuáles pueden ser las causas del uso presuntamente indebido de esta prestación y cuáles podrían ser las soluciones que vayan más allá de los puros mecanismos de control al trabajador que, en cualquier caso y por sí solos, no pueden resolver esta diversidad de cuestiones que están en la raíz del problema.

[4] Por su parte, el Decreto-ley 5/1992 de Medidas Presupuestarias Urgentes modificó Seguridad Social modificó el artículo 129.1 de la Ley General de Seguridad Social estableciendo que: "*El subsidio se abonará, en caso de* accidente de trabajo *o enfermedad profesional, desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando* a cargo del empresario *el salario íntegro correspondiente* al día de la baja. *En caso* de enfermedad común *o de accidente no laboral, el subsidio se abonará, respectivamente, a partir del decimosexto día de baja en el trabajo ocasionada por la enfermedad o el accidente, estando* a cargo del empresario *el abono de la prestación al trabajador desde* los días cuarto al decimoquinto *de baja, ambos inclusive."*

Bajo la hipótesis de que un mayor control conducirá a una reducción del gasto, las reacciones han sido las reformas que han traspasado parte del gasto de la gestión de la IT a los empresarios, se ha obligado a los autónomos a afiliarse en las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la SS, se ha recortado la duración de la prestación misma, se han establecido revisiones obligatorias cada tres meses, se ha establecido el alta a efectos económicos extendiendo la potestad de su declaración a las Mutuas, se han formalizado los partes de baja exigiendo una información más completa y detallada y se han aumentado las posibilidades de control del INSS y de las Mutuas sobre la prestación de IT. Y, por añadidura, se ha introducido en la normativa laboral la figura de la extinción del contrato laboral por absentismo. Esta línea de control, agilización de los procedimientos y mejora de la transmisión de la información se ha completado recientemente con el R D 625/2014 de 18 de julio.

Como consecuencia de las dos decisiones reseñadas más arriba, libre elección de mutua y asunción de parte de la carga por las empresas, se observan, desde mediados de los años noventa, dos líneas de actuación que es necesario tener en cuenta.

En primer lugar, un crecimiento notable y sin precedentes de la cobertura del número de trabajadores por las Mutuas con respecto a la IT que llega a ser prácticamente total para la ITATyEP (96,8 por ciento en 2014), partiendo del 43% en los años ochenta y pasando al 73% en 1993. Por su parte la ITCC alcanza casi el 75% del total de procesos iniciados, partiendo de cero en 1995 (Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2013).

Por otra parte, como consecuencia de esta evolución de la cobertura de las Mutuas, las organizaciones empresariales han asumido este asunto con un carácter reivindicativo, transformado en instrumento de lucha contra el absentismo y para la presunta mejora de la productividad. Su presión sobre los distintos gobiernos es persistente tanto para continuar y profundizar en la línea legislativa restrictiva como también para reivindicar compensaciones económicas reduciendo los días de pago de IT por la empresa o bien mediante el retorno a los empresarios de los excedentes de gestión de las MCSS y el reparto de los fondos acumulados que son patrimonio de la Seguridad Social. Del mismo modo, pretenden incrementar el control y las competencias de las Mutuas, como se ha puesto claramente de manifiesto durante la tramitación y debate de la reciente modificación de la legislación sobre mutuas por la Ley 35/2014 de 26 de diciembre.

Un elemento de distorsión en la materia que nos ocupa derivará sin duda del marco conceptual de esta reciente Ley de Mutuas que considera la lucha contra el absentismo laboral y la mejora de la competitividad de las empresas como un objetivo esencial de las Mutuas. Así consta en los párrafos primero y último del primer apartado del Preámbulo de la Ley. Y esto a pesar de que el mismo texto legal establece que el *objeto exclusivo* de estas entidades es la colaboración en la gestión de la Seguridad Social y que todas las prestaciones y servicios de las Mutuas son prestaciones y servicios de la Seguridad Social entre los que no aparecen los citados servicios a las empresas.

En la práctica se ha configurado una suerte de polarización INSS-MCSS en lo que se refiere a la IT y más concretamente a la ITCC que nos ocupa. Y, aunque no sea el único elemento de discrepancia, tiene mucho que ver con el coste, ya que la cantidad de la prestación y el pagador dependen del tipo de contingencia y de quién sea el responsable de abonar la prestación: entidad gestora (INSS, ISM) o entidad colaboradora (MCSS).

A este respecto, más allá de las estrategias generales de los diferentes actores que concurren en la prestación económica por ITCC, una de las cuestiones a analizar respecto a la gestión de la misma es la posibilidad de que existan diferencias entre los colectivos protegidos por INSS y MCSS, considerando algunas características individuales que pueden determinar distintos comportamientos ante la ITCC. Convendría analizar también las características de las empresas asociadas, por la tendencia a que las empresas con especial conflictividad o provenientes de sectores en reconversión "defensivo" a la ITCC se asocien en el INSS.

Lamentablemente, buena parte de los conflictos de intereses que subyacen a estas consideraciones parecen haber sido ajenos al debate público, pero en el campo académico no es posible ignorarlos porque condicionan incluso la utilización de conceptos o el manejo de la información (Armendáriz Pérez-Fraile, 1989). Dichos conflictos aconsejan la mayor atención en el análisis del origen y calidad de la información disponible y la búsqueda de los contrastes posibles para evitar el riesgo de contaminación de los datos.

3. EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. ASPECTOS ECONÓMICOS INICIALES

El análisis de la evolución del gasto en IT durante los últimos veinte años y hasta los inicios de la Gran Depresión 2008-2014, presenta niveles mayores de variabilidad que el PIB nominal (a precios corrientes). No obstante, partiendo de niveles de crecimiento muy superiores a lo largo de la primera mitad de la década de los noventa, durante el periodo 1994-99 el gasto en IT registró tasas sensiblemente inferiores a las del PIB llegando incluso a presentar tasas de crecimiento negativas. Durante los años siguientes, hasta 2005, el comportamiento de ambas variables se estabiliza en torno a crecimientos nominales similares y próximos al 6 por ciento. En este periodo y en términos de proporción del gasto en IT respecto del PIB el nivel se sitúa en el 0,7 por ciento durante los últimos años, un nivel prácticamente similar a la media de las dos últimas décadas durante las cuales en ningún momento llega a alcanzar el 1 por ciento del PIB. A partir de 2005 y de modo intenso tras 2009, el nivel relativo de gasto en IT desciende de manera significativa hasta situarse en 2013 por debajo del 0,5 por ciento del PIB. Este descenso es debido en parte a la propia dinámica de la población protegida que desciende intensamente al compás de la caída del empleo, pero también el absentismo laboral experimenta un descenso singular (véase tabla 1, porcentaje de incidencia media mensual por trabajadores protegidos).

Tabla 1. EVOLUCION DE LA ITCC

AÑO	GASTO TOTAL IT (millones euros)	% GASTO TOTAL IT SOBRE PIB NOMINAL	INCIDENCIA MEDIA MENSUAL ITCC POR CIEN TRABAJADORES PROTEGIDOS	POBLACIÓN TOTAL PROTEGIDA ITCC
2005	6.406,70	0,69	18,09	18.209.597
2006	6.850,50	0,68	21,35	17.192.998
2007	7.253,60	0,67	26,38	19.713.238
2008	7.533,87	0,67	31,15	19.429.414
2009	7.176,03	0,67	27,40	18.855.814
2010	6.732,99	0,62	21,48	18.453.431
2011	6.241,07	0,58	21,11	17.975.529
2012	5.360,16	0,51	17,48	17.713.106
2013	5.014,65	0,48	20,16	17.382.643
2014	..	..	20,87	17.503.987

Fuente: Elaboración propia sobre datos Tesorería General SS.

Los datos sobre incidencia de ambas entidades sobre población protegida y procesos en vigor muestran la misma tendencia (tabla 2). Así se observa cómo se ha pasado de un volumen de gestión del 36 por ciento de los procesos de ITCC, en 2002, al 81 por ciento, en 2014, por parte de las Mutuas y del 62 al 84 por ciento de la población protegida por ITCC en el mismo periodo.

Tabla 2. Incidencia de la IT en España (2002, 2008 y 2014)

		DURACION MEDIA IT (DIAS)	INCIDENCIA MEDIA MENSUAL* POR MIL TRABAJADORES PROTEGIDOS	PREVALENCIA** POR MIL TRABAJADORES PROTEGIDOS	TRABAJADORES PROTEGIDOS AL FINAL DEL PERIODO CONSIDERADO	% PROCESOS INICIADOS SOBRE TOTALCC	% POBLACIÓN PORTEGIDA SOBRE TOTALCC
2014	CC TOTAL SISTEMA	47,04	20,87	25,04	17.503.987	100	100
	CC REGIMEN GENERAL	37,74	18,88	25,07	14.409.371	90,51	82,3
	INSS	45,9	14,91	25,73	4.831.492	24,56	27,6
	MUTUAS	34,55	20,99	24,6	9.577.879	65,69	54,7
	CC AUTONOMOS	90,36	9,27	24,91	3.094.616	9,49	17,7
	INSS	103,96	9,59	32,45	541.384	1,78	3,1
	MUTUAS	87,05	9,2	23,32	2.553.232	7,70	14,6
	ATYEP	35,23	3,21	3,23	14.065.225	14,82	80,4
	INSS	64,52	1,74	3,57	808.696	0,47	4,6
	MUTUAS	34,2	3,3	3,2	13.240.581	14,33	75,6
2008	CC TOTAL SISTEMA	49,11	25,42	28,98	19369807	100	100
	CC REGIMEN GENERAL	37,88	28,77	27,99	15.808.732	92,33	81,6
	INS	45,73	29,52	30,78	6.797.614	40,10	35,1
	MUTUAS	31,95	28,21	25,89	9.011.118	52,23	46,5
	CC AUTONOMOS	98,99	10,54	33,39	3.561.075	7,67	18,4
	INSS	128,03	10,02	36,86	1.258.961	2,73	6,5
	MUTUAS	83,11	10,83	31,49	2.302.114	4,94	11,9
	ATYEP	31,11	5,21	3,66	15.070.962	16,38	77,8
	INSS	67,91	2,44	3,96	716.475	0,36	3,7
	MUTUAS	29,27	5,35	3,64	14.354.487	16,02	74,1
2002	CC TOTAL SISTEMA	58,20	16,83	34,44	16.101.143	100	100
	CC REGIMEN GENERAL	42,38	15,48	36,12	13.299.815	91,92	82,6
	INSS	48,00	22,39	48,64	6.269.847	62,33	38,9
	MUTUAS	37,37	9,32	24,96	7.029.968	29,60	43,7
	CC AUTONOMOS	133,30	6,42	26,44	2.801.328	8,08	17,4
	INSS	151,28	6,83	29,83	1.586.342	5,01	9,9
	MUTUAS	109,82	5,89	22,02	1.214.986	3,07	7,5
	ATYEP	27,87	6,71	4,73	13.439.591	40,38	83,5
	INSS	68,03	2,08	5,95	862.817	0,83	5,4
	MUTUAS	25,12	7,03	4,65	1.2576.774	39,55	78,1

* INCIDENCIA MEDIA: Procesos iniciados en el periodo con relación a la población protegida por mil.
** PREVALENCIA: procesos registrados como en vigor, con relación a la población protegida, por mil.
Fuente: Elaboración propia sobre datos TGSS.

Según la Seguridad Social, en 2014, la tasa de incidencia (incidencias medias mensuales por mil trabajadores protegidos) de la ITCC, en contingencias comunes, ha sido del 18,8 con una media de 37,7 días de bajas en conjunto; para el INSS, del 14,9, con una media de 45,9 días de baja, frente a una tasa de incidencia del 21,0 y 34,6 días en las Mutuas

(Tabla 2). Tales incidencias representan un coste importante tanto para la empresa como para el sistema de Seguridad Social, como se refleja para esta última entidad en las tablas 1 y 2.

A la altura del año 2007 el INSS seguía siendo la principal entidad en cuanto al gasto de ITCC gestionado, pero la situación habría cambiado seis años después, mostrando en 2013 unas cifras de gasto gestionando bastante superior por parte de estas últimas, alcanzando el 70 por ciento del total. El tamaño del gasto total de ambas contingencias (CC y ATyEP) gestionadas por el INSS y las MCSS será prácticamente igual en 2007, pero en 2013 es superada ampliamente por estas últimas. Las diferencias relativas, en cuanto a volumen de población gestionada por parte del INSS y la cubierta a través de las MCSS en relación con las observadas para el gasto realizado muestran la existencia de distintos costes medios por afiliado en uno y otro ámbito de la gestión (tabla 3).

Los resultados agregados muestran que el gasto medio total por afiliado cubierto en IT de contingencias comunes era en 2013 de 272,1 euros/año, más de 5 veces mayor que el correspondiente a la IT de contingencias por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (53,6 euros). Por su parte las diferencias totales entre contingencias comunes y profesionales en duración, incidencia y prevalencia, son también muy significativas puesto que son las que explican el desigual comportamiento del gasto en ambas contingencias. En los citados tres indicadores relevantes para la evolución del gasto los resultados son más altos en la IT derivada de contingencias comunes que en la causada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

El INSS tenía en 2007 unos costes medios por afiliado de 501,8 euros/año, en la materia que nos ocupa, la ITCC, que duplicaban largamente a los correspondientes a las Mutuas (235,3 euros/año). En 2013, estas cifras han cambiado sustancialmente, en función de la ampliación de cobertura que han experimentado las Mutuas; tales cifras pasan a ser de 274 y 271€, respectivamente, lo que indica que ha ido cambiando la estructura de la población asistida por ambas entidades, reduciéndose para el INSS la carga de los colectivos con mayor incidencia de ITCC y aumentando en las Mutuas. Sin embargo, como más adelante se indica, es necesario subrayar que ello no tiene porqué reflejar un grado equivalente de superioridad o equidad en la eficiencia de la gestión de las MCSS sobre la que se realiza a cargo del INSS.

Si acudimos a un indicador más preciso, como sería el gasto en IT por día de baja las diferencias también son escasas entre ambos tipos de entidades gestoras, ligeramente más elevado, en unos 3,7€ por día y baja, en 2013, a favor de las Mutuas, en el conjunto de la IT. Según el tipo de baja, el INSS muestra una posición favorable, menores costes por día en materia de ATyEP –que en su conjunto resultan más caras de subsidiar que las bajas por contingencia común-, con una escasa incidencia sobre el total de la cobertura por esta contingencia y algo mayor en materia de contingencias comunes, espacio en el que mantiene mayor presencia relativa.

Tabla 3. Distribución de los gastos de la IT por contingencias y entidad gestora (2013)

	GASTO IT (MILLONES €)	% SOBRE TOTAL GASTO IT	GASTO POR POBLACIÓN PROTEGIDA (€)	% POBLACION PROTEGIDA SOBRE TOTAL	GASTO POR INCIDENCIA (€)	GASTO POR INCIDENCIA Y POR DÍA (€)	% INDICENCIAS S SOBRE TOTAL
GASTO TOTAL IT	5.465	100,0	175,6	100,0	16.457,4	405,7	100,0
INSS	1.649	30,2	243,0	21,8	19.285,3	409,4	25,8
MUTUAS	3.816	69,8	156,8	78,2	15.529,3	406,9	74,2
GASTO IT POR ATyEP	736	100,0	53,5	100,0	17.659,5	514,0	100,0
INSS	40	5,5	44,5	6,6	25.412,4	453,5	3,8
MUTUAS	695	94,5	54,2	93,4	17.378,5	519,2	96,2
GASTO IT CC	4.729	100,0	272,1	100,0	16.284,9	354,8	100,0
INSS	1.609	34,0	273,7	33,8	19.169,0	408,4	28,9
MUTUAS	3.120	66,0	271,2	66,2	15.169,3	388,2	71,2

FUENTE: Elaboración propia sobre datos TGSS

Aunque el agregado de MCSS forma parte del sistema español de Seguridad Social, el régimen de provisión se realiza en términos competitivos entre las distintas entidades que lo conforman. Ello ha originado un proceso de concentración empresarial del sector en la búsqueda permanente de ganancias de escala entre las principales entidades, auspiciado también desde las Administraciones Públicas competentes. El número actual de Mutuas es el resultado de múltiples procesos de fusión, absorción y disolución, partiendo de las 276 Mutuas que se llegaron a crear desde su momento inicial, en 1901. A comienzos de 2008 quedaban ya solo 20 Mutuas (frente a las 28 existentes en 2005), pero las 6 primeras agrupaban más del 75 por ciento de los servicios proporcionados por el sector. Todos los indicadores parecen señalar la consolidación de este proceso de concentración; en 2014 el número de Mutuas registradas era de 22 y con niveles similares de concentración en los servicios prestados a los alcanzados en 2008.

4. LA EFICIENCIA EN LA GESTIÓN DE LA ITCC

En la actualidad las Mutuas gestionan las ILT de casi las dos terceras partes de la población protegida por contingencias comunes (más de las dos terceras partes), habiéndose hecho cargo del 67 por ciento de los episodios de baja contabilizados. Asimismo la gestión de la ILT por las Mutuas ha experimentado un crecimiento importante en estas cifras respecto a una década anterior (en 2002 abarcaban al 53 por ciento de la población protegida, teniendo a su cargo en aquel momento tan solo el 32 por ciento de las bajas registradas). Los cambios cuantitativos experimentados en la gestión de la ITCC que se han reflejado en el epígrafe anterior, no son ajenos a una cierta percepción social generalizada de una "mejor

gestión" de las mismas por parte de las Mutuas, atendiendo a una cierta "leyenda"[5] que les atribuye, sin cuestionar, como derivada de su carácter semiprivado (aunque en realidad son entidades de derecho público). Vamos a tratar de analizar el fenómeno, para ver lo que de cierto tiene tal "leyenda".

Para evaluar la eficiencia relativa de los organismos gestores de la prestación de la ITCC se estiman las demandas de servicios de ITCC de cada una de estas instituciones y se compara la eficiencia relativa en función del número de días de baja laboral. Según los datos de la tabla 2 anterior, si midiéramos la eficiencia de la prestación del servicio por el número de días de baja por cada episodio de ILT, las Mutuas ofrecerían cifras mas ajustadas en todas las categorías de contingencias y regímenes que gestionan. Aquí nos vamos a limitar a profundizar en los episodios que afectan a las contingencias comunes, que suponen la mayor parte del gasto por ITC.

En España, pocos trabajos evalúan la ITCC y sus diferencias de gestión entre el INSS y las Mutuas. Merece destacarse, sin embargo, un estudio para Cataluña, en el que se muestra una finalización más rápida de los casos de ITCC, de más de 15 días, en las Mutuas que en el INSS (Benavides, et al., 2010). Sin embargo, este estudio advierte, además, que sería preciso investigar los determinantes de la IT para llegar a conclusiones relevantes en este terreno. Ese es, precisamente, el objetivo de este trabajo. Para ello se estima la demanda de ITCC, considerando las características demográficas y laborales de los trabajadores, es decir: edad, género, sectores de actividad, educación, tipo de contrato (García, Herranz y Toharia, 2007) y de jornada laboral.

El indicador de eficiencia que aquí se utiliza, se refiere a la tasa de incidencia o la necesidad de generar un caso de ITCC, y el tiempo medio de baja laboral. Ambos elementos, según Andersen (1978), son el resultado del proceso en el cual la necesidad del trabajador y su decisión de buscar cuidados médicos son atendidas. Constituyen, por lo tanto, la determinación de una demanda por servicios sanitarios que, según los análisis del médico responsable, dan origen a la baja laboral.

La necesidad, sin embargo, es un factor subjetivo. Por un lado, frente a problemas de salud semejantes, sólo una parte de la población busca el servicio médico y la baja laboral (Andersen, 1995). Por otro lado, existen personas que demandan el servicio sin justificaciones claras desde el punto de vista médico. De este modo, las necesidades y la demanda por cuidados médicos no son homogéneas entre personas y tampoco los factores que generan dichas necesidades. Trabajadores de diferentes edades, regiones, sectores de actividad, tiempo o turnos de trabajo e incluso de distintos hábitos de vida y en épocas diferentes del año, debido a que algunas enfermedades presentan un carácter estacional, se ven afectados de modo diferenciado en sus necesidades y solicitan cantidades distintas de tiempo de descanso. El análisis agregado de la ITCC puede, por lo tanto, conducir a resultados sesgados, pues existe una heterogeneidad en los factores que actúan tanto sobre la incidencia como en el tiempo de baja según el grupo de trabajadores cotizantes considerados.

[5] Se utiliza aquí el término "leyenda" para describir la asunción por parte de gran parte de la sociedad de una situación (mayor eficiencia en la gestión de una función económica, la prestación económica por IT) sin que ésta hubiera sido contrastada empíricamente con suficiente evidencia y análisis subsecuente "ad hoc".

De igual modo, cuando se trata de relacionar distintas variables que contribuyen a definir el grado de eficiencia de los gastos en IT en, por ejemplo, distintos países europeos hemos de introducir las cautelas propias de una comparación a este nivel, con fuentes estadísticas dispares e instituciones muy heterogéneas. Con estas precauciones, se observan a tales efectos, al menos, tres evidencias de interés. En primer lugar, la tasa de absentismo por motivos de salud (enfermedad común) en España es baja con respecto a la media europea. En segundo lugar, la tasa de reposición, es decir, el valor de la prestación económica con respecto al salario anterior es relativamente bajo. Y, finalmente también, cuando se incorpora el gasto total del sistema, tanto de las empresas como de la SS, en la prestación en comparación con otras variables macroeconómicas, ya sea con los costes laborales totales de la economía o el Producto Interior Bruto, la resultante es que los gastos en protección económica a la IT son relativamente bajos con respecto a la media europea.

Esta evaluación global del sistema en España no ha mejorado a lo largo del tiempo, lo cual supone una contrariedad con la participación ascendente de las Mutuas a lo largo del periodo. Bien al contrario, la contrastada dificultad para la reducción de la cuantía de la prestación en relación, por ejemplo, al PIB se ha producido en un contexto en el que la mayor parte de los países europeos mejoraban este ratio. En esta tarea han sido discípulos particularmente aventajados aquellos estados miembros de la UE que utilizan anclajes institucionales públicos, muy por encima de los que encargan su gestión a entidades de carácter similar a las Mutuas españolas. En Alemania, pro ejemplo, la reducción de los costes generales del sistema en términos reales y como proporción del gasto total de la SS ha sido más el resultado de políticas eficaces contra el absentismo laboral en general, en el cual sí que cuentan con instrumentos adecuados las Mutuas, que el producto de una mejor gestión de las estas entidades. Por el contrario, la sustancial mejora de la eficacia en Francia ha sido más el resultado de la imposición de mayores controles, circunstancia que se ha producido sin abandonar el carácter público de su gestión mediante funcionarios, que de una reducción del absentismo, que apenas se ha producido[6].

Es interesante contrastar, asimismo, que los datos apuntan a que se produciría un mejor comportamiento en materia de absentismo en aquellos países en los que una misma institución gestionara simultáneamente las prestaciones sanitarias y las económicas, probablemente porque esta situación permitiría un mejor control y seguimiento de los niveles de absentismo.

Así pues, el control de algunas de las características de los individuos ayuda a entender la estructura de la demanda por servicios de salud que generan nuevos casos de ITCC. A este respecto, conviene señalar ya de antemano que, las características demográficas y sociolaborales de los trabajadores cubiertos por los sistemas INSS y Mutuas no son homogéneas. De esta forma, las diferencias en los factores globales de gestión y de financiación de la ITCC pueden no ser el resultado de una gestión y de un control diferenciados, sino que puede estar escondiendo una estructura diferenciada en cuanto a las características de la población asistida o en cuanto al tipo de contingencia específica que se atiende, lo que motiva la necesidad de desarrollar un análisis de las diferencias entre las dos demandas.

[6] Un detallado análisis de la gestión de la IT en diversos países europeos se lleva a cabo en la investigación que sirve de base a este artículo, véase la reseña al mismo en la nota a pie de página 2.

Es habitual que las Mutuas aleguen que su gestión resultaba más eficiente que la realizada por el INSS, en materia de ITCC, apoyándose en el dato de que el gasto medio por cotizante es menor en el primer caso que en el segundo (cosa que en el último año no está tan clara, véase tabla 3). También se argumenta, en este sentido, que los mecanismos actuales no permiten un control efectivo sobre la concurrencia de los dos requisitos inherentes al proceso, es decir, la necesidad de recibir asistencia sanitaria y la imposibilidad de trabajar, lo cual aumenta el número de días de baja laboral (AMAT, 2004).

Sin embargo, es también necesario considerar que las estructuras de las poblaciones protegidas por cada sistema pueden esconder significativas diferencias que influencian de modo distinto la demanda y la intensidad de uso de los servicios médicos. Es, por ejemplo, el caso en que un seguro de salud atiende a una población de edad media más avanzada, donde el número de visitas al médico es considerablemente más elevado. En otras palabras, un sistema de protección de ITCC puede presentar una elevada incidencia de casos porque su grupo de protegidos presenta características que, en sí mismas, aumentan la demanda.

Por ello, se hace preciso tener un conocimiento más detallado de las características de la población asistida en cada sistema, INSS o de MCSS, para llevar a algún tipo de conclusión acerca de la eficiencia relativa de una u otra forma de gestión. En este sentido, un análisis de las diferencias de la incidencia de la ITCC entre estos dos grandes grupos de trabajadores protegidos puede colaborar en la identificación de las diferencias en los costes y en la eficiencia. A estos efectos, se analizan aquí dos de los componentes que interfieren en los costes de las entidades gestoras de ITCC, es decir, la incidencia y la duración de las bajas laborales, intentando caracterizar los factores clave que determinan el uso por parte del trabajador de los servicios de asistencia sanitaria que generan episodios de ITCC. En otras palabras, el análisis está centrado en la incidencia de las diferentes características del trabajador incurso en procesos de baja que se reflejan en los dos aspectos fundamentales de los episodios de ITCC: la necesidad del trabajador en demandar una baja médica y la cantidad de días necesarios para su recuperación y reincorporación a las actividades laborales.

El control de dicha heterogeneidad en los casos de ITCC y del tiempo de baja laboral necesario para la recuperación del individuo, puede ser parcialmente implementado por medio de la consideración de la estructura demográfica y sectorial de los trabajadores protegidos. Entre las características de la población, la edad y el género son dos de las variables más utilizadas como medida de control en los estudios de oferta y demanda de servicios de salud (Van de Ven y Ellis, 2000). A lo largo del ciclo de vida del trabajador, el estado de salud y la predisposición a contraer enfermedades sufren alteraciones, provocando también cambios en la frecuencia de cuidados médicos y en el tiempo de restablecimiento. Del mismo modo, las alteraciones fisiológicas asociadas a la fertilidad son fundamentales en los diferenciales de demanda de los hombres y de las mujeres[7].

Por otro lado, Vistnes (1997), observa que factores como la presencia de niños en el hogar y la renta familiar afectan de modo distinto a la cantidad de días de baja laboral de hombres y de mujeres americanos. Machnes (2006) revela que la demanda de servicios privados de salud es una función de factores como la edad, el nivel de educación, la

[7] Véase a este respecto del análisis demográfico cuantitativo, Preston, Heuveline y Guillot (20011).

condición civil y la profesión de los individuos. Ribeiro (2005) utiliza la edad y el género como variables clave para explicar la demanda de servicios de salud en Brasil, constatando que el número de episodios de baja es creciente con la edad y más frecuente entre las mujeres en edad reproductiva. Tovar y Arias (2005) también observan, para el caso colombiano, que la edad y el género son factores importantes en la determinación de la demanda de servicios sanitarios, además de la región geográfica y factores educacionales.

Para el caso específico de España, Angulo et al. (2007) observan que, entre otros factores, la edad y la nacionalidad española influyen positivamente en la demanda de servicios médicos y en los gastos que dicha demanda genera. También constatan que las mujeres presentan mayor nivel de gastos y que existen significativas diferencias en función de la zona geográfica. Álvarez (2001) observa que los individuos sin estudios tienen una probabilidad de acudir al médico menor que las personas con estudios primarios y que la mayor densidad de médicos por habitante incrementa la demanda. Corrales et al. (2008) encuentran diferencias importantes en la duración de las bajas por accidentes de trabajo entre las Comunidades Autónomas. Hay también evidencias para Aragón que muestran que la edad y la nacionalidad española influyen positivamente en la demanda de servicios médicos y en los gastos que dicha demanda genera. También constatan que las mujeres presentan mayor nivel de gastos y que existen significativas diferencias en función de la zona geográfica (Álvarez, 2001). De modo similar, se observan diferencias importantes en la duración de las bajas por accidentes de trabajo entre las diferentes Comunidades Autónomas (Corrales et al., 2008).

La literatura sobre la decisión y el nivel de uso de los servicios de salud considera dos enfoques generales para estimar las necesidades y la demanda (Trías, 2004). El denominado enfoque tradicional se basa en la teoría del consumidor y argumenta que la demanda de atención sanitaria se determina por un problema de maximización de utilidad del paciente, considerando una función de producción de salud (Grossman, 1972). En dicho modelo, el trabajador toma la decisión de demandar o no la atención médica y la cantidad de servicios sanitarios que necesita. El enfoque de la agencia (Zweifel, 1981), alternativamente, argumenta que el uso de los servicios de salud se determina en dos etapas. En una primera etapa, el paciente toma la decisión de demandar o no el servicio y, en la segunda, una vez accionado el sistema de atención sanitaria, el médico decide el tratamiento o el tiempo de baja. Este es el enfoque utilizado en el estudio que aquí se referencia[8]. Una vez que se conocen los principales determinantes de la ITCC, se estiman los determinantes del número de días de baja.

A partir de la Muestra Continua de Vida Laboral (MCVL) de 2007[9] y de una muestra sobre IT elaborada "ad hoc" por el Ministerio de Trabajo[10], se hace un análisis, desde tres razonamientos distintos, de la protección de las ITCC en España, para el periodo 2005 y

[8] Considerando la literatura empírica existente (Clavero y González, 2005 y Álvarez, 2001), y las características del sistema español de cobertura de la ITCC, se estimó (en la investigación referida en la nota a pié de página 2 la demanda de ésta a partir de un modelo de probabilidad de demandar un servicio. El modelo estima la probabilidad de que un trabajador, con determinadas características, tenga la necesidad de requerir atención médica, a partir de un modelo *probit.* Posteriormente, para la determinación de los días de baja, se utiliza un modelo de *count data*, fundamentado sobre todo en las distribuciones de *Poisson* o *Binomial negative* .Véase estudio referenciado en nota a pie 2.

[9] Véase, para una descripción detallada de esta Encuesta Ministerio de Empleo y Seguridad Social (2007) y Argimón y González (2006).

[10] No se ha podido llevar más allá de este año la elaboración de tal muestra, de ahí que el análisis econométrico no se haya podido reproducir para años posteriores.

2006. Se caracteriza la cobertura de la protección, según sexo, edad, sector de actividad, tipo de contrato y régimen de cotización, tanto para la Mutuas como para el INSS. Se analiza la incidencia de ITCC por ambas instituciones, evaluando los números de casos y el tiempo de la baja, por características personales de los protegidos, sectores de actividad, tipo de contrato y régimen de cotización. Por último, se utiliza un modelo econométrico con el objetivo de estimar la eficiencia del sistema de ITCC en la óptica del modo como los trabajadores entran en el sistema de baja.

Con relación a la protección de ITCC, las Mutuas abarcan el 53,5 por ciento de las relaciones de trabajo protegidas frente al 43,7 por ciento del INSS; el 2,9 por ciento de las relaciones laborales no tendrían protección de ITCC. Por género, las Mutuas poseen una concentración más elevada de hombres, cuando se compara con la composición de las relaciones laborales gestionadas por el INSS. En cuanto a la estructura de edades, las Mutuas mantienen una edad media menor para los trabajadores protegidos respecto a la correspondiente al colectivo gestionado por el INSS, tanto entre los hombres como entre las mujeres (dentro del INSS la edad media de los hombres es de 38,5 años, mujeres 37,8 años y la total de 38,1 años; de la Mutuas es de 35,9 para los varones, 34,5 para las mujeres y de 35,3 para el total de la población). Además, las diferencias de edad son más acentuadas en la cobertura de la ITCC cuando se comparan por tramos de edad: la población más joven, hasta los 42 años, está atendida principalmente por las Mutuas, mientras que a partir de esta edad se observa una inversión en la cobertura a favor del INSS.

Por tipo de contrato, se observa que el INSS tiene una presencia más significativa en los contratos de trabajo temporal a tiempo completo; por otra parte, en la Mutuas predominan las relaciones de trabajo con contratos fijo, tanto de jornada parcial como a jornada completa, así como en los contratos temporales a tiempo parcial.

Por sector de actividad, las Mutuas protegen por ITCC mayoritariamente las relaciones laborales de los sectores de la industria, construcción y comercio, con un porcentaje superior al 68 por ciento; para el sector agrícola, más del 90 por ciento de los trabajadores están protegidos por el INSS. Utilizando la clasificación CNAE 93 se puede constar una sobre representación del INSS en los sectores de agricultura y pesca, con un 90,8 por ciento de los contratos. La participación del INSS también es destacable en la Administración Pública y Defensa, además de las actividades sanitarias, veterinarias y servicio social. Las Mutuas tienen principal representación dentro del sector de industrias manufactureras diversas, en la industria del cuero y calzado y en la industria de la madera. Los sectores más equitativos en términos de distribución de los contratos entre las Mutuas y el INSS son la industria extractiva, el de educación y los servicios al hogar.

Considerando ahora las características de la protección únicamente de los trabajadores ocupados en noviembre de 2006, para obtener las del trabajador tipo, según género y de acuerdo con el tipo de entidad gestora de la ITCC, las Mutuas administran el 56 por ciento de la cobertura de ITCC y abarcan casi un 60 por ciento de los varones. La distribución por edad es semejante a la del análisis anterior por relaciones laborales, es decir, los individuos protegidos contra ITCC tienen una edad media 3,6 años inferior en las Mutuas (38,6 años) que el en INSS (42,2 años). Además, el 75 por ciento de los trabajadores menores de 40 años se encuentran protegidos por las Mutuas, mientras que el INSS absorbe la cobertura de los trabajadores de mayor edad (a partir de los 52 años de edad es el INSS el que protege a un mayor número de trabajadores).

Por sectores de actividad, la distribución de la protección revela que los sectores de agricultura y de servicios son los que presentan el mayor porcentaje de trabajadores cubiertos por el INSS, mientras los trabajadores de la construcción civil y las actividades de comercio concentran su cobertura de ITCC en la gestión de las Mutuas. Utilizando la clasificación CNAE93, el INSS es el principal gestor de ITCC en sólo los sectores de actividades públicas, de seguridad y en las actividades de agricultura.

Con relación a la incidencia y a la duración de los procesos de ITCC, la muestra revela que existe una mayor tasa de incidencia entre los protegidos del INSS que en el de las Mutuas, en el total, por género, por tipo de contrato y por sectores de actividad, tanto cuando se refiere a la incidencia total como a la subsidiada; aunque la diferencia entre ambas instituciones disminuye sensiblemente cuando se refiere solo a los días subsidiados. Es decir, la tasa media de incidencia ha sido, en 2006, de 28,3 por mil en el caso del INSS, mientras en el caso de las Mutuas ha sido de 17,5 por mil; sin embargo, cuando se consideran solo los casos subsidiados, la diferencia disminuye para solo 3,4 punto por mil, derivado de una tasa de 12,7 por mil en el INSS y de 9,3 por mil en las Mutuas. Esa diferencia se explicaría especialmente por la incidencia subsidiada para las mujeres, que es de 5,1 puntos por mil, mientras que entre los varones la diferencia se reduce a solo 1,9 puntos por mil.

Cuando se analiza la distribución de frecuencia de días de baja de los procesos gestionados en los dos años estudiados, se constata una concentración en los procesos de corta duración, hasta 15 días. Pese a presentar una distribución muy similar, las Mutuas gestionan procesos de duración media más elevada, reflejando también la cantidad más elevada de días subsidiados, principalmente entre los trabajadores autónomos. Considerando exclusivamente a los trabajadores que generan casos de ITCC, se observa una reincidencia más elevada entre los trabajadores gestionados por el INSS. En media, cada trabajador que solicita una baja médica por el INSS, lo hace 1,58 veces, mientras entre los que solicitan en la gestión de las Mutuas, generan 1,41 procesos en media. Esta diferencia entre una y otra forma de gestión es más acentuada dentro del Régimen General.

También se ha investigado sobre los casos en los que el protegido ha cambiado de institución protectora durante los dos años estudiados. Se observa que cuando los trabajadores tienen una edad más elevada la dirección del cambio se produce hacia el INSS. Este hecho es consistente con la distribución de la gestión de ITCC en función de la edad. Además, se observa también que han cambiado hacia el INSS los trabajadores que presentan una duración total de sus procesos más elevada. Sin embargo, las Mutuas han recibido trabajadores que han cobrado la prestación por IL una media superior de días.

La última parte de este análisis utiliza la econometría para estimar los determinantes de la ITCC, tanto en términos de probabilidad de un caso de baja laboral por ITCC como el número de días de baja. Las variables explicativas son la edad, el sexo, la educación, el sector de actividad, el tipo de jornada laboral, el tipo de contracto y el tamaño del centro de trabajo.

La estimación de un modelo *probit* de la probabilidad de que un trabajador tipo presente un caso de ITCC a lo largo de 2006 confirma que entre los contratos gestionados por el INSS existe una probabilidad más elevada de casos de baja laboral por motivos médicos. En media, un trabajador tipo con contrato temporal tiene un 26 por ciento de probabilidad de iniciar un episodio de ITCC bajo la administración del INSS y un 17 por ciento bajo la gestión de alguna

Mutua Patronal. Entre los trabajadores con contrato temporal, dichas probabilidades de un 5 por ciento y un 8 por ciento respectivamente para INSS y Mutuas, mientras los trabajadores autónomos presentan probabilidades de 11 por ciento y 15 por ciento.

Esta diferencia de probabilidad de un caso de ITCC estaría explicada por la presencia de trabajadores de más edad entre los protegidos por el INSS. Otro factor importante es la distribución sectorial, donde la concentración de las actividades de administración pública en el INSS eleva las diferencias entre los dos sistemas de gestión de ITCC.

Con relación a la determinación del número de días de baja, se estima que los principales factores que aumentan los días de baja en un trabajador tipo son la edad, las mujeres y el tamaño del centro de trabajo. Cuando se considera la entidad gestora, se estima que los casos de ITCC gestionados por el INSS tienen una menor duración (45 días) que los de las Mutuas (47 días). También se constata que los procesos administrados por el INSS tienen una probabilidad inferior de generar costes al sistema, es decir, de un 55 por ciento de que un caso superar los 15 días de baja en el INSS y de un 58 por ciento entre las Mutuas.

Por lo tanto, no parece que sea, en primera instancia, la relación ingresos-gastos en la gestión de la ITCC la que explica la mayor o menor eficiencia en su gestión, ni el que haya una tendencia a que las MCSS incrementen, en los últimos años, el número de trabajadores cuya gestión de ITCC cubren, la población protegida, sino que serían otros factores ajenos al análisis espurio de ingresos-gastos. Con la información disponible no resulta factible demostrar que la MCSS realizan la prestación de ITCC para un mismo individuo tipo con menores costes que el INSS por razones atribuibles a una posible mejor gestión empresarial; lo que sería debido a una combinación de la probabilidad de baja de cada individuo protegido y de la duración del periodo subsidiado en la baja, que diera como resultado un coste menor. Como se ha mostrado en los resultados de los modelos desarrollados; con los datos analizados y para el período considerado no es posible demostrar una diferencia significativa en la eficiencia en la gestión de la ITCC que realizan ambas entidades.

En esta línea argumental, cabe establecer una hipótesis alternativa sobre de la existencia de un principio de selección adversa para el INNS, en tanto que las MCSS, compitiendo entre ellas, podrían tratar de seleccionar a las empresas con menores niveles de absentismo y/o duración de los procesos de baja, atendiendo a las características propias de la empresa (tamaño, sector, etc.) y a las de los trabajadores en ella ocupados (edad, sexo, nivel educativo, cualificación, etc.). Esto convertiría al INNS en el destinatario, residual, de los "malos" a efectos del gasto en ITCC. No quiere decir esto que la información sea asimétrica a estos efectos entre el INSS y las MCSS, sino que la praxis de selección la ejercerían estas últimas y no el primero; eso sí, serían los usuarios del sistema de protección, las empresas las que no gozarían del mismo nivel de información que las instituciones gestoras y, por tanto, su decisión de afiliación a una u otra entidad podría estar condicionada por factores inducidos por la entidad que practica actuaciones de selección adversa. Esto podría llevarse a cabo a pesar de que la normativa vigente no admite que una entidad gestora rechace la adscripción de una empresa que solicita vincularse a efectos de la ITCC (siempre que la entidad también le gestione la prestación por ITAEP). Si esto fuera así, se explicaría el hecho de que los datos reflejen un coste medio inferior por episodio de baja en el caso de las MCSS, respecto al INNS, en media, lo que no refleja, por tanto diferencias en los resultados de la gestión, sino diferentes estructuras en la población empresarial protegida

De ser cierto lo apuntado en el párrafo anterior, la hipotética situación de competencia en el sector no sería tal, en tanto que los elementos para competir no son identificables, sino que estaríamos hablando de mercados con información asimétrica entre tomadores y prestadores del seguro y prácticas colusivas entre los prestadores, con situaciones de asimetría en su praxis.

5. RESULTADOS

Este trabajo ha tratado de contribuir al debate sobre la gestión de la ITCC en España, presentando evidencias acerca de los determinantes de las diferencias en la gestión de entidades del sistema de ITCC en España. Aunque la evidencia existente en la literatura parece mostrar una menor eficiencia del INSS, gran parte de esa diferencia se debe a la heterogeneidad de las poblaciones protegidas en el INSS y las Mutuas.

No obstante el proceso de fuerte expansión de la cobertura por parte de las Mutuas de la IC en general y de la ITCC en particular, ha ido cambiando el perfil de tales signos de mayor eficiencia en la gestión. La incorporación al ámbito de gestión de las mutuas de sectores y empresas con mayores niveles de absentismo iría en detrimento de esa percepción de bondad en la gestión empresarial de tales prestaciones económicas. No obstante, los resultados obtenidos para finales de la pasada década, acerca de cómo enfocar el análisis de la gestión en este tipo de prestaciones, siguen siendo válidos en los momentos actuales; lo que ha ido cambiando, al compás de dicha expansión es el perfil sociosanitario de la población protegida por dichas entidades y, por tanto, se han ido elevando los costes de su atención, como muestran los datos más recientes.

Así, cuando se compara un trabajador tipo, homogéneo, con las mismas características, tanto el número de días de baja esperado como la probabilidad de que la ITCC supere los 15 días, se muestra estadísticamente inferior para el INSS. En consecuencia, cualquier evaluación de la eficiencia de ambas instituciones debe tener en cuenta, no sólo la tasa de incidencia y los días medios de baja, sino también las características demográficas-laborales de la población protegida por cada una de las instituciones gestoras de la ITCC en España.

La conclusión es sumamente relevante pues pone en cuestión la extendida creencia, en el ámbito de las Administraciones Públicas, pero también en el académico, de que la Mutuas gestionan con mayor eficiencia esta prestación del sistema de la Seguridad Social, cuando lo que está ocurriendo es que las características de la población cotizante atendida por ambas entidades difiere sustancialmente. Ello abre pie a un debate que lleva detrás una polémica intensa, la posibilidad de realizar prácticas de selección adversas, cuando la regulación lo permite, buscando los cotizantes cuyo perfil defina una menor probabilidad de iniciar episodios de ITTC.

No obstante a la vista de los datos más recientes, las posibles diferencias en el nivel de eficiencia en la gestión que se derivarían de ratios globales, como el número de días de baja por episodio o incluso el coste medio del día de baja, no avalan ya de manera inmediata la tesis favorable a las Mutuas. El avance de éstas en cuanto al grado de cobertura de la ITCC que gestionan está homogeneizando las características de las poblaciones atendidas con relación al INNS, lo que cercena paulatinamente el menor gasto por baja o por día de baja e incluso las diferencias en cuanto a los días de baja medios.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álvarez, Begoña (2001). "La demanda atendida de consultas médicas y servicios urgentes en España", *Investigaciones Económicas*, XXV(1), 93-138.

AMAT – Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (2004). *Las mutuas de accidentes de trabajo y la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes*. Disponible en http://www.amat.es/Ficheros/15077.pdf

Andersen, Ronald (1978). "Health status indices and access to medical care", *American Journal of Health*, 68(5), 458-463.

Andersen, Ronald M. (1995). "Revisiting the behavioral model and access to medical care: does it matter?", *Journal of Health Social Behaviour*, 36: 1-10.

Angulo, Ana María et al. (2007). "Los determinantes sociodemográficos del gasto sanitario. Análisis con microdatos individuales". *Fundación de las Cajas de Ahorros*. Documento de Trabajo n. 333/2007.

Argimón, Isabel y González, Clara Isabel (2006). "La muestra continua de vidas laborales de la Seguridad Social", *Boletín Económico*, Banco de España, nº5, 39-54.

Armendáriz Pérez-Fraile (1989). "Problemas centrales de la sociología en torno a la salud pública", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 46, 141-164

Benavides, Fernando G. et al. (2010). "Evaluación de la gestión de los casos de incapacidad temporal por contingencia común de más de 15 días en Cataluña", *Gaceta Sanitaria*, vol. 24, nº 3, 215-219.

Cameron, A. Colin &Trivedi, Pravin K. (2005). *Microeconometrics: methods and applications*. Cambridge: Cambridge University Press.

Clavero, Antonio y González, Mª Luz (2005). "Una revisión de modelos econométricos aplicados al análisis de demanda y utilización de servicios sanitarios", *Hacienda Pública Española / Revista de Economía Pública*, Instituto de Estudios Fiscales, 173(2), 129-162.

Corrales, Helena; Martín Román, Ángel L. y Moral De Blas, Alfonso (2008). "La duración de las bajas por accidente laboral en España: ¿Se justifican las diferencias entre comunidades autónomas?", *Revista de Economía Laboral*, Universidad de Oviedo, 5 (1), 73-98.

García, Carlos; Herranz, Virginia y Toharia, Luis (2007). "Análisis de las siniestralidad en el mercado de trabajo español con especial referencia al caso de las empresas de trabajo temporal", *Jornadas FEDEA de Usuarios de la Muestra Continua de Vidas Laborales*.

Gordon, Margaret S. (1988). *Social security policies in industrial countries*, Cambridge U.P. Cambridge.

Grossman, Michael (1972). "The demand for Health: a theoretical and empirical investigation", *National Bureau of Economic Research*, Columbia University Press.

Machnes, Y. (2006). "The demand for private health care under national health insurance: the case of the self-employed", *European Journal of Health Economics*, 7, Issue 4, 265-269.

Ministerio de Empleo y Seguridad Social (2007), *La muestra continua de vidas laborales. Descripción general* [consultado el 28/02/2015] Disponible en http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/190306.pdf

Ministerio de Empleo y Seguridad Social (2013). *Estadísticas de Contingencias Comunes – Duración Media e incidencia* [consultado el 28/02/2015]. Disponible en: http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Incapacidad_Temporal/Incapacidadtemporal/index.htm

Panizo Robles, José Antonio (2015): "La reforma del régimen jurídico de las mutuas: otra ocasión perdida", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 1º trimestre, 19-44.

Preston, Samuel H.; Heuveline, Patrick y Guillot, Michel (2001). *Demography – measuring and modelling population processes*, Oxford: Blackwell Publishers.

Ribeiro, Mirian M. (2005). *Utilização de serviços de saúde no Brasil: uma investigação do padrão etário por sexo e cobertura por plano de saúde*, Belo Horizonte: CEDEPLAR.

Trías, Julieta (2004). "Determinantes de la Utilización de los Servicios de Salud: El Caso de los Niños en la Argentina". *Centro de Estudios Distributivos, Laborales y Sociales*, Universidad de La Plata, Buenos Aires. Documento de Trabajo nº 9.

Vistnes, Jessica P. (1997). "Gender differences in days lost from work due to illness", *Industrial and Labor Relations Review*, 50 (2), 304-323.

Zweifel, Peter (1981). "Supplier-induced demand in a model of physician behavior", en Van der Gaag, Jacques y Perlman, Mark (eds.), *Health, Economics, and Health Economics*, Amsterdam: North Holland, 245-267.

Clásicos de la Seguridad Social

Laborum

"Álvaro López Nuñez" (1865-1936)

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. ELEMENTOS DE UNA BIOGRAFÍA INTELECTUAL.

Álvaro López Nuñez (nacido en León, el 2 de junio de 1865, y fallecido en Madrid, el 30 de septiembre de 1936), fue ante todo un reformador social comprometido con la instauración de los seguros sociales (puede considerarse como una de los fundadores de nuestro sistema de previsión social) desde la ideología del catolicismo social y la propuesta de la democracia cristiana. Al servicio de esta labor orientó su actividad como periodista (firmaba frecuentemente con varios seudónimos), escritor y académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (16 de diciembre de 1919). Se licenció en Filosofía y Letras en la Universidad de Salamanca. Se trasladó con su familia a Madrid y compaginó una doble actividad en materia de seguros –llegando a ser Secretario de la Sociedad "La Mundial", realizando diversas publicaciones en la materia antes de la misma creación del Instituto Nacional de Previsión (INP)– y como representante en España de la Editorial Benziger de Einsiedeln de Suiza. Esta editorial sería la que acogería algunas de las publicaciones de sus obras literarias (narraciones, cuentos y traducciones). Fue discípulo de José Muluquer y Salvador (como reconoce el mismo en LÓPEZ NUÑEZ,A., *Ideario de previsión social,* Madrid, Publicaciones del INP, 1943, p.7). Ejerció una influyente actividad docente como Profesor de la Escuela Social de Madrid, adscrita al Ministerio de Trabajo (y Comercio e Industria, en la denominación realizada durante la Dictadura de Primo de Rivera, en 1922). Bajo la dirección del General José Marvá y Mayer, tuvo un papel destacado en la instauración y la consolidación del sistema de Inspección del Trabajo en nuestro país. Desempeño la Subinspección general de Trabajo, en el período de la Dictadura de Primo de Rivera.

Las publicaciones de carácter más científico en materia de seguros, ante todo, se realizarían en el marco de los servicios de publicaciones del Instituto de Reformas Sociales (creado a iniciativa de José Canalejas, y en el que trabajó con Maluquer y Salvador –del cual siempre se consideró discípulo–, Gumersindo de Azcárate, Adolfo Posada, Adolfo Buylla, Pedro de Sangro y Ros de Olano, y Severino Aznar entre otras personalidades del reformismo plural presente en dicha institución) y el Instituto Nacional de Previsión (donde, como brazo derecho de José Maluquer y Salvador, prepararía el proyecto de Ley de 27 de febrero de 1908, creadora del Instituto Nacional de Previsión, en el cual se integró y participó activamente hasta su muerte). En el INP asumió los cargos de Jefe de Publicidad, Administración de la Caja General de Pensiones y Subdirector del Instituto. Dirigió, además, el "Boletín del Instituto Nacional de Previsión". Ello le permitió intervenir en la preparación de las primeras leyes laborales y de protección social. Dentro de su doble labor como propagandista social y escritor, cabe destacar su condición de fundador de "La Lectura

Dominial" y también fue redactor fundador del periódico católico "El Universo" (1899), junto con Rufino Blanco Sánchez y el grupo político del catolicismo conservador organizado alrededor del Marqués de Comillas y Juan Manuel Ortí y Lara. El 16 de diciembre de 1919 sería elegido Académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, tomando posesión el 6 de junio de 1920. El discurso de ingreso, al tiempo una de sus obras más importante, versó sobre *El ideario de previsión social*, con contestación de Eduardo San y Escartín, conde de Lizárraga y uno de los artífices del catolicismo social conservador. López Nuñez se había casado joven –a los veinte años– con la poetisa Carolina Valencia Castañeda (1860-1954), con la que le unía el interés por la literatura. Ejerció una importante labor docente, tanto en la enseñanza privada como en la pública (Escuela Social de Madrid, sobre previsión y seguros sociales en España). En su amplia labor docente, difusora y científica tuvo numerosos discípulos (entre ellos destaca con luz propia Luís Jordana de Pozas).

Su ideario es el propio del catolicismo social, y como hombre de acción participó en la creación como cofundador del "Grupo de la Democracia Cristiana" (1919), junto con otros católicos sociales –por entonces progresistas dentro de la corriente del catolicismo social– como Severino Aznar, Inocencio Jiménez y Maximiliano Arboleya Martínez. En dicho Grupo ocupó el cargo de Censor. Había trabajo en el Instituto de Reformas Sociales y contribuyó a crear, junto con su Maestro José Maluquer y Salvador (su verdadero artífice) y Eduardo Dato, el Instituto Nacional de Previsión en 1908. Dada su implicación y compromiso con la reforma social no sólo intervino activamente en el IRS y el INP, sino que también participó en actividades internacionales relativas al reformismo social y a la mejora de las condiciones de vida de las clases trabajadores (participó en numerosos Congreso e Instituciones Internacionales, como los celebrados por la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores –Álvaro López Nuñez llegó a ser una los miembros del Consejo Directivo de la Sección Española de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores–, los Congresos de Política Social y las Conferencias Internacionales del Trabajo y sobre seguros sociales obligatorios). En el IRS desplegó una importante labor, y fue Secretario del mismo, permaneciendo en él hasta su disolución ("refundición" en lenguaje oficial, elusivo) impuesta en 1924 por el régimen de la Dictadura, siendo absorbido en el Ministerio de Trabajo; también algunos de sus personalidades más significativas (La Real Orden de 16 de junio de 1924, Gaceta de 20 de junio, relaciona el personal del IRS que pasa a integrarse en el Ministerio de Trabajo). Durante Dictadura del General Primo de Rivera formó parte de la Asamblea General, siendo un de los muchos integrantes del IRS y del INP que continuaría su labor bajo el nuevo régimen autoritario, a pesar de que durante la misma se alcanzase nada más una retórica expansión de los seguros sociales obligatorios, pues el avance de estos fue realmente modesto, primándose más los instrumentos asistenciales de protección social. De este modo se hizo desaparecer un organismo que había mostrado sus mayores frutos durante veinte años, rompiéndose con ese espacio de encuentro político y social. Con un planteamiento distinto y complaciente se afirmó que todavía funcionando el IRS, "un buen día los que pertenecíamos a él nos vimos sorprendidos con la incorporación al nuevo organismo (el Ministerio de Trabajo), hábilmente realizada por D. Eduardo Aunós, y convertidos de la noche a la mañana, sin pensarlo, en verdaderos funcionarios del Estado. Los que no pudieron incorporarse, por figurar en otro escalón o por otra causa, pasaron a un organismo especial y que, por cierto, dio excelentes resultados: me refiero al Consejo de Trabajo, continuador, en cierto modo, de la obra del IRS en su primera fase de estudio e información" (MARTÍN-GRANIZO, L.: *El Instituto de Reformas Sociales y sus hombres*, Madrid, Impr. F.Domenech, 1947, p.29).

López Nuñez fue subdirector de la Inspección de Trabajo hasta 1935 en que se jubiló. Perteneció, igualmente, al Consejo Superior de Protección a la Infancia, al de Instrucción Pública y al Comité Permanente Internacional de los Seguros Sociales. Representaría a España en diversos congreso internacionales sobre materias sociolaborales: los celebrados por la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores, los Congresos de Política Social y las Conferencias Internacionales de Trabajo, en cuyos debate intervino frecuentemente. Creía en la virtualidad de las reformas graduales para construir un futuro mejor con base a un ideal de organización cristiana solidaria de reafirmación de la justicia social. Creía en las políticas de concertación social y diálogo socipolítico: "Precisamente –afirmó–, en haber sido la reforma social de España obra de muchos está su más alta calificación. Porque esta obra no es de este ni del otro régimen, ni de uno u otro partido, ni de esta o de aquella escuela: la reforma social ha sido el denominador común de todos los programas de gobierno. Proyectos de ley ha habido, como el de Previsión, por ejemplo, que presentado primeramente a unas Cortes liberales fue aprobado por unas Cortes conservadoras. *En esta continuidad está la eficacia de la política social de nuestro país, y esto nos lo envidian en el extranjero"* (*Veinte años de legislación social*, Madrid, Juan Ortiz editor, 1928, p.48). Su vida estuvo dedicada ante todo a la acción social y a la organización de los seguros sociales en España, hasta su muerte el 30 de septiembre de 1936, fusilado, junto a su hija Esther en las tapias del cementerio de La Almudena, al comienzo de la Guerra Civil (en la zona republicana).

Pero, aparte de la preocupación por los seguros sociales y, dentro de ellos, por el seguro de vejez, López Nuñez se ocupó de los problemas de la infancia y de las personas con discapacidad, especialmente de sordomudos, los ciegos e inválidos (su sensibilidad social, ya innata, se acentúo por el hecho de que una de sus hijas era discapacitada). Se ocupó de los seguros infantiles y también de articular un conjunto de medidas de política social coherente. Por ello sería nombrado Secretario del Patronato de niñas ciegas, Presidente de la Asociación de Sordomudos de Madrid o del Patronato de Sordomudos, Ciegos y Anormales, que él había fundado, o desde la Comisaría Regia del Colegio Nacional de Sordomudos y Ciegos, que ocupó en 1925. Fundaría y presidiría igualmente el Patronato de Jóvenes Abandonados y el Tribunal Tutelar de Menores de Madrid, Consejo Superior de Instrucción Pública, Consejo Superior de Emigración, Junta Directiva de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores, Comité Internacional de Seguros Sociales, etcétera. Desde finales del siglo XIX y durante todo el tercio del siglo veinte la situación de la infancia era realmente preocupante, debido a las deficiencias de atención sanitaria, falta de alimentación y formación, utilización del trabajo de los menores en las fábricas y en la minas, etc. Un impulso institucional para atenuar esta deficitaria situación de la infancia lo proporciono la Ley de Protección a la Infancia, de 12 de agosto de 1904, inspirada en la francesa de 1874, desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto del 22 de enero de 1908. Estas necesidades no podían ser atendidas por familias pobres. Sobre todo ello desplegaría una amplia actividad investigadora, reflejada en varios libros importantes y, en no pocos aspectos, pioneros en esta materia de intervención social y orientación pedagógica. Pero, es de señalar, que se proyectó, en una intensa acción institucional y de iniciativa legislativa en el marco del IRS (no se olvide que tras participar en el Proyecto frustrado de creación del Instituto del Trabajo a invitación de José Canalejas –aunque sin duda la elaboración de dicho Proyecto fue obra mayormente del liberalismo social krausista (Adolfo Álvarez Buylla, Adolfo Posada, Luís Morote)– desde la misma fecha de su creación, en 1904, López Nuñez ingresó en el IRS, y que éste tenía la misión de afrontar la solución de la cuestión social) y de otras instituciones públicas y privadas.

2. PENSAMIENTO SOCIAL Y POLÍTICO-JURÍDICO.

La fuente de inspiración fundamental de López Nuñez fue la doctrina social de la Iglesia. Ésta es la que le llevó a su compromiso con la reforma social y con la protección de las personas más débiles. En esa lógica su catolicismo social se traduciría al tiempo el compromiso político activo a través de la fundación del Grupo de la Democracia Cristiana. A partir de ahí el doble compromiso social y político caminarían juntos en su vida.

(A). En la perspectiva social, destaca su labor en materia de previsión social, la cual le permitió afrontar –junto a su Maestro Maluquer y Salvador– la atención de las personas más desfavorecidas y necesitadas (niños, personas en situación de pobreza, ancianos, etc.). Son muy relevantes y numerosas las publicaciones que hiciera sobre esta materia en el *Boletín del Instituto de Reformas Sociales,* los *Anales del Instituto Nacional de Previsión* y los *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas,* aparte de las realizadas en otras revistas más generalistas. Su labor en la acción social cristalizó en obras técnicas de gran calidad, como *Cristo y los Obreros (1897), Sinopsis para un estudio de la institución del seguro (1906), El seguro en España (1908), La Protección a la Infancia en España (1908), El régimen de transición entre el seguro libre y el seguro obligatorio (1910), Ensayo de un Vocabulario Social (1911), Ideas pedagógicas sobre Previsión (1912), Protección de los ciegos pobres (1912), Concepto y organización de la Mutualidad Escolar (1912), Lecciones Elementales de Previsión (1913), El mundo del silencio. Vulgarización de los Problemas de la sordomudez (1914), Reglas de Protección a los niños anormales (1914), Relaciones entre la higiene y la previsión (1915), Juventud y Previsión (1914), Concepto y organización de la Mutualidad escolar (1915), Los derechos del sordomudo (1916), El Seguro social de vejez (1917), Función social de la Mutualidad escolar (1918), Ideario de Previsión Social (1920), El seguro de vejez e invalidez en los campos (1919), Filandro: diálogo de la inhibición (1921), Los Cotos sociales de Previsión (1923), Elogio de Federico H. Shaw (1924), Influencia de la legislación social en la familia (1927), La Previsión en la Escuela (1928), Veinte Años de Legislación Social (1928), EL Código Social de Malinas. Exposición y Comentario (1928), Previsión y Seguros Sociales (1929), Las obras de Previsión en relación la Beneficencia (1930), La ideología de Maluquer (1932), Previsión Infantil (que reúne diversas conferencias, discursos y estudios varios; 1934),* y un largo etcétera.

Con todo, él pretendía superar la exclusiva atención a la "idea individual" del individualismo liberal y enriquecerla con la "idea social" traducida en términos de solidaridad y justicia social en el campo de la previsión y, en general, de la acción social. Estuvo particularmente implicado en la instauración de los seguros obligatorios de vejez, y en la Mutualidades y Costos Sociales Escolares. Era necesario hacer frente a la imprevisión social y para ello se precisaba de la generalización del instrumento del seguro social obligatorio (que permitía una anticipación de los riesgos y atender previamente a su cobertura pública) y de la utilización por la sociedad civil de los mutualidades, cotos sociales (asociación de personas que unen sus esfuerzo en un trabajo o actividad común para obtener recursos con que pagar la cuota de una pensión de vejez o de otro de los seguros llamados sociales que son los que proponen cubrir los riesgos que amenazan al trabajador) y el Cotos escolares (singular modalidad de coto social cuyos asociados son niños en período de educación). Desde la aceptación de los presupuestos ideológicos de la doctrina social de la Iglesia, López Nuñez defendió, inicialmente en la primera etapa de la actividad del INP, el intervencionismo público en los problemas sociales, pero respetando el principio de

subsidiariedad. Precisamente, el INP se creó, en su origen, con base al respeto del principio de libertad subsidiada. La experiencia –en el desarrollo de la actividad previsora fomentada por el INP– mostraría las limitaciones intrínsecas de dicho principio aplicado a la previsión social. De ahí el cambio de orientación que se operó en su pensamiento, al defender después resueltamente el seguro social obligatorio. Piensa López Nuñez, dentro de su filosofía de regeneración social, que "la masa no es previsora, sino consumidora. El seguro voluntario, libre o facultativo, con todo su valor moral, es, pues, insuficiente para cubrir los riesgos inherentes a la condición del trabajador. Hay que recurrir al seguro obligatorio, extendiendo a las muchedumbres asalariadas los beneficios que hoy son patrocinio de una minoría previsora. La Previsión es una disciplina social necesaria a los pueblos. Si por desmayo de la voluntad, o por miopía de la inteligencia, los individuos no la cultivan, es misión del Estado el imponerla, como se impone la higiene o la enseñanza. El excesivo culto a la libertad individual ha llegado, en este punto, a proclamar como un derecho de la personalidad humana el derecho a la imprevisión. Los que tal piensan no comprenden el concepto nuevo de libertad individual, limitado cada día más por motivos de conveniencia colectiva. Mucho vale el individuo, pero mucho más vale la colectividad, sin la cual el individuo no podría vivir. Ante la conciencia moderna se presenta hoy el individuo, no como un átomo disgregado del consorcio social, sino como un elemento de vida compleja que en la colectividad tiene, por natural reflejo, toda su eficacia; las fuerzas intercurrentes del individuo sobre la sociedad, y de la sociedad sobre el individuo, forman esa solidaridad o fraternidad universal, que es la sazón suprema del progreso humano. Así restringida a justos límites la libertad, bien puede afirmarse que no existe tal derecho a la imprevisión, porque nadie tiene derecho a hacerse desgraciado, contribuyendo con la suya a la desgracia de los demás" (López Nuñez, A., *Régimen de transición entre el Seguro libre y el Seguro obligatorio,* Madrid, 1910, y en *Anales del INP,* Madrid, 1926).

Hace notar el propio López Nuñez que ya nadie discute el seguro obligatorio, especialmente a partir del Congreso Internacional de Seguros Sociales celebrado en Roma en 1908. Desde entonces, ya nadie serio y bien informado volvió a defender el seguro libre en el campo social (*Ideario de previsión social* (1924), cit.,Cap.V, pp.583 y ss., en particular pp.584-585). En esta dirección de pensamiento crítico, acepta la doctrina del derecho objetivo y social de León Duguit, aunque prescindiendo de su vestimenta positivista, y aun determinista. Por un camino distinto, se puede realzar a través del "el espíritu cristiano la idea de función social de los que hasta ahora se habían llamado derechos, satisface plenamente las exigencias de la verdad y facilita el cumplimiento de la justicia; y así como la hemos visto aplicada al derecho de propiedad socializando los fines de la riqueza, del mismo modo queda plenamente justificada cuando se aplica a las enseñanzas, a la salud, a la soberanía política y a otras formas de la actividad humana, absolutamente indispensables para el bienestar de la colectividad". En estas coordenadas, piensa que "la previsión es una función social, porque sin ella sería imposible la vida colectiva… Siendo, pues, la previsión una función social, es inevitable su cumplimiento por parte de todos, y la sociedad unificada, o sea el Estado, ha de procurar, por cuantos medios tenga a su alcance, facilitar este cumplimiento y evitar su abandono… No se fuerza, pues, la libertad humana obligando a los hombres al cumplimiento de estas funciones sociales; antes bien, lo que se hace, con esta coacción, es mantener a la voluntad en la esfera de su racional ejercicio, y evitar que, por circunstancias fortuitas y apartadas del recto camino, permanezca excéntrica al orden moral, sin el que sería imposible que el hombre cumpliera su misión providencial en el mundo". Por otra parte, "este mismo concepto de función social, aplicado a la práctica de la previsión,

explica la necesidad que se ha sentido de ensanchar los antiguos moldes del Derecho civil para dar cabida en él a las nuevas relaciones jurídicas que la moderna vida social ha creado". La legislación social corrige el individualismo que preside al Derecho civil, y en particular, "en la zona de la previsión, este injerto del Derecho social en el Derecho civil, para humanizarle y cristianizarle, ha sido más vigoroso y, por lo tanto, más fecundo" (Ibid.,pp.586-589). También "cristianiza" la concepción esencialmente laica y republicana del solidarismo social y su proyección en el campo de la previsión social y reclama la internacionalización del derecho social en el Tratado de Paz de Versalles: "La paz social sólo puede fundarse sobre la base de la justicia social"; y apunta que "la técnica especial de la previsión se conforma admirablemente con este elevado concepto de la solidaridad humana, porque si hay alguna institución económica verdaderamente cosmopolita, es el seguro". De ahí su apuesta, coincidiendo con José Maluquer, por la creación de una Unión Internacional del Seguro (véase *Ideario de previsión social*, cit., espec, cap. VII, pp. 615 y ss.). Para León Bourgeois, "la interdependencia de los diversos riesgos sociales es tan absoluta, que la previsión social no alcanza su objeto y su fin más que a condición de hacerse ella misma internacional, universal" (*La organización internacional de la previsión social*, traducción y notas de Pedro de Sangro y Ros de Olano, Madrid, 1916) (la cita en López Nuñez, Á., *Ideario de previsión social*, cit., p.638).

En esta perspectiva social, cabe decir que López Nuñez encarnaba la corriente del catolicismo social dentro del Instituto Nacional de Previsión (incluso antes en el Instituto de Reformas Sociales) junto con otros ilustres representantes de la tendencia del catolicismo social en acción (Severino Aznar, Pedro de Sangro y Ros de Olano, Inocencio Jiménez y, después, Luís Jordana de Pozas, etc.), aunque también, sin llegar a ser tan marcada como en su Maestro José Maluquer, estaba influido por el ideario regeneracionista (para la verificación de esa influencia, reténgase aquí la realización y expansión de la idea costiana de los "Cotos Sociales de Previsión"). López Nuñez, como se indicó, había sido llamado por José Canalejas para la creación del Instituto del Trabajo, que no llegó a constituirse, pero que fue el antecedente del Instituto de Reformas Sociales, en cuya actividad participaría desde el principio, con una especial dedicación a los seguros sociales y la atención a la política social de los más desfavorecidos. En el IRS fue Secretario del Servicio de Contaduría y Tesorería. Dentro del INP lo fue prácticamente todo: constructor del sistema de seguros sociales, primero en régimen de libertad subsidiada, y después, de régimen de seguros obligatorios puros; asumiendo responsabilidades en las estructuras internas del INP (Secretario de la Administración Central en 1908, subdirector del INP, al frente del Servicio de la Mutualidad Escolar en 1922, y en todo el período republicano continúo con dicho cargo, asumiendo la dirección de la Sección de Propaganda y Publicidad. El INP era reflejo –en un ambiente de reformismo social en el confluyen contradictoriamente distintas ideologías sociales y político-jurídicas– del intervencionismo público a través de programas de aseguramiento social y de instituciones públicas especializadas.

Precisamente las tendencias más marcadas dentro del INP (y del mismo IRS) eran la krausista (Gumersindo de Azcárate, Adolfo Posada, Adolfo Buylla, Leopoldo Palacios Morini, Constantino Bernardo de Quirós, Aniceto Sela Sampil, etc.) y la católico-social. Las dos se asentaban en presupuestos decididamente organicistas respecto a la concepción de la sociedad, el papel de los grupos intermedios y la función activa ("positiva") del Estado. A ellas se unían también la regeneracionista republicana y "costista" (José Maluquer y Salvador) y la socialista (Rafael García Ormaechea, Letrado Asesor del INP, desde su

nombramiento el 8 de julio de 1909; desde el 11 de agosto de 1931 representó al INP en el Patronato de Política Social Inmobiliaria del Estado, bajo la dependencia del Ministerio de Trabajo). José Maluquer y Salvador evidentemente estaba muy influenciado por el regeneracionismo costista, de manera que se apartaba del regeneracionismo parlamentario conservador (al estilo de pensadores conservadores como Antonio Maura, Fernández Prida, Bullón de la Torre, Conde Torre Vélez y Mariano Ripollés), y realzaba en lo institucional más el parlamentarismo democrático liberal como marco para institucionalizar la convivencia social y resolver los problemas sociales. La referencia a Costa tenía también un sentido de realidad, por la disociación entre una constitución real (la oligarquía y el caciquismo, como realidad constitucional) y la constitución formal de la Restauración, como legalidad constitucional (véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L., *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed.Comares, 2007, pp.255 y ss., y 295 y ss.). Hasta tal punto es así, que López Nuñez constaba que las "Juntas de Reformas Sociales" estaban "maleadas por el caciquismo local", por lo que "no han dado de sí todo el fruto sano que de ellas podía esperarse (cfr. López Nuñez, A., *Veinticinco años de legislación social*, cit., p.21).

El INP había conseguido la nada fácil tarea de funcionar dentro de un clima de colaboración de todas las fuerzas políticas y sociales partidarias del reformismo social con posiciones diferenciadas. Todas estas corrientes ideológicas del reformismo social coexistieron con la pretensión de garantizar la justicia social y la búsqueda de soluciones pacificadoras y de armonía social a la cuestión social de su tiempo. Confiaban en las reformas jurídicas y educativas, aunque unos la enfocaran desde la perspectiva republicana o socialista y otros desde el punto de vista católico. Las soluciones reformistas emanadas del INP permitieron, al tiempo, instaurar un régimen de Seguros Sociales, el cual evolucionaría cualitativa y gradualmente hacia la construcción posterior de un Sistema de Seguridad Social, con socialización de los riesgos y atención a las situaciones de necesidad social y políticamente relevantes y con una inequívoca tendencia hacia la universalidad objetiva y subjetiva, superando los límites de la protección a los trabajadores considerados como económicamente débiles para extenderla a todos los ciudadanos o personas residentes. En el caso del catolicismo social, que centra aquí nuestra preferente atención, el compromiso con el INP era completamente coherente con las tareas de la acción social católica marcadas desde el giro ideológico-institucional operado con la Encíclica *Rerum Novarum* de León XIII y con la misma pretensión compartida de articular un intervencionismo científico en materia social. Se percibía como una forma de consagrar ciertos principios y valores cristianos (solidaridad, impulso a la igualdad, justicia social –complementaria de la caridad–, protección de la familia, armonía social, la idea de una sociedad armónica y orgánicamente constituida, etc.), pero *sin cuestionar las estructuras básicas* del orden establecido.

Para López Nuñez, la obra llevada por el INP tuvo "un carácter profundamente social; y su organización, que es modelo de instituciones de esta índole, *se asienta precisamente sobre bases de colaboración colectiva* a la que han sido llamados cuantos elementos, así científicos como sociales, se han creído útiles para esta noble empresa. La obra del INP *no es sólo un movimiento económico, sino toda una política social*: su sujeción a las exigencias científicas; su descentralización administrativa respetando las modalidades de las Cajas autónomas; su amplio espíritu de colaboración técnica, patronal y obrera que hace a esta acción eminentemente democrática en el mejor sentido de vocablo; su sistema de inversiones sociales para fines de bien colectivo; sus normas pedagógicas…son puntos cardinales de una

orientación que, si se hubiera seguido en otras zonas de la vida pública, habría evitado a España muchas complicaciones de su biología interna" (*Veinte años de legislación social*, Madrid, Juan Ortiz editor, 1928, pp.35-36). El capítulo IX de su obra más lograda, *Ideario de previsión social*, está dedicado precisamente a la "Pedagogía de la Previsión" (*Ideario de previsión social*, cit., pp.620 y ss.), donde afirma que la idea de previsión es una idea sustancialmente pedagógica. Es más: "A ese período de la educación de la niñez, en orden a la Previsión, se le designa gráficamente con el nombre de "puente mutualista", porque, en efecto, es el paso obligado para llegar con la debida preparación a superiores formas de mutualidad en las asociaciones de personas adultas" (Ibid., pp.622-623). Pero, al propio, tiempo subraya, con Concepción Arenal, "la eficacia moralizadora de la Previsión", que contribuya a avanzar hacia la justicia social y a impedir el desorden social (Ibid.pp. 626-628). En 1925 escribió un ensayo *Inventario bibliográfico del Grupo de la Democracia Cristiana*. Su pensamiento es típico del catolicismo social, y de hecho él realizó varios trabajos sobre la Encíclica *"Rerum Novarum"* y el Código Social de Malinas. Desde su posición en el INP fue un grandísimo divulgador e impulsor de la labor de previsión para resolver el problema que consideraba principal: la tendencia hacia la imprevisión social en España, por dificultades sociales y por actitudes. Su ideario en materia de previsión estaba impregnado del pensamiento reformista y de regeneración social de su Maestro, Maluquer y Salvador: énfasis en la labor formativa y pedagógica, la concepción del seguro como fórmula matemática de la solidaridad humana, apuesta por la regulación internacional de la previsión social (perteneció a la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores y al Comité Internacional de Seguros Sociales), y la defensa de la Seguridad Social como instrumento de realización de la justicia social.

Importan hacer notar que su concepción de la legislación social era amplia y omnicomprensiva. López Nuñez distinguía entre un concepto restringido y un concepto amplio de legislación social. En la perspectiva restrictiva, el concepto de legislación social puede abarcar todas aquellas disposiciones con que el Poder público regula las relaciones del mundo del trabajo, ya consideremos al trabajo en sí mismo, es decir, referido al propio trabajador y como expresión de su actividad para realizar la perfección individual, ya en sus relaciones con otros agentes de la producción para ordenar jurídicamente estas relaciones, que en una sociedad debidamente organizada serían pacíficas y fraternales por hallarse reguladas según las normas de la moral. Así considerada la legislación, en esta zona de la producción, ha recibido el calificativo de obrera, industrial o del trabajo, y comprende cuerpos de derecho de la mayor importancia jurídica. Desde una preferible noción amplia, la legislación social ha de contener todas las normas con que el Estado realiza su necesaria función de tutela sobre los débiles en las relaciones del derecho y en la pugna de los intereses distintos para evitar que padezca la justicia integral. La legislación social, así considerada, tiene siempre un aspecto de protección al débil, y no se contenta con las rígidas normas de la justicia conmutativa: por eso se la llama tutelar, porque siempre viene a suplir la debilidad de quien por sus propias fuerzas no podría sostenerse en las vicisitudes de esta vida. En este concepto, la política social, y la legislación que es su órgano de derecho, se halla representada en España muy dignamente, no sólo en la esfera teórica de los códigos, sino en la realidad de la vida social (*Veinte años de legislación social*, Madrid, Juan Ortiz editor, 1928, pp. 17-18).

Para López Nuñez la misión del Estado, en lo que respecta a la Previsión, puede comprenderse en las siguientes funciones: Instruir y educar convenientemente a los ciudadanos para que puedan alcanzar los beneficios de la Previsión; Favorecer la práctica de

la Previsión debida a la iniciativa social o particular (en ello insistiría en su primer época partidaria del régimen de libertad subsidiada; cfr. *Lecciones Elementales de Previsión,* Madrid, Impr. de la suc. De M.Minuesa de los Ríos, 1913, pp.163 y ss.); la organización de un régimen completo de seguros sociales obligatorios (en lo que se insistirá en su segunda época partidaria del régimen de seguros sociales obligatorios, como instrumento superador de las insuficiencias detectadas en los seguros libres subsidiados; el régimen de libertad subsidiada había tenido un fuerza pedagógica, pero se mostró manifiestamente ineficaz para alcanzar fines previsores generalizables. Por lo demás, la pretensión de alcanzar objetivos relevantes de reforma social a través de un régimen intervencionista débil fracasó, siendo preciso establecer un régimen de intervencionismo público fuerte, que incluía un más completo Derecho Social del Trabajo y de la Protección Social; véase *Ideario de Previsión Social,* Discurso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, leído en la Junta Púlica de 6 de junio de 1920, y contestación de Eduardo Sanz y Escartín, publicado inicialmente en Madrid, Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés Martin, 1924, con varias ediciones sucesivas en formato de libro independiente, pp.135 y ss.); vigilar la práctica de las operaciones de previsión para evitar fraudes; castigar a los defraudadores, y administrar la previsión nacional en lo que convenga al bien común. En todo caso, él insistiría, desde siempre, en la función educadora del Poder público, que le compete para fomentar la previsión, estableciendo enseñanzas adecuadas en las escuelas, favoreciendo la difusión de libros que tratan de esta especialidad, organizando y protegiendo la nueva profesión del Actuariado, y facilitando y protegiendo también a las mutualidades, y especialmente a las que se formen en la escuela. Para él, "la enseñanza de la previsión tiene su natural asiento en la escuela. La escuela, tal como la necesitan hoy los pueblos, ha de cumplir una especial función social, que ningún pedagogo debe desconocer. La escuela es el taller de la vida, el *alma máter* donde se forman los hombres para las luchas con la realidad… Si la escuela ha de ser maestra de la vida, debe procurar formar a los niños en la práctica de la virtud…La escuela ha de ser el taller donde el niño aprenda a vivir, que es el negocio más importante de todos… Y, en este punto, las enseñanzas de la previsión tienen una importancia capital, porque ellas sirven para corregir los excesos del egoísmo y para fortificar el aprecio de la dignidad personal, con el deseo de vivir siempre de las propias fuerzas, evitando a los demás la carga de al ajena miseria y adquiriendo la seguridad del porvenir, que es garantía de paz en el presente" (*Lecciones Elementales de Previsión,* pp.XIX-XXI, del Prólogo).

Adolfo Posada –uno de los artífices del liberalismo social krausista– había resumido el "espíritu del Instituto", en los siguientes términos: a) su neutralidad frente a la política, la llamada política de partido, la que divide; b) la autonomía en el funcionamiento de la institución, que puede considerarse la condición previa de una neutralidad real. El INP continúa la dirección seguida por IRS, el cual venía a ser un ensayo, realizado con éxito excelente, y encaminado a armonizar y compenetrar los dos elementos o factores que constituyen el cuerpo del Estado moderno, pero que con tanta dificultad se armonizan, respetándose y complementándose: el factor representativo de la opiniones y de los intereses, aquí de los patronos y de los obreros y de los elementos sociales y políticos, y el elemento técnico, o sea las exigencias técnicas de todo servicio (POSADA,A., "Recordando al Instituto de Reformas Sociales", en *Revista Internacional del Trabajo,* "informaciones sociales", vol. II, núm. 2 (1930), reeditado en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. Extraordinario 2003, pp.17-25). Tanto el IRS como el INP reflejaban en sí una nueva forma de intervencionismo público, basado en el pluralismo y en una política de consenso entre todos los agentes implicados.

El INP significa un "sector autónomo de la administración pública", donde buscarse la colaboración permanente de todas las fuerzas políticas y sociales (el régimen de previsión popular como "federación de actuaciones sociales") y la comunicación constante con todo el país. Se ha señalado que cuando el IRS elaboró el Proyecto de Ley orgánica del INP, promulgada el 27 de febrero de 1908, tuvo presentes para la administración pública de los Seguros Sociales los tres sistemas de gestión que se estimaban posibles, a saber: encomendarla a órganos de la Administración general del Estado; establecer al efecto un servicio público descentralizado, y, por último, confiarla a una institución pública autónoma. La solución elegida fue esta última, y con ella España se anticipó a lo que años después había de ser una verdad inconcusa, adquirida por tan dolorosas experiencias en otros países y expresada con frase lapidaria por la Oficina Internacional de Trabajo, al afirmar que sólo se puede hablar de institución de Seguros en el caso de que su administración sea autónoma. En este sentido, la autonomía otorgada al INP no fue meramente funcional, sino íntegra y, por tanto, especialmente referida a lo económico. Sus fondos no son fondos del Estado (cfr. UCELAY REPOLLES, M., *Previsión y seguros sociales,* vol.III de la "Doctrina y Legislación Social", Madrid, 1955, p.197. Recogía la propia reflexión de MALUQUER Y SALVADOR, J., *Una campaña en pro del seguro y de la previsión popular,* publicaciones y trabajos de don José Maluquer y Salvador, consejero delegado del INP, Madrid, 1926-1930, tomo I, p.274).

Es un hecho verificable el pluralismo político e ideológico (liberales reformistas, krausistas-institucionistas, regeneracionistas, republicanos, socialistas, católico-sociales, conservadores reformistas, etc.) existente dentro de este organismo público en la realización de la reforma social, incluso en el período de la Dictadura de Primo de Rivera y en la Segunda República; aunque dicho pluralismo no se mantendría después durante la larga dictadura del franquismo. Para Maluquer y López Nuñez (Secretario de la Administración Central del Instituto desde su fundación en 1908, y uno de sus más grandes difusores y divulgares de su labor previsora) el INP constituía un ámbito autónomo de la Administración Pública, donde es intensa y continuada la colaboración de *todas las fuerzas políticas y sociales* de cualquier tendencia; esto es, como una Institución típicamente pluralista de organización del intervencionista en materia de previsión social. En el pensamiento de Maluquer y de López Nuñez, el INP era una prolongación institucional y espiritual del IRS; eso sí, con una adscripción finalista más específica, en cuanto organismo llamado a gestionar preferentemente el régimen de los seguros sociales (previsión social); constituyendo una institución aseguradora pública de carácter social. Marvaud había advertido que el INP, en su opinión, se inspira mucho menos en las Cajas análogas francesa y belga que en la *"Cassa Nazionale di previdenza, per l' invalidita e per la vecchiaia degli operai de Italia"* (creada por la ley del 28 de julio de 1901). Se presta, pues, a las mismas críticas formuladas por Prefumo en su libro "La Assecuraziones operaia", y en particular, de no prestar servicio más que a un número restringido de trabajadores. Esto es lo que ha señalado especialmente un delegado obrero, Gómez Latorre, en la Conferencia sobre previsión popular celebrada en Madrid en octubre de 1904 ("Boletín del IRS", de noviembre de 1904); la mayor parte de los individuos pertenecientes al proletariado se ven imposibilitados –declara– de beneficiarse de las ventajas que se les ofrecen por medio del seguro, pues con su modesto salario no tienen lo bastante para atender a sus inmediatas y más apremiantes necesidades. La miseria de las clases populares es el principal obstáculo que ha encontrado la propaganda a favor de la previsión en muchos lugares del territorio italiano. No cabe duda de que suceda lo mismo en España. No obstante, no se puede dudar de que la nueva ley de creación del INP tendrá como

efecto cubrir una laguna. Admirablemente concebida y de una gran claridad, hace el mayor honor al IRS, que la ha preparado. La creación del INP no se podrá, sin duda, considerarse como la solución definitiva del gran problema de los retiros obreros (En un discurso pronunciado en 1905 en la Academia madrileña de Jurisprudencia, Canalejas llegó a declarar que era un deber del legislador preparar el "seguro obligatorio". Pero no parece que esta idea, que como se sabe tan magníficos resultados ha producido en países germánicos, esté próxima a realizarse en España), pero no deja de ser una base inicial sobre la que se pueda construir en el porvenir (cfr. MARVAUD,A., *La cuestión social en España (1910)*, Prólogo de J.J.Castillo y J.M. Borrás, Madrid, Ediciones de la Revista de Trabajo, 1975, pp.270-271).

El proceso de institucionalización de la reforma social en España fue ciertamente complejo y estuvo enmarcado en un más amplio fenómeno de respuesta internacional a la cuestión social en su dimensión laboral y de Seguridad Social. En prácticamente todos los grandes países europeos proliferaron Comisiones, Organismos o Institutos orientados a planificar el intervencionismo público en materia sociolaboral. Véase la "*Memoria acerca de los institutos de trabajo en el extranjero por J.Uña y Sarthou"*, incluida en ÁLVAREZ BUYLLA, A.,GONZÁLEZ POSADA,A.y MOROTE, L., *El Instituto de Trabajo. Datos para la historia de la reforma social en España*, Discurso Preliminar por J.Canalejas y Méndez, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986). En su surgimiento se producía una combinación del proceso de modernización y de las presiones políticas por la mejora de las condiciones de existencia de las clases trabajadoras. Los programas públicos de aseguramiento social (en conjunción con las políticas laborales) están en el germen del Estado social en España. El Real Decreto de 20 de noviembre de 1919, establece el "Plan de seguros de INP" (Gaceta 23 noviembre). El plan de seguros concreta la amplia acción autónoma del INP para difundir y practicar en las mejores condiciones posibles la previsión popular que le está encomendada. "Los seguros a que se refiere la Ley de 27 de febrero de 1908, propios del INP y de los organismos similares, declarados legalmente colaboradores del mismo, con arreglo a lo estatuido en la citada Ley, son los siguientes: a) Seguros de retiros obreros y pensiones para la vejez. b) Pensiones de supervivencia (viudedad y orfandad). c) Seguro popular de vida y de renta y su aplicación al régimen legal sobre construcción de casas baratas y otros fines sociales. d) Seguros infantiles diferidos. e) Seguro contra el paro forzoso. f) Seguros de invalidez, accidentes, enfermedad y maternidad y funciones oficiales relacionadas con los mismos. g) Toda otra operación de previsión social basada en el ahorro, que tenga por base la vida humana, su duración o cualesquiera de sus incidencias" (art.1). Por otra parte, "Las operaciones precedentes de Seguro y Reaseguro podrán realizarse individual o colectivamente, tomando por base en el segundo caso las Agrupaciones o Mutualidades locales, gremiales, profesionales, etc., como Montepíos de funcionarios o de clases sociales, *Cotos* sociales de previsión, Mutualidades escolares, y cualesquiera otras de análoga naturaleza y de carácter benéfico-social" (art.2). Por último, se indicaba que estas "operaciones de previsión social son aplicables a todas las clases trabajadoras, ya sean industriales, agrícolas, mercantiles, etc., y los funcionarios del Estado y profesionales de todo orden" (art.3). En realidad estas formas de aseguramiento de los riesgos sociales atendían al régimen preferente de libertad subsidiada; la gran excepción viene constituida en este campo por la creación del seguro obligatorio de vejez para la población asalariada en virtud del Real Decreto de 11 de marzo de 1919, instituyente del Régimen de intensificación del retiro obrero (Gaceta 12 marzo), y Real Decreto de 21 de enero, Reglamento General del Régimen obligatorio de retiro obrero (Gaceta 23 enero).

En la perspectiva legislativa se opera un proceso de diferenciación jurídica y dogmática que conduce a la creación del Derecho Social. Desde el punto de vista institucional, se creó la Comisión de Reformas Sociales en 1883 (y las Juntas de Reformas Sociales como instituciones descentralizadoras adscritas primero a aquélla y después al IRS), se propondría después la constitución de un "Instituto de Trabajo" (que no prosperó ante la oposición a las reformas de orientación del liberalismo social), y que, con el impulso político de Eduardo Dato, se traduciría en la creación del Instituto de Reformas Sociales (1903-1904). El IRS "estará encargado de preparar la legislación del Trabajo en su más amplio sentido, cuidar de su ejecución, organizando para ello los necesarios servicios de inspección y estadística, y favorecer la acción social y gubernativa en beneficio de la mejora o bienestar de las clases obreras". Cfr. art.1 del Real Decreto de 23 de abril de 1903, Creación del IRS (Gaceta 30 abril). El Real Decreto de 15 de agosto de 1903, establece el Reglamento del IRS (Gaceta 18 agosto). Por su parte, el Real Decreto de 14 de octubre de 1919, procede a reorganizar el IRS (Gaceta 15 octubre); una reordenación ciertamente importante. "El IRS es el órgano oficial encargado del estudio, proposición, ejecución y difusión de las disposiciones leales referentes a los problemas económico-sociales en su más amplio sentido, y muy especialmente el Cuerpo consultivo del Gobierno en cuanto afecta a la legislación del trabajo y a la acción social" (art.1). "El IRS dependerá del Ministerio de la Gobernación, actuando permanentemente como Cuerpo consultivo de los diversos Ministerios" (art.3). Se ha realzado que el seguro social en España se inicia con los estudios que en la antigua Comisión de Reformas Sociales, predecesora del IRS, llevó a cabo José Maluquer, los cuales cuajaron en diversas ponencias y proyectos presentado, más tarde, por el mencionado Instituto, como base de disposiciones legislativas. Maluquer representaba en aquella Comisión la escuela que se ha llamado de la libertad subsidiada, régimen de transición entre el seguro libre y el seguro obligatorio, y hubo de mantener allí discusiones al respecto con personalidades que procedían del antiguo liberalismo ortodoxo, como Moret, Piernas, Azcarate (primera época), R.M. de Labra, Federico Rubio, Echegaray, Moreno Rodríguez, Manresa y otros, que entonces estaban influenciados por el economismo clásico manchesteriano, para pasarse luego al campo del intervencionismo (cfr. LÓPEZ NÚÑEZ,A., *Ideario de previsión social*, cit.,pp.94-95). También fue Maluquer quien –con la ayuda inestimable de López Nuñez– en el nuevo organismo preparó con tenacidad indomable los estudios de las nuevas organizaciones, asimismo dentro de la doctrina de la libertad subsidiada, que en Bélgica habían propugnado Bégault, Hankar, Lépreux y otros eminentes sociólogos y técnicos del seguro, y que en su Caja Nacional había dado resultado satisfactorio. Pero el IRS quería realizar una labor sólida y objetiva y, por lo tanto, fundamentada en la realidad. Por ello convocó una Conferencia Nacional de Cajas de Ahorros, que se reunió en Madrid, en 1904, y puso la primera piedra de la Ley de Retiros obreros. Presidió la Conferencia Gumersindo de Azcarate, alcanzándose el acuerdo unánime de fundar una Caja Nacional de Previsión, con el primero y principal objetivo de realizar operaciones de renta vitalicia a favor de las personas de las clases trabajadoras, sujetándose a las condiciones técnicas del seguro (cfr. *Conferencia sobre Previsión popular*, Madrid, 1905). Una vez recogida la iniciativa de la Conferencia, y convenientemente elaborada en el IRS, se convirtió en el Proyecto de creación del Instituto Nacional de Previsión, presentado al Parlamento, primero, por el Ministro Sr. Dávila, y más tarde por el Sr. La Cierva, y promulgado como Ley en 27 de febrero de 1908. Con ello se inicia la etapa más importante en la era del seguro social. Nótese que la finalidad de esta Ley no fue exclusivamente económica y técnica, sino también *educadora y social*, es decir, que su eficacia no se limitó sólo a practicar el seguro, sino a difundirlo, vulgarizando sus enseñanzas entre las

muchedumbres populares. A esta finalidad docente responde el nombre de "Instituto" que se ha dado a la entidad a que se encomienda el régimen legal de Previsión, en lugar del de "Caja", con que en la mayoría de los países se designaba a las entidades que tenía a su cargo el seguro social. Como hace notar López Núñez, con igual propósito se recalca en la ley el carácter técnico de la institución, a fin de ponerla frente al empirismo rutinario, de funesta experiencia en todas partes y completamente incompatible con el prestigio del Poder público y el decoro de los estudios sociales (Ibid.,p.98). Es lo cierto que la Conferencia sobre Previsión Popular, celebrada Madrid los días 19 y 20 de octubre de 1904 (convocada por Real Orden del Ministerio de la Gobernación de 23 de julio de 1904), puso las bases iniciales del régimen de los seguros sociales en nuestro país. El texto de la Real Orden convocando la Conferencia, con su Reglamento y Cuestionario, más las Actas de las sesiones y transcripciones de los interesantes debates suscitados se recogen en IRS.: *Conferencia sobre Previsión Popular, celebrada en los días 19 y 20 de Octubre de 1904,* Madrid, Est. Tip. de la Viuda é Hijos de M. Tello, Impresor de Cámara de S.M., 1905. En la Real Orden del Ministerio de la Gobernación, de 23 de julio de 1904, se indicaba que "El IRS ha requerido el concurso de este Ministerio para el mejor éxito de la Conferencia sobre Previsión Popular, que se reunirá en Madrid el 17 (sic.) de Octubre próximo, con representación del Instituto y de las Cajas locales de Ahorros que actualmente funcionan en España bajo el patronato de este Ministerio, y otras similares que por consideraciones justificadas deban ser oídas. Dicha Conferencia servirá de base para el estudio de una Caja Nacional de Seguro popular, que el IRS ha de proponer al Gobierno, y de un nuevo régimen entre las Cajas locales de Ahorros que permita establecer con las debidas garantías un servicio interprovincial de transferencia de sus respectivas imposiciones…". En el Reglamento incorporado en dicho Real Decreto se hacía nota que entre los grupos de cuestiones que deberían ser objeto de las tareas de la Conferencia estaría el "examen de un proyecto de Instituto Nacional de Previsión, administrado por las Cajas de Ahorros que al efecto se concierten, sin menoscabo de su actual autonomía, para la práctica del seguro popular, y, en primer término, de las pensiones vitalicias obreras" (art.2º.B). Por otra parte, se precisaba que "el IRS estará representado en la Conferencia por su Presidente, dos Vocales designados por el Consejo de Dirección, un Vocal elegido por la Sección primera, otro por la Sección segunda y dos por la Sección tercera, correspondiendo de estos últimos uno a la representación de la clase patronal y otro a la de la clase obrera" (art.5º). Es de señalar que conforme a lo dispuesto en el art.5º del Reglamento referido, las Secciones corporativas del IRS nombraron sus representantes en la Conferencia a los Sres. *Maluquer, por la Sección de Policía y Orden Público*; Piernas, por la Jurídica; Dato y Serrano, por la de Relaciones Económico-Sociales; y por el Consejo de Dirección, los Sres. Salillas y Gómez Latorre. En la Sesión del día 19 de diciembre de la Conferencia, como se refleja en las "Actas de las Sesiones", respondiendo a la invitación y designando el Delegado correspondiente*, por la Caja de Ahorros "de Lugo, Don José Maluquer y Salvador".* Debe hacerse notar que en el desarrollo de toda la Conferencia se refleja la omnipresencia de Maluquer en la construcción del INP y el régimen del aseguramiento social. En la conferencia se mantuvieron posiciones distintas, pero dominaba la idea de que el Estado debería crear la Caja de Previsión bajo su garantía (v.gr.,Salillas, Ibid.,p.23). La omnipresencia de Maluquer en la elaboración de propuestas y el debate es también especialmente perceptible en la Segunda Conferencia sobre Previsión Popular de enero de 1914, pues en ella Maluquer marcó los problemas fundamentales y sus soluciones. (Véase IRS.: *Segunda Conferencia sobre Previsión Popular, celebrada en Madrid por los Delegados de las Cajas de Ahorro y del Banco Hipotecario de España, en los días 24, 26, 27 y 28 de Enero de 1914,* Madrid, Imp. de la Suc. de M.Minuesa de los Ríos, 1914). Por cierto,

y de modo harto significativo, se pudo decir contemporáneamente que: "Es evidente que no hay obra sin hombre y en la que nos ocupa es justicia y honor de los católico-sociales consignar que la elaboración del proyecto de crear en España el Instituto de Previsión se debe a la iniciativa del Sr. Maluquer y Salvador, gran especialista en cuestiones económicas, principalmente en el seguro, el cual, trabajando desde hace años en esta materia, y como individuo del IRS, redactó la ponencia, sentando las bases para la creación del Instituto" (cfr. SANGRO Y ROS DE OLANO,P., *La intervención del Estado y del Municipio en las cuestiones obreras según los principios católico-sociales,* Lecciones dadas en la V Semana Social de España Barcelona 1910, Barcelona, Imprenta de Pedro Ortega, 1912, p.62). En 1904, el Ministerio de la Gobernación encomendó al IRS un proyecto de ley sobre la materia, y el Instituto, deseando que su propuesta estuviera asistida por la experiencia de las instituciones de ahorro arraigadas ya en España, promovió la celebración de la Conferencia sobre Previsión popular, que se reunió en Madrid en Octubre de 1904, bajo la presidencia de Azcarate, y a la cual concurrieron representantes de 24 Cajas de Ahorros, entre ellas la de la capital de España, y se adhirieron varias otras de estas entidades. Partiendo de las conclusiones de la Conferencia y de los antecedentes que la habían precedido, el IRS presentó al Gobierno el proyecto de creación del IRS, proyecto cuya redacción fue encomendada a una ponencia formada por Azcarate, Dato, Gómez Latorre, Maluquer y Salvador, Salillas y Serrano. Este proyecto fue presentado al Parlamento siendo Ministro de la Gobernación el Sr. Dávila. En 1908 lo reprodujo el Ministro La Cierva, y, tras breve tramitación parlamentaria, fue aprobado en febrero de 1908. El INP no procede empíricamente, sino con sujeción a las reglas técnicas del seguro. Significa un complejo problema de política social contemporánea, reducido a una concisa operación algebraica (la fórmula de la renta vitalicia diferida). En operaciones como las de pensiones de retiro, y, en general, todas las de seguro, se necesita una exactitud absoluta, que sólo pueden ofrecer las reglas matemáticas. Todas las operaciones del INP están sometidas al cálculo matemático, y esto le permite determinar con seguridad completa la pensión o renta que corresponde a cada imposición. No hay, pues, en sus operaciones nada fiado al azar ni a estimaciones empíricas.

El proceso de Institucionalización de la reforma encontraría después algunos pilares esenciales: el Instituto Nacional de Previsión (1908; creado por Ley de 27 de febrero de 1908; el Real Decreto de 24 de diciembre de 1908, aprobó sus estatutos, y el Real Decreto de 10 de diciembre de 1908, aprobaría el Reglamento de las entidades similares al INP) y el Ministerio de Trabajo (1920), en el cual se integran los dos Institutos (el IRS desapareciendo como organismo público diferenciado y el INP, insertándose en la estructura institucional del nuevo Ministerio, pero conservando su personalidad jurídica y su autonomía organizativa –institución autónoma–). Estos Institutos mantuvieron a lo largo de existencia una íntima vinculación, orgánica, funcional y de equipo de personas; lo que llevó a que desaparecido el IRS, una parte importante de sus efectivos pasara a formar parte del INP (aparte, lógicamente, de otras instancias del Ministerio de Trabajo). Se da nacimiento a una nueva organización administrativa, vinculada especialmente a la administración técnica de los seguros sociales y a la administración laboral y a las formas institucionales de solución de los conflictos. Se trata de un intervencionismo administrativo especializado encaminado a resolver la cuestión predisponiendo no sólo medidas jurídicas de protección, sino también estableciendo una *racionalidad administrativa específica* para atender al ámbito singular de "lo social". Es de señalar que esa racionalización administrativa de la política social adquiere un rasgo harto significativo y diferenciador respecto a situaciones precedentes, a saber: la tendencia a incorporar a las representaciones de los distintos intereses sociales en las

estructuras y organizaciones administrativas, conformado, de algún modo, una organización corporativo (-administrativa) de los intereses sociales. En no poco ello es exponente de la creciente incorporación e integración del movimiento obrero en la dinámica interna del sistema político-institucional. La representación "administrativa" de los intereses (representación funcional) permite reconducir hacia el Estado los conflictos redistributivos. Para lograrlo el propio sistema estatal se redefine a sí mismo hacia la forma Estado social, la cual permite afrontar –cuando no resolver– la crisis del Estado y de la doctrina positivista del mismo y de su Derecho. Se intenta integrar los conflictos sociales en el interior de la organización administrativa de la nueva forma Estado emergente. De este modo, la racionalidad administrativa instrumental se articula y corresponde con una racionalización jurídico-material imperante en el Derecho social del trabajo.

En ellas domina la lógica del intervencionismo "corrector" y el "armonicismo social", el cual puede ser considerado como *una característica de época del proceso reformista,* aunque en ellos predominaban los institucionalistas krausistas, los católico-sociales y los socialistas, por este orden de mayor a menor presencia. No es de extrañar que la práctica totalidad de los partidos de la Restauración se inclinase por la realización de una política de reforma social, aunque en el bloque de la crítica política al régimen de la Restauración existiera un rechazo al carácter limitado de las reformas (los socialistas) o a la reforma estatal en sí (los anarquistas). La respuesta tuvo carácter eminentemente defensivo y neutralizador, aunque no faltaron posiciones ideológicas de sincera sensibilización por las dramáticas condiciones de vida y trabajo de las clases desposeídas. Es la crisis socio-política del último tercio del siglo XIX, la que anima a realizar una reforma del orden social liberal, y en ese propósito reformador confluyen distintas orientaciones ideológicas (krausismo liberal, catolicismo social, liberalismo y conservadurismo reformista, socialismo jurídico y el regeneracionismo). En ellas prevalece un elemento común, como es la búsqueda de la armonía social y la concepción organicista de la sociedad. Ambos son los dos elementos dominantes más generalizadamente compartidos por las distintas ideologías reformistas en el período. El organicismo no suponía en sí la negación de la democracia, pero sí dotaba de una cierta proclividad de las ideologías imperantes hacia la instauración de fórmulas corporativistas. Es el caso harto significativo de López Nuñez quien no obstante la defensa del derecho de asociación se mostraba partidario de la organización corporativa nacional instaurada por el Decreto-Ley de 26 de noviembre de 1921. Para él, en efecto, "el derecho corporativo, viene a ser un avance sobre el derecho social puramente intervencionista y de carácter sintético y uniforme, que parece haber cumplido ya su misión de sustituir el antiguo liberalismo económico, que consideraba al trabajo como una mercancía sin otra ley que la voluntad contractual, por un concepto más humano y más justo de las relaciones del mundo del trabajo. El nuevo derecho corporativo es un paso más en este caminar inacabable hacia la perfección: asentado sobre las bases inconmovibles de la realidad, da a la vida del trabajo un *sentido orgánico* y colectivo, y establece el concepto democrático de la profesión que se gobierna a sí misma, protegida por el Poder público, como suprema garantía de los derechos de todos" (*Veinte años de legislación social*, Madrid, Juan Ortiz editor, 1928, pp. 27 y ss., en particular pp.29-30).

Pero detrás del planteamiento técnico de los reformadores de la previsión social se tenía la preocupación de la paz social y de la estabilización del sistema y la exigencia civilizar un sistema social que se había mostrado extraordinariamente injusto, al mismo tiempo que se evidenciaban las insuficiencias de las medidas de caridad y beneficencia

pública. Este era un rasgo generalizable en Europa desde la segunda mitad del siglo XIX. El propio Maluquer, aprecia esa fundamentación político-jurídica de la creación de la legislación social: "Es una ley de organización del trabajo, que la inspira la experiencia germánica y las declaraciones de la parte permanente del Tratado de Versalles de que *la paz social requiere la equidad social, y esto varias medidas, entre ellas los seguros de vejez e invalidez, sin los que una nación podría ser un foco de inquietud peligroso para todos las demás que atiendan debidamente estos nuevos progresos"* (MALUQUER Y SALVADOR,J.: "Afirmación del Derecho constituido. Conferencia en el Ateneo de Gijón el día 25 de abril de 1921", en el Volumen 2º de *Una campaña en pro del seguro y de la previsión popular,* cit., p.199. Destaca que "La característica general del nuestro sistema de seguro obligatorio, es la de referirse, como ya dije, a la organización del trabajo; es decir, a ser antes que una ley de asistencia social, una ley de perfeccionamiento en la vida económica, y en tal sentido está establecida la relación entre el Estado y la acción patronal. En efecto, como se ha visto por la experiencia a que aludía antes, esta reforma favorece la normalidad del trabajo". Cfr. MALUQUER,J.,*Reglamentación del seguro obligatorio de retiros obreros,* Conferencia, Madrid, Editorial Reus, Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1921, p.13; "Y así fui a aquella conferencia, no aportando máximas de Congresos sociales ni de moral cristiana, sino refiriéndome a memorias de juntas de accionistas de los Estados Unidos que demostraban de una manera palmaria que el empleo de grandes sumas en estas obras de reforma social había seguido una normalidad verdaderamente grande en el trabajo y que la empresa que más atendía estos asuntos era la empresa que obtenía mayor resultado financiero"; Ibid.,pp.14-15). López Nuñez, su discípulo y continuador de su obra en materia previsión social, hacía notar que no habrá paz en el mundo si perduran estas ingentes masas de hombres desprovistos de toda reserva ideológica con que abroquelarse contra las fáciles sugestiones de los conceptos primarios de la igualdad y comunismo. Tampoco concluirá la "guerra civil del taller", ni se asegurará la producción y, por consiguiente, la subsistencia de la sociedad, mientras la mayoría de los productores de la riqueza sea un rebaño de seres inconscientes, atemorizados por todos los dolores del infortunio (Véase HATZFELD,H., *"Du pauperisme à la securité social, 1850-1940*, París, 1971; Autores como Booth habían constado ya los límites de la filantropía y de la caridad privada para afrontar el problema de la *pobreza masiva ("mass poverty").* Veáse BOOTH,W., *In Darkest England and the Way Out*, London, International Headquarters, 1890, la famosa obra de GEORGE,H., *Pobreza y Miseria,* Est.prel., de J.L.Monereo Pérez, Ed.Comares, 2007; MONEREO PÉREZ,J.L.,"Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George", en *Documentación Laboral,* núm.83, 2003). Se reclamaba la *eficacia moralizadora, integradora y pacificadora de la previsión social* (LÓPEZ NUÑEZ,A., *Ideario de previsión social,* cit., pp.128-129, con apoyo en el pensamiento de Concepción Arenal) *y de contención* para realizar esa magna obra de restauración social (Ibid.,pp.130-131).

(B). En la perspectiva estrictamente política, el nombre de López Nuñez va unido a los inicios de la Democracia Cristiana en España. Fue precisamente uno de los co-fundadores del Grupo de la Democracia Cristiana, junto a Severino Aznar, Maximiliano Arboleya. Su posición ideológico-política era moderada; más que una defensa de la democracia representativa, postulaba la justicia social dentro de la variedad de formas de gobierno político, defendiendo la intervención subsidiaria del Estado en la cuestión social y la realización de políticas de distribución de la riqueza y de prevención de la miseria y de las situaciones de desigualdad social. Entendía que no existía una contradicción o antinomia

entre la caridad cristiana y la justicia legal. Pero junto a la instituciones y obras de caridad, era estrictamente necesario establecer un sistema público de previsión y aseguramiento social obligatorio (tras la experiencia intermedia –y educativa– del régimen de libertad subsidiada) que hiciera frente a la imprevisión social y a la insuficiencia intrínseca de los instrumentos de la autoprevisión individual (ahorro privado, mutualidades de previsión, etc.). Con la defensa del seguro social obligatorio se daría paso al sistema de previsión social y tras él se abría paso los sistemas modernos de Seguridad Social. En ese desarrollo cualitativo tendría un papel central personalidades relevantes como José Maluquer y Salvador, Álvaro López Nuñez, Adolfo Posada, Severino Aznar, Inocencio Jiménez Vicente, Pedro de Sangro y Ros de Olano, Rafael García Ormaechea**…,** y después Luís Jordana de Pozas. Siendo relevante anotar la contribución efectiva de un *equipo pluralista en lo ideológico*, en un espectro que va desde el krausismo social republicano (los dos Adolfos, Adolfo Álvarez Buylla y Adolfo Posada, Leopoldo Palacios Morini…), el catolicismo social y el socialismo jurídico (Ricardo Oyuelos Pérez; Rafael García Ormaechea, P. Pérez Díaz, Antonio Fabras Rivas, Luís Araquistain Quevedo, Manuel Vigil Montoto, ….), regeneracionistas republicanos (señaladamente, José Maluquer y Salvador, con fuerte presencia también en su pensamiento reformista de la ideología católico-social) y los conservadores reformistas liberales (Dato, José Canalejas…). Pero López Nuñez, junto con el artífice principal y su Maestro José Maluquer y Salvador, puede considerarse dentro de ese amplio espectro como uno de los padres fundadores del sistema de previsión social en España.

En el ámbito de la corriente del catolicismo social en el INP, cabe añadir a Inocencio Jiménez (que sucedió por enfermedad a José Maluquer en 1923), Severino Aznar y, especialmente en la postguerra, a Luís Jordana de Pozas (discípulo de Inocencio Jiménez y de Álvaro López Nuñez) y José Álvarez Ude. Todos ellos estaban convencidos de la necesidad de canalizar una parte esencial de la reforma social hacia la instauración de un sistema de aseguramiento social y, asimismo, de que habría que caminar hacia la construcción coherente de un sistema de Seguros Sociales unificados, sobre la base de un conjunto de principios coherentes (universalidad subjetiva objetiva, consideración conjunta de las contingencias, etc.). Es cierto que el principio de subsidiariedad (aceptado por el catolicismo social) pudo influir negativamente en el inicio de los seguros sociales obligatorios al hacer más proclive la apuesta por un régimen de seguros basadas en la libertad subsidiada, pero al tiempo fueron los propios católicos sociales los que percibieron las insuficiencias del modelo inicial apostando por los modelos de seguro obligatorio que se venían extendiendo en la mayor parte de los países europeos de referencia (siguiendo en esto de cerca la experiencia originara alemana de implantación de seguros sociales obligatorios). De este modo, en materia de aseguramiento social frente a los riesgos de la existencia humana, se superaría la lógica del intervencionismo subsidiario (modelo inicial en Bélgica y en Italia de seguro libre subsidiado), como supuesta solución intermedia viable entre la opción liberal estricta de apuesta por la iniciativa privada (mercado del seguro mercantil) y el llamado "socialismo de Estado" o intervencionismo público "fuerte", que suponía la publificación de los seguros imponiendo legalmente su carácter obligatorio.

El punto de inflexión en España viene constituido, como es sabido, con el apoyo efectivo a la técnica del seguro social obligatorio (y con la propuesta –cumplida mucho tiempo después en período postconstitucional– de la extensión subjetiva efectiva a todos los ciudadanos superando el criterio de inclusión en razón a la profesionalidad) realizada en la Conferencia de Seguros Sociales, convocada por Eduardo Dato (por entonces Ministro de

Fomento del Gobierno conservador), reunida en Madrid los días 24-31 de octubre de 1917, y reflejada en sus acuerdos. López Nuñez –al igual de Maluquer– que inicialmente había defendido el seguro libre subsidiado acabaría defendiendo la mayor adecuación social (especialmente para los económicamente débiles) del seguro obligatorio (véase, señaladamente, su Conferencia *Ideario de previsión social,* impartida en 1920, en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, publicada como libro en varias ediciones, y Contestación de Eduardo Sanz y Escartín; y después, en su libro *Veinte años de legislación social,* Madrid, Biblioteca Marvá, 1928). Lo expresó de modo determinante: "el seguro, abandonado a las solas fuerzas individuales, tiene escasísimas eficacia sobre los grupos de la sociedad más necesitados precisamente de él". De ahí que, añade, "el seguro voluntario, libre o facultativo, con todo su valor moral, es, pues, insuficiente para cubrir los riesgos inherentes a la condición del trabajador. Hay que recurrir al seguro obligatorio, extendiendo a las muchedumbres asalariadas los beneficios que hoy son patrimonio de una minoría previsora" (cfr. *Ideario de previsión social,* 2ª ed., Madrid, INP, 1947, pp.84-85). Se señalaría expresivamente que "los seguros sociales, o son obligatorios o no son nada" (González Posada, C., *Los seguros sociales obligatorios en España,* 3ª ed., Madrid, Edersa, 1949, p. 7). La siguiente idea-fuerza defendida por López Nuñez sería la realización del principio de unificación de los seguros sociales obligatorios (el "seguro único" o "total" para el conjunto de los riesgos de la existencia humana socialmente relevantes). Pero entiende que sin llegar a implantar el "llamado Estado asegurador": "Entendemos, pues, que la función del Estado, en orden a la Previsión, se ha de circunscribir a una acción de fomento económico, pedagógico y social de las actividades individuales y colectivas; a una superior vigilancia, para evitar los fraudes, y a una elevada compensación de los riesgos mediante el reaseguro, es decir, que si no admitimos el Estado asegurador, no nos parece del todo mal el Estado reasegurador" (pp.601-603). En esta reflexión se deja sentir en su pensamiento la lógica interna del principio de subsidiariedad.

Vinculada al Grupo de la Democracia Cristiana estaba la revista *Renovación Social,* en la cual publicó numerosos artículos. Él sí fue fiel al ideario *social* del Grupo de la Democracia Cristiana, pero no fue coherente respecto al ideario *político-democrático* que inicialmente había inspirado al Grupo, señaladamente su compromiso de ensamblar los valores del catolicismo social con la democracia política. En efecto, al igual que la mayoría de los miembros del Grupo (con la notabilísima excepción de Maximiliano Arboleya), López Nuñez (del mismo modo que Severino Aznar, Inocencio Jiménez, entre otros muchos miembros del Grupo demócrata cristiano) aceptó de buen grado insertarse cómodamente en la estructuras institucionales de la Dictadura de Primo de Rivera, y después, mantuvo posiciones conservadoras hasta su muerte en 1936. Otros miembros del Grupo, tras el paréntesis de la Segunda República y la Guerra Civil, tuvieron un participación activa durante la Guerra y en el sistema establecido de la Dictadura franquista (Severino Aznar, Luís Jordana de Pozas, Pedro de Sangro y Ros de Olano, etc.). Hubo excepciones harto significativas, como las de Maximiliano Arboleya Martínez, Burgos y Mazo, Ángel Ossorio y Gallardo y José Álvarez Ude, los cuales rehusaron colaborar con la Dictadura de Primo de Rivera, participando activamente en la Sociedad de Estudios Económicos y Sociales. Tras el triunfo franquista en la Guerra Civil, el INP *vio desaparecer su pluralidad ideológica interna* (esto ante todo significaba la desaparición absoluta de la otra gran corriente dominante, la del liberalismo social krausista, aparte, como es obvio, de las corrientes republicas y socialistas), y tan sólo quedaban figuras del catolicismo social reconvertidas en clave autoritaria y el

personal técnico depurado (Severino Aznar, Inocencio Jiménez, Pedro de Sangro y Ros de Olano, Luís Jordana de Pozas, José Muñoz, Primitivo de la Quintana…).

López Nuñez aceptaba los presupuestos de la democracia política, pero ciertamente de una democracia *de orden y de precaución frente a las masas y la fuerza efectiva de las mayorías:* no bastan las ideas y las prácticas de la previsión, si no tenemos preparados el terreno con aquellas realidades políticas y sociales que pueden ser sustentáculo de las nuevas ideas. Se llegará a la paz social, fundamento de todo adelantamiento, instaurando en los pueblos un régimen democrático, no en el sentido de predominio tiránico de las masas inconscientes, en cuyo seno gregario se disuelven los mejores, sino en el de regular ordenamiento de las funciones, los deberes y los derechos de las clases sociales, para beneficio de todas ellas, y especialmente de las más necesitadas. Esto es, afirma, lo que modernamente se llama *democracia cristiana*. En su opinión, el liberalismo individualista había restringido el concepto de democracia, limitándole a aquella estéril, cuando no perturbadora, intervención de las muchedumbres en los grandes Parlamentos políticos, mediante la ley mecanicista de las mayorías, que lleva frecuentemente a la oligarquía de los profesionales de la política, que es la tiranía de los peores. Al mismo tiempo, se arrebataba al pueblo su intervención en aquellas funciones que, según Toniolo, definen la esencia de la democracia, a saber: la participación en los organismos autónomos, en las corporaciones revestidas de funciones civiles, en las universidades campesinas, en los vecindarios o grupos parroquiales, en la actividad fecunda de las costumbres jurídicas de la localidad. Esta participación popular en la vida colectiva tiene gloriosos antecedentes, que pueden servirnos de ideal para orientar nuestra labor en orden a la construcción de los nuevos tipos democráticos. Recogiendo aquellas sociedades todo el *espíritu corporativo, orgánico y espiritualista* de la Edad Media, emancipándole de la esclavitud feudal, que le había atado las alas, e incorporaron a él las excelencias de la nueva era, especialmente una mayor cultura por la invención de la imprenta, un espíritu de amplitud y solidaridad humana por los descubrimientos geográficos y los viajes y por el gran desarrollo de las instituciones de previsión, el seguro marítimo y el préstamo a la gruesa, y un mayor optimismo y amor de la vida por el resurgir de las letras y las artes de la antigüedad, de cuyo influjo nadie pudo verse libre… Participaba entonces el pueblo de un modo eficaz en la vida pública, no mediante una teórica soberanía, sino con realidades notorias, por medio de sus libertades concejiles, sus gremios, sus corporaciones de oficios, sus universidades de mercaderes, cuyas ordenanzas son hoy la admiración de los economistas, sus instituciones judiciales y sociales. Cumple a todos arrimar el hombro a esta obra magna de *restauración social*, que no ha de ser sólo de carácter económico, con peligro de envilecerse en las bajas granjerías de la realidad, donde frecuentemente se ahoga el sentimiento de la justicia (*Ideario de previsión social* (1924), cit.,pp.628-630). Esto ayuda a comprender y explicar su aceptación acrítica de las soluciones autoritarias de la Dictadura de Primo de Rivera. Subyace a su razonamiento no tanto la idea de completar la democracia liberal –en los aspectos en que se muestra insuficientes– como en la de sustituirla o desplazarla por "nuevos tipos democráticos" corporativos y elitistas. López Nuñez defenderá una organización corporativa nacional de carácter no autoritario (*Veinte años de legislación social,* Madrid, Juan Ortiz, s/f (1928), pp. 28 y ss., y 48 y ss., en particular p.30).

Todo ello se inscribe en el ideal armonizador y superador de sistema de clases sociales y de la lucha de clases que propicia: "Mientras los agentes de la producción estén separados en dos distintos y contrapuestos bandos, por diversidad de intereses y no por

diversidad de función, no podrán dedicar al trabajo y a la creación de riqueza aquel tiempo y aquella energía que han de menester para sostenerse y combatir. En el *programa de reivindicaciones económicas del "Grupo de la Democracia Cristiana"* hallamos, netamente expresada, esta repulsa contra el régimen del salariado, dentro del cual el obrero no tiene estímulo alguno eficaz para la producción: "Sociedad organizada para la producción –dice–, de modo que la mayor parte de sus agentes tengan interés en producir poco o no tengan interés del salariado, y por eso le consideramos como un *régimen imperfecto de transición y aspiramos a que termine.* Y a continuación remacha fuertemente este pensamiento crítico, diciendo: "Patronos y obreros son servidores de la sociedad. En virtud de la lucha de clases, en vez de hacer su tarea, se entretienen en reñir y en romper los muebles. Reconocemos la lucha de clases como un hecho; pero la rechazamos, y aspiramos a que cese, no sólo por ser anticristiana, sino también por atentatoria al bien de la sociedad" (*Bases de organización y Programa doctrinal y de acción el Sindicalismo Obrero Católico,* Madrid, 1919)". Piensa, por otra parte, que aun dentro de la más perfecta armonía, el régimen del salariado mantiene siempre a los obreros en una situación de inferioridad social respecto de los patronos, absolutamente disconforme con la doctrina de la fraternidad cristiana, y se presta a convertir en dádivas, hijas de la compasión, las santas reivindicaciones de la justicia… Creemos que no está ya muy lejos el día en que no haya obreros ni patronos, en el significado generalmente admitido para estos conceptos. La actual fase de la evolución social nos permite sentar conscientemente esta afirmación, porque esta fase es la de participación en los beneficios, universalmente admitida por economistas y sociólogos, tras de la que se vislumbra un *régimen de cooperativismo integral*, que, con el admirable Gide [autor perteneciente a la corriente del solidarismo jurídico y económico-social francés], pudiéramos llamar de producción independiente, régimen que ha de poner fin a muchos de los males que hoy lamentamos" (*Ideario de previsión social* (1924), cit.,pp.577-579).

Él distingue nítidamente entre corporación y sindicato: "Así como la corporación es algo sustancial y necesario en la vida normal del trabajo, el sindicato es una arma circunstancial, adecuada a la *hipótesis* de lucha de clases en que vivimos. Aniquilado el régimen corporativo por la Revolución, para implantar el individualismo que ha dominado el mundo durante la mayor parte del siglo XIX, surgió la organización sindical como un arma en manos de los obreros para luchar contra los excesos del capitalismo... Contra este sindicalismo revolucionario y absorbente reaccionan hoy todos los espíritus… La corporación es otra cosa: como instrumento de derecho público, está apartada de las luchas de clase; reconoce la jerarquía, sin la cual es imposible toda organización, y menos la organización del trabajo… Y así, puede hacerse obligatoria la corporación en el sentido de ser una verdadera función social, y sería monstruoso hacer obligatorio el sindicato que es un banderín de guerra. De aquí la fórmula del programa de los católico-sociales: "*Sindicación libre y corporación obligatoria"* ("VIII. Rechazamos el sindicato único obligatorio, porque es instrumento de tiranía monstruosa. Nuestro lema, en esta materia, es: "La corporación obligatoria, pero el sindicato libre". *Bases de organización Y Programa doctrinal y de acción del Sindicalismo Obrero Católico,* Madrid, 1919) (*Ideario de previsión social* (1924), cit.,,p.594). La idea-fuerza subyacente es enmarcar la actuación –su lógica de acción colectiva– del sindicalismo libre en un cuadro institucional esencialmente corporativista.

El Grupo democristiano se mantendría, pero figuras destacadas del mismo participarían en la fundación del Partido Social Popular (Severino Aznar, Inocencio Jiménez, Luís Jordana de Pozas, etc.), primer partido político en España de inspiración en la ideología

de la Democracia Cristiana. El nuevo partido de la derecha católica no alcanzó a ser –a lo que aspiraba– un partido de masas. Todas sus figuras relevantes participaron activamente en la Dictadura de Primo de Rivera, con alguna excepción significativa (la más importante, sin duda, fue la de Ángel Ossorio y Gallardo). Más tarde, durante la Segunda República, la ideología del catolicismo social sería unilateralmente puesta al servicio de dos partidos políticos de derechas, la Acción Popular y la CEDA, aunque no determinó linealmente su caminar político y programático. En este sentido el catolicismo social aparece como posibilitador ideológico de estos dos partidos (MONTERO GIBERT,J.R., *La CEDA. El catolicismo social y político en la II República*, 2 tomos, Madrid, Eds. Revista de Trabajo, 1977). Cuando el catolicismo social –que nunca cuestionó las bases fundamentales del sistema capitalista– se expresa bajo programas políticos inequívocamente de derecha conservadora –como la Acción Nacional y la CEDA– queda más visible, en ese momento, el carácter mistificador de constituirse en una especie de tercera vía entre las consideradas dos opciones extremas, el capitalismo individualista y el socialismo en sus diversas manifestaciones.

La dictadura necesita de una legitimación social y pretendía una regeneración nacional. Se prosiguió moderadamente con la política de reforma social y se creó un sistema corporativista de representación de carácter selectivo (Comités Paritarios de constitución y decisión obligatorias, Comisiones Mixta, Consejos de Corporaciones, Comisión delegada de Consejos, el Ministerio de Trabajo; integrados en la Organización Corporativa Nacional creada en 1926). Pero también en ese mismo año (1926) España se retira de la Sociedad de Naciones, aunque, son sin fisuras y titubeos, mantiene su presencia en la OIT. Es una decisión política que refleja el posicionamiento de la Dictadura en el orden internacional. Es una manifestación más de las tensiones internas existentes entre la pluralidad de fuerzas políticas e ideologías sociopolíticas que sustentaban a la Dictadura de un modo u otro. (Puede consultarse GÓMEZ NAVARRO, J.L., *El Régimen de Primo de Rivera*, cit.,pág.322 y *passim*. Con el agotamiento y crisis de la Dictadura en 1929 se instaura un periodo incierto y de transición –conocido como "Dictablanda"–, con el nombramiento de Pedro Sangro y Ros de Olano como Ministro de Trabajo. Ello facilita un mayor contacto con la OIT, y acelera los procesos de ratificación de varios instrumentos y garantiza la difusión de las informaciones y publicaciones de la OIT (Se traduce significativamente el libro de THOMAS,A.: *Historia anecdótica del Trabajo*, cuyo título original es "Lectures historiques", trad. Rodolfo LLopis, Madrid, Juan Ortiz, 1930. Hay que tener en cuenta la depresión europea de la década de 1930. Los orígenes de la Gran Depresión se encuentran principalmente en las perturbaciones ocasionada por la Primera Guerra Mundial. Su extensión se debió en gran medida a las hostilidades y a los conflictos permanentes generados por la guerra y por el Tratado de Versalles, y sus efectos –especialmente en Alemania– se prolongaron manifiestamente hasta la Segunda Guerra Mundial).

Esta visión integradora y corporativista permite comprender y explicar la continuidad de la política de reformas "desde arriba" con el Consejo de Trabajo de la Dictadura y la permanencia de un grupo muy significativo de miembros del IRS (Pedro de Sangro y Ros de Olano, Álvaro López Nuñez, Severino Aznar, Ricardo Ayuelos; Juan Uña, etcétera; con la excepción cualitativa de Adolfo Posada). Es significativo que Sanz y Escartín (ex Ministro de Trabajo y ex Presidente del IRS) fuese precisamente el primer Presidente del Consejo de Trabajo (MONEREO PÉREZ,J.L., *El catolicismo social en España: Eduardo Sanz y Escartín*, Granada, Ed.Comares, 2010). Recuérdese que Sanz y Escartín se insertaba en la

línea del catolicismo social conservador. Recuérdese el talante pragmático de Maluquer en el sentido de orientar la acción previsora continuista del INP más allá de las constantes mutaciones de orientación política (MALUQUER Y SALVADOR,J., "Curso de seguro obrero", *INP*, núm.60, abril-junio de 1924, p.83), acentuando, si fuere preciso, un enfoque tecnocrático. Ese pragmatismo le permite apostar por la subsistencia del INP durante el régimen de la Dictadura de Primo de Rivera, realizando un esfuerzo de propaganda en la cual Maluquer se implicó tan directamente como para minar seriamente su salud. Exponente de ello es la Conferencia impartida en la Casa del Pueblo de Madrid, "Aspectos sociales del retiro obrero" y el "Primer Curso del Retiro Obrero", a las que siguen numerosas intervenciones de difusión y propaganda para consolidar y expandir la labor previsora del INP, en las condiciones, en principio adversas, de la Dictadura de Primo de Rivera (Esa labor de propaganda se refleja en toda la actividad de INP y de sus hombres, y muy especialmente en Maluquer. Véase al respecto CUESTA BUSTILLO,J., *Hacia los seguros sociales obligatorios*, cit., pp.210 y ss.). En el caso de López Nuñez –como ocurrió con otros miembros de la corriente del catolicismo social– no fue tanto el pragmatismo como la voluntad de adhesión a un régimen corporativo en el que veía una solución propicia para resolver los problemas sociales. Como se indicó, López Nuñez se integró en las estructuras institucionales de la Dictadura de Primo de Rivera. Hay que tener en cuenta que ese pragmatismo se insertaba en un contexto internacional fuertemente proclive a la política social en general y, en particular, a la instauración de los seguros sociales obligatorios. No sólo la actuación de la OIT, sino también la continuada intervención de la Asociación Internacional para la lucha contra el paro y la Asociación Internacional de Política Social, resultante de la Asociación Internacional para la protección legal de los trabajadores (Véase POSADA,A., *La sociedad de Naciones y el derecho político. Superliberalismo*, Madrid, Caro Raggio,1925; MALUQUER Y SALVADOR,J., "La Conferencia de Ginebra", en *AINP*, núm.64, abril-junio, 1925, pp.202 y ss., e "Impresiones de la Conferencia Internacional del Trabajo", en *AINP*, núm. 67, enero-marzo de 1926, pp.16 a 47, y "Cuestiones sociales", en *ABC*, , 25 junio de 1925, p.17).

3. BIBLIOGRAFÍA SOBRE LÓPEZ NUÑEZ Y SU ÉPOCA

A). OBRAS DE ÁLVARO LÓPEZ NUÑEZ (SELECCIÓN): *La educación del sentimiento estético*, Madrid, Imprenta de San Francisco de Sales, 1901; *Don Bosco*, Madrid, Imprenta de Eduardo Arias, 1906; *Sinopsis para un estudio de la institución del seguro*, Madrid, Imp. de A. Bielsa, 1906; *La protección de la infancia en España*, Madrid, Imp. de Eduardo Arias, 1908; *El seguro obrero en España*, Madrid, Imprenta de M.Minuesa de los Ríos, 1908; *Régimen de transición entre el seguro libre y el seguro obligatorio*, Madrid, Imp. de la Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, 1910; *Ensayo de un vocabulario social*, Madrid, Imp. de la Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, 1911; *Ideas pedagógicas sobre Previsión*, Madrid, Sucesora Minuesa, 1912; *Protección de los ciegos pobres*, Madrid, Imp. de E.Fernández Sanz, 1912; *Concepto y organización de la Mutualidad escolar*, Madrid, Imp. de la Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, 1913; *Lecciones elementales de Previsión*, Madrid, Imp. de la Sucesora de M.Minuesa de los Rïos, 1913; *Juventud y Previsión*, Madrid, Imp. Sucesora M.Minuesa de los Ríos, 1914; *Reglas de protección a los niños anormales*, Madrid, Imp.del Asilo de Huérfanos del S.C.de Jesús, 1914; *El mundo silencioso (vulgarización de los problemas de la sordomudez)*, Madrid, Imp. hispano-alemana, 1914; *Función social de la Mutualidad escolar*, Madrid, Tipografía de la Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, 1915 (2ª edición, Madrid, Sucesora de Minuesa de los Ríos, 1918);

Relaciones entre la Higiene y la Previsión, Madrid, Tip. De la Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, 1915; *La acción social de la mujer en la higiene y mejoramiento de la raza,* Madrid, Imp. de la Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, 1915; *Laboratorio bibliográfico de sordomudística española,* Madrid, Imp. del Colegio Nacional de Sordomudos, 1916; *Los derechos del sordomudo,* Madrid, Establecimiento tipográfico de Jaime Ratés, 1916; *La enseñanza de la Previsión,* Barcelona, Imprenta Editorial "La Polígrafa", 1916; *Restauración social de los inválidos de la guerra,* Madrid de la Sucesora de M.Minuesa de los Rïos, 1916; *El seguro social de vejez,* Madrid, Imp. de la Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, 1917; *Estudio preliminar y notas* (pp.IX-XCIX) al *Tratado legal sobre los mudos,* por el Licenciado J. Lasso de la Vega, Madrid, Imprenta de la Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, 1919; *El Seguro de Vejez e Invalidez en los campos,* Madrid, Sobrinos de la Suc.Minuesa de los Ríos, 1919; *Ideario de Previsión Social,* Discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, leído en la Junta Púlica de 6 de junio de 1920, y contestación de Eduardo Sanz y Escartín, publicado inicialmente en Madrid, Imp. de los Sobrinos de la Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, 1920; después, en *Discursos de recepción de y de contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas,* Tomo XIII, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés Martin, 1924; con varias ediciones sucesivas en formato de libro independiente. Ediciones de 1943, 2ª ed., y 1947, 3ª ed., publicadas por el INP (Es una obra básica sobre el tema que tuvo una grandísima influencia en la enseñanza sobre esta materia); *Filandro. Diálogo de la inhibición,* Madrid, Imp. de M.Minuesa de los Ríos, 1921; *Contestación a "La abolición del salariado",* Discurso de recepción de Severino Aznar Embid en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1921. 2ª edición, Madrid, RACMP, Imp. de la Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, 1921; *El subsidio de enfermedad en las Mutualidades escolares,* en la Conferencia Nacional de Seguros de Enfermedad, Invalidez y Maternidad, Madrid, Sucesores de M. Minuesa de los Ríos, 1922; *Silva de dichos y hechos,* Madrid, Imp. de M.Minuesa de los Ríos, 1923; *Necrología del Exmo. Señor Cardenal don Victoriano Guisasola,* Madrid, Imp. de J.Ratés, 1923; *Los cotos sociales de previsión,* Conferencia. Santander, Santander, Talleres Tipográficos de J.Martínez, 1923; *Fiesta de la Mutualidad escolar,* Sevilla, Casa Velásquez, 1924; *Elogio de Federico H. Shaw,* Madrid, Sobrinos Sucesora Minuesa, 1924; *Viejos y niños,* Madrid, Sobrinos Sucesora Minuesa, 1925; *Inventario bibliográfico del Grupo de la Democracia Cristiana. I. Obras originales,* Madrid, Imp. de Antonio Marzo, 1925; *Marvá. Biografía y bibliografía,* Madrid, Imp. Clásica Española, 1926; "Régimen de transición entre el seguro libre y el seguro obligatorio", en *Anales del INP,* t.II, Madrid, 1926; *Influencia de la legislación social en la familia,* Conferencia en la Semana Santa de Oviedo, Covadonga, Editorial Covadonga, 1927; *El apostolado social de San Francisco de Así,* Madrid, Ed. Ibero-Africana-Americana, 1927; *La inspección de trabajo en España,* Madrid, 1927; *La Previsión en la Escuela,* Madrid, Sobrinos Sucesora Minuesa, 1928; *Veinte años de legislación social,* Prólogo de M.González Rothvoss, Madrid, Biblioteca Marvá, Juan Ortiz Editor, s/f. (1928); *El Código Social de Malinas,* Madrid, Imp. de A.Marzo, 1928; *Previsión y seguros sociales,* 1ª y 2ª edición, Madrid, Sobrinos Sucesora Minuesa, 1929; *Las obras de Previsión en relación con la Beneficencia,* Madrid, Sobrinos Sucesora Minuesa, 1930; "La Medalla de Oro del Trabajo a D. José Maluquer y Salvador", en *El Hogar Patrio,* Mayo, 1930 (Esta revista era instrumento de expresión de la Asociación de San Rafael); *Elogio de Severino Aznar,* Imp. Marzo, 1930; *Problemas sociales candentes,* intervención, Barcelona, Ed. Eugenio Subirana, 1930; *La ideología de Maluquer,* discurso leído en la solemne sesión necrológica celebrada en la Academia Nacional de Jurisprudencia y Legislación, el día 11 de mayo de 1932, Madrid,

RAJYL, A.Jimenez, 1932; *Programa de la asignatura de Previsión y Seguros Sociales,* 2ª ed., Madrid, Imp. de Minuesa de los Ríos, 1933; *Don Juan Bosco,* 2ª ed., Madrid, Imp. de A.Marzo, 1933; *Previsión infantil,* Conferencias, discursos y estudios varios, 2ª ed., Madrid, Sobrinos Sucesora Minuesa, 1934; *La Mutualidades Escolares. Curso para funcionarios de Instituto Nacional de Previsión,* Madrid, Imp. de la S. Minuesa de los Ríos, 1935; *España y los Sordomudos,* Conferencia desde la Unión Radio Madrid, el día 3 de febrero de 1936, inserta en el número de "La Revista Dominical", de 22 del mismo mes. No publicada por separado; *Ideario de la Previsión Social,* 2ª edición 1943, y 3ª edición 1947, Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1943/1947; *Los inicios de la protección social a la infancia en España,* reediciones, Madrid, CEPE, 1992.

B). SECUNDARIA SOBRE ÁLVARO LÓPEZ NUÑEZ, SU ÉPOCA, EL CATOLICISMO SOCIAL Y LA REFORMA SOCIAL EN ESPAÑA: ALDEA VAQUERO, Q., GARCÍA GRANDA, J.y MARTÍN TEJEDOR, J.: *Iglesia y Sociedad en la España del Siglo XIX. Catolicismo Social (1909-1940),* 2 tomos, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Centro de Estudios Históricos, Departamento Enrique Florez, 1987; ALONSO OLEA, M.: "Cien años de Seguridad Social", en *Papeles de Economía Española,* núms..12-13 (1992); ANDRÉS GALLEGO, J.: *Pensamiento y accion social de la Iglesia en España,* Madrid, Espasa-Calpe, 1984; ANDRÉS-GALLEGO,J. y M.PAZO,A.: "Cien años (y algo más) de catolicismo socila en España", en PAZOS,A.M. (Dir.).: *Un siglo de catolicismo social en Europa 1891-1991,* Pamplona, Eds. Universidad de Navarra, 1993, págs.50 y sigs; ANDRÉS GALLEJO, J. y PAZOS, A.M.: *La Iglesia en la España contemporánea,* 2 vols., Madrid, Ediciones Encuentro, 1999; ALZAGA VILLAMIL, O., *La primera democracia cristiana en España,* Barcelona, Ariel, 1973; ARBOLEYA MARTÍNEZ, M.: *De la Acción Social. Definiciones y principios. I. Diferentes aspectos de la Acción Femenina. II. Las tres escuelas clásicas ante la cuestión social. III. La participación de los trabajadores en la gestión de las industrias,* Barcelona, Luis Gili, 1921; *Los orígenes de un movimiento social. Balmes, precursosr de Ketteler,* Prólogo de Armando Castroviejo, Barcelona, Librería Católica Internacional Luis Gili, 1912; *Liberales, socialistas y católicos ante la cuestión social,* Valladolid, 1901; *Los sindicatos obreros,* Barcelona, 1918; *XL Aniversario de la "Rerum Novarum". La carta magna de la Justicia Social. I. Antecedentes. II. La Encíclica. III. Sus consecuencias,* Barcelona, Instituto de Propaganda Católica Miguel A. Salvatella, 1931; AZNAR, S.: *Impresiones de un demócrata cristiano,* 2ª ed., Madrid, Editorial Bibliográfica Española, 1950; *El catolicismo social en España. Nuestro primer curso social,* 2 tomos, Zaragoza, s/f.; *La abolición del salariado,* Madrid, RACMP, 1921; *Las Encíclicas "Rerum Novarum" y "Quagragesimo Anno". Sus repercusiones en España (1941),* Discurso leído en nombre de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el homenaje por dicha Academia celebrado en honor de aquellos solemnes y graves dcomentos, recogido en *Estudios religioso-sociales,* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949; "La función social de la Religión", recogido en *Estudios religioso-sociales,* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949; *La incorporación de los obreros del campo al régimen obligatorio de Retiro Obrero,* Madrid, Publicaciones del INP, 1924; *El Retiro Obrero y la agricultura,* Madrid, Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, Publicaciones del INP, 1925; *La previsión social de las clases campesinas,* Madrid, Sobrinos de la Suc. de M.Minuesa de los Ríos, Publicaciones del INP, 1928; *Recuerdos de un tiempo viejo,* Madrid, INP, 1946; *Los seguros sociales. En busca de sus principios,* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1947; ID.: *Lo que es el coto social de previsión,* Madrid, Publicaciones del INP, Madrid, Suc.M.Minuesa, 1931; *El seguro de maternidad,* Madrid, Publicaciones del INP, Madrid, Suc. M.Minuesa,

1932.; "Marvá y la política social", Homenaje a la memoria del General Marvá celebrado en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 2 de marzo, Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, 1942; *La vejez del obrero y las pensiones de retiro,* Madrid, Publicaciones del INP, 1915; AZPIAZU, J.: "La sociología católica y la Seguridad Social", en *RISS,* núm.10 (1947); "Los seguros sociales a través de las encíclicas pontificias", en *RISS,* núm.5 (1948); BALMES, J.: *Obras Completas,* Madrid, Ed. Católica, 1980; *Estudios Sociales, Obras Completas,* tomo VI, Barcelona, Biblioteca Balmes, 1925; *Escritos políticos,* Madrid, Imprenta Sociedad de Operarios del mismo Arete, 1847; BASO ANDREU, A.: "Don Álvaro López Nuñez. Semblanza de un maestro visto a través de su obra e ideario social", *Flumen,* Revista de la Escuela de Magisterio de Huesca, núm.3 (1998), págs.91 a 106; BENAVIDES GÓMEZ, D.: *Democracia y cristianismo en la España de la Restauración, 1875-1931*, Madrid, Ed. Nacional, 1978; *El fracaso social del catolicismo español 1870-1951*, Barcelona, Editorial Nova Terra, 1973; *Maximiliano Arboleya. Un luchador social entre las dos Españas*, Madrid, BAC, 2003; BORRÁS, J.Mª. (1996): *Historia de la infancia en la España contemporánea (1834-1956),* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Fundación Germán Sánchez Ruipérez, 1996; BLANCO RODRÍGUEZ, J.E.: "La teoría de la previsión social española en sus iniciadores (1900-1936)", en *Cuadernos de Política Social*, núm. 18 (1953), pp.59 a 73; *Antología del nacimiento de la Previsión Social Española (1908-1910),* Madrid, MT-INP, 1959; "Doctrina Pontificia sobre la Seguridad Social", en *RISS,* núm.5 (1961); *Planificación de la Seguridad Social,* Barcelona, Ediciones Marte, 1964; BORDONADO BERMEJO, Mª.J.: *El General de ingenieros Don José Marvá y Mayer creador del Cuerpo de Inspección de Trabajo,* Madrid, MTAS, 2006; BORRAJO DACRUZ, E.: *Estudios jurídicos de previsión social,* Madrid, Ed.Aguilar, 1963; BOTTI, A.: *Cielo y tierra. El nacionalcatolicismo en España (1881-1975),* Madrid, Alianza, 1992; 2ª edición, 2008; BURGOS Y MAZO, M.DE.: *El problema social y la democracia cristiana,* Prólogo del Excmo. Sr. D. Eduardo Dato Iradier, Barcelona, Luis Gili, 1914; BUYLLA Y G. ALEGRE, A.: "El INP. Su funcionamiento e interés que para la clase trabajadora puede tener", en *Anales del INP*, octubre de 1909; *La protección del obrero (Acción social y acción política),* Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1910; CALLAHAN, W.J.: *La Iglesia católica en España,* Barcelona, Ed.Crítica, 2002; CANES GARRIDO, F.: "La protección a la infancia en España a comienzos del siglo XX", en LLORENT,V. (Coord.).: *Derechos y educación de niños y niñas. Un enfoque multicultural,* Sevilla, GIECSE/UNICEF-Universidad de Sevilla, 2001; "Álvaro López Nuñez (1865-1936) y la protección a la infancia en España", ensayo localizable a través de Internet; CASTILLO, J.J.: *El sindicalismo amarillo en España. Aportación al estudio del catolicismo social español (1912-1923),* Madrid, Edicusa, 1977; CUENCA, J.M.: *Catolicismo social y político en la España Contemporánea, 1870-2000,* Madrid, Unión Editorial, 2003; CUESTA BUSTILLO, J.: *Sindicalismo católico agrario en España (1917-1919),* Madrid, Narcea, 1978; *Hacia los seguros sociales obligatorios,* Madrid, MTSS, 1988; "La previsión social pública en España, 1919-1939", en VV.AA.: *La previsión social en la historia,* Castillo, S. y Ruzafa, R. (Coords.), Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2009; CUESTA BUSTILLO, J. (Dir.).: *La depuración de funcionarios bajo la dictadura franquista (1936-1975),* Madrid, Fundación Largo Caballero, 2009; DATO IRADIER, E.: *Justicia social. Discurso leído en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y contestación de D. Amós Salvador y Rodrígañez,* Madrid, RACMP, 1910-14; DE LA VILLA GIL, L.E.: *Los orígenes de la Administración laboral en España,* Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1969; *Nacimiento del derecho obrero en España,* Madrid, Escuela Nacional de la Administración Pública, 1970; *La formación*

histórica del Derecho del Trabajo en España, Granada, Ed.Comares, 2003; DONOSO CORTÉS, J.: *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo,* edición y est.prel., "La filosofía política de Donoso Cortés: teología política y crisis del sistema liberal" a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares, 2006; FOGARTY, M.: *Historia e ideología de la democracia cristiana, 1820-1953,* Madrid, Ed.Tecnos, 1964; GARCÍA-NIETO PARIS, J.N.: *El sindicalismo cristiano en España. Notas sobre su origen y evolución hasta 1936*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1960; GOYAU, G.: *Aspectos del Catolicismo Social*, versión española de Cristóbal de Reyna, Casa Editorial Saturnino Calleja Fernández, 1925 (¿); GRUPO DE LA DEMOCRACIA CRISTIANA: *Problemas sociales candentes,* Álvaro López Nuñez y otros, Barcelona, E.Subirana, 1930; GUISASOLA, Cardenal: *Justicia y caridad en la organización cristiana del trabajo,* Madrid, 1933; ELORZA, A.: "El sindicalismo católico en la Segunda República: la C.E.S.O (135-1938)", en *Revista de Trabajo*, núm. 33 (1971); GIL PECHARROMÁN, J.: *Conservadores subversivos. La derecha autoritaria alfonsina (1913-1936),* Madrid, Eudema, 1994; LABOA, J.Mª.: *La Iglesia del Siblo XIX. Entre la Restauración y la Revolución*, Universidad Pontificia de Comillas (UPCo), Madrid, 1994; HERMET, G.: *Los católicos en la España franquista,* 2 vols., Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 1985; JUMÉNEZ, I. *El I.N.P. Notas sobre su desarrollo,* Madrid, I.N.P., 1930; *La unificación de los seguros sociales*, Madrid, Sucesores de M.Minuesa de los Ríos, 1934; *El seguro social y el privado*, Madrid, Imprenta y encuadernación de los sobrinos de la sucesora M.Minuesa de los Ríos, 1934; JORDANA DE POZAS, L.: *El principio de unidad y los seguros sociales,* en *Boletín de Información del INP*, julio-agosto 1941, núms.7-8 (También como separata en Madrid, Publicaciones del INP, 1941); *Los accidentes de trabajo agrícolas en España,* Tesis para el grado de Doctor en Derecho, Madrid, Hijos de Reus, editores-impresores-libreros, 1913 (realiza un análisis sociólogo sobre la población rural y el trabajo agrícola como presupuesto para el estudio jurídico sobre la protección de los accidentes del trabajo); "Aplicación del Seguro de Vejez a los obreros del campo", en *Anales del INP*, abril-junio, 1919; *El Instituto Nacional de Previsión. Su obra. Orientaciones presentes de los seguros,* Madrid, Publicaciones del INP, 1925; "Pasado, presente y futuro de la Seguridad Social española", en *Estudios Sociales y de Previsión,* t. II, Vol. 1º, Madrid, Ministerio de Trabajo-INP, 1961; *El régimen corporativo como sistema de reformas sociales*, Madrid, 1927; *Elogio de Don Álvaro López Nuñez,* Conferencia en la Escuela Social de Madrid, el 27 de febrero de 1942, Madrid, Sobrinos Sucesora Minuesa, PINP, 1942, y recogidos posteriormente en *Estudios sociales y previsión,* t. II, vol. 2º, Madrid, 1961; *La Caja Nacional de seguro de accidentes de trabajo y sus primeros resultados*, Madrid, INP, 1933; "Ser, vida y muerte del Excmo. Sr. D. Álvaro López Nuñez", en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 54 (1977), págs.261 a 276; LÓPEZ PENA, I.: "Los orígenes del intervencionismo laboral en España: el Instituto de Reformas Sociales", en *RT*, núm.25 (1969); LÓPEZ VALENCIA, F.: *La acción patronal en el problema de los retiros obreros,* Madrid, 1913; ID.: *El problema de la vivienda en España,* Madrid, 1929; ID.: *Los seguros sociales en el medio rural. Extensión de los seguros sociales a los trabajadores del campo,* Madrid, INP, 1932; ID.: *El ideario de Maluquer,* Madrid, 1934; ID.: .*Los seguros sociales en el medio rural. Extensión de los seguros sociales a los trabajadores del campo. Procedimiento de hacer más eficaz esa extensión,* Madrid, INP, Premio Marvá 1932, 1933; LUÑO PEÑA, E.: *Seguro social agrario. Extensión de los seguros sociales a los trabajadores del campo. Procedimiento de hacer más eficaz esa extensiónb,* Madrid, INP, Premio Marvá 1932, 1933; MARÍN ECED, T.: *Innovadores de la educación en España*, Cuenca, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1991; MARTIN GRANIZO, L.: *El*

Instituto de Reformas Sociales y sus hombres, Madrid, Patronato de la Escuela Social de Madrid, 1947; "Álvaro López Nuñez apóstol de la previsión social", en *Biografía de sociólogos españoles*, Madrid, Servicio de Estudios del Ministerio de Trabajo, 1963, págs.159 a 173; MARTÍN VALVERDE, A.: "La formación del Derecho del Trabajo en España", Estudio preliminar a la recopilación legislativa VV.AA.: *La legislación social en la Historia de España*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987; MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del derecho español de la Seguridad Social*, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, 1990; MONEREO ATIENZA, C.: *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Granada, Ed.Comares, 2007; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, MTAS, 2003; *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999; "Donoso Cortés: decisión y forma política", en *Empresas políticas*, núm. 6 (2005), págs. 17 a 34: "La cuestión social en la España del siglo XIX: el pensamiento social de Donoso Cortés", en *REDT*, núm.128 (2005); *El Instituto Nacional de Previsión: Ubicación histórica, social y político-jurídica*, en *Cien Años de Protección Social en España. Libro Conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, TORTUERO PLAZA, J.L. (Dir. y Coord.), Madrid, Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007; *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed.Comares, 2007; *El catolicismo social conservador: Eduardo Sanz y Escartín*, Granada, Ed.Comares, 2010; "Crítica social republicana y reformismo político-jurídico: Leopoldo Palacios Morini (1876-1952)", en *REDT*, núm.134 (2007); "El liberalismo social krauso-institucionalista de Juan Uña Sarthou", en *REDT*, núm.140 (2008); "Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George", en *Documentación Laboral*, núm. 83 (2008); "El reformismo social-liberal de Giner de los Ríos: organicismo y corporativismo social", en *Revista española de derecho del trabajo*, núm.142 (2009); MONEREO PÉREZ, J.L.y CALVO GONZÁLEZ, J.: "Ricardo Oyuelos Pérez: del reformismo democrático y social a la utopía social corporativa", en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 121 (2004); MONJE MUÑOZ, M.: *Mutualidades y Cotos escolares de previsión*, Madrid, Publicaciones del INP, 1946; MONTERO GARCÍA, F., *"El primer catolicismo social y la "Rerum Novarum" en España, 1889-1902"*, Madrid, CSIC, 1983; *Orígenes y antecedentes de la previsión social*, Madrid, MTSS, 1988; *Del Movimiento Católico a la Acción Católica*, Madrid, Eudema, 1993; *La Acción Católica y el Franquismo. Auge y crisis de la Acción Católica especializada*, Madrid, UNED, 2000, "Origen y evolución de la acción católica española", en DE LA CUEVA MERINO, J. y LÓPEZ VILLAVERDE, Á.L. (Coords.), Cuenca, Eds. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2005, págs.133-159.MONTERO GIBERT,J.R.: *La CEDA. El catolicismo social y político en la II República*, 2 tomos, Madrid, Revista de Trabajo, 1977; MONTERO, M.: *Historia de la Asociación Católica Nacional de Propagandistas. La construcción del Estado Confesional*, Pamplona, EUNSA, 1993; NITTI, F.: *El socialismo católico*, traducido por P.Dorado, Prólogo de Adolfo Buylla, Salamanca, Imprenta de F. Nuñez Izquierdo, 1893; MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, 2ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi-Civitas, 2009; "La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica", en *Revista de Trabajo*, núm.54-55 (1976); *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España. La Dictadura de Primo de Rivera*, Murcia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1980; OSSORIO Y GALLARDO, A.: *Mis Memorias*, Madrid, Ed.Tebas, 1975; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del trabajo e ideología*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1995; PAYNE, S.G.: *El catolicismo español*, Barcelona, Ed.Planeta, 1984; PELÁEZ ALBENDEA, M.J.: "Democracia cristiana,

catolicismo social y Confederación de Obreros Católicos: relaciones entre los intelectuales y líderes sindicales en 1921: Maximiliano Arboleya, Emérico Puigferrat, Santiago Leoz y Ángel osorio y Gallardo (En torno a unas misivas)", en *Contribuciones a las Ciencias Sociales,* diciembre de 2009, www.eumed.net/rev/cccss/06/mjpe.htm. (Documentado ensayo sobre la materia); PELÁEZ ALBENDEA, M. y SEGHIRI, M.: "Ángel Ossorio y Gallardo (1873-1946), abogado e intelectual católico, embajador y Ministro de la República", en *Cuadernos republicanos,* núm.64 (2007); PÉREZ BOTIJA, E.: "Reflexiones acerca de las doctrinas que sobre Seguridad Social contiene la Encíclica Mater et Magistra", en *RISS,* núm.5 (1961); PERFECTO GARCÍA, M.A.: "Corporativismo y catolicismo social en la dictadura de Primo de Rivera", en *Studia Historica. Historia Contemporánea,* Vol. II, núm. 4 (1984); REDONDO, G.: *Historia de la Iglesia en España: 1931-1939,* 2 vols., Madrid, Ed.Rialp, 1993; SAMANIEGO BONEU, M.: *La élite dirigente del Instituto Nacional de Previsión. Un equipo pluriideológico durante la II República,* Salamanca, Edic. Universidad de Salamanca-Departamento de Historia Contemporánea, 1984; *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República,* Madrid, MTSS, 1988; SANZ DE DIEGO, R.: *El pensamiento social cristiano. I. Las alternativas socialista, anarquista, comunista y católica ante el problema social español,* 5ª ed,m Madrid, ICAI, 1989; SANZ Y ESCARTÍN, E.: *El Estado y la reforma social (1893),* edición y estudio preliminar a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares, 2010; SECO SERRANO, C.: "Eduardo Dato y su catolicismo social", en VV.AA.: *La cuestión social en la Iglesia española contemporánea,* Madrid, Ediciones Escuarialenses, Real Monasterio de El Escorial, 1981; TUSSEL GÓMEZ, J., *Historia de la democracia cristiana en España,* 2 vols., Madrid, Cuadernos Para el Diálogo, 1974; TUSELL,J., MONTERO,F., y MARÍN,J.M. (eds.).: *Las derechas en la España contemporánea,* Barcelona, Antrophos-UNED, 1997; VICENT, A.: *De la agremiación dentro y fuera de los Círculos Católicos de Obreros,* Madrid, Imprenta de San Francisco de Sales, 1905; *Socialismo y anarquismo. La Encíclica de S.S. León XIII "De Conditione opificum y los Círculos de obreros católicos,* Valencia, 1893; *Manual de las Escuelas de Perfección cristiana de la Reforma Social,* 2ª ed., Valencia, 1898; VV.AA.: *Historia de la Prevención de Riesgos en España,* Madrid, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y Fundación Francisco Largo Caballero, 2007; WINSTON, C.: *La clase trabajadora y la derecha en España, 1900-1936,* Madrid, Cátedra, 1989; VV.AA.: *La previsión social en la historia,* Castillo, S. y Ruzafa, R. (Coords.), Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2009; VV.AA.: *Los seguros sociales en la España*, 3 volúmenes, Gómez Molleda, Mª. D. (Coord.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988; VV.AA.: *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Rojas Rivero, G. (Coord.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2012.

CRITERIOS DE ACEPTACIÓN DE ORIGINALES Y REGLAS DE ESTILO REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

(INSTRUCCIONES DE USO)[1]

1. Los trabajos de investigación tendrán que ser efectivamente originales e inéditos, como condición imprescindible para la publicación de los mismos en la revista.

2. Configuración página

Margen superior:	2,50 cm
Margen inferior.	2,50 cm
Margen izquierda:	3,00 cm
Margen derecha:	3,00 cm
Encabezado:	1,25 cm
Pie de página:	1,25 cm

3. Encabezamiento

- Todo el título en versales, con todas las palabras en minúscula salvo la primera letra, negrita, centrado y en cuerpo time new roman 14, sin subrayado.
- Nombre y apellidos iniciales en versales, con todas las palabras en minúscula salvo la primera, normal, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.
- Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, minúscula, cursiva, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.
- Universidad de destino, minúscula, cursiva, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.

Ejemplo:

POLÍTICA DE SEGURIDAD SOCIAL Y POLÍTICA DE EMPLEO

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

4. Título

En castellano e inglés.

[1] Archivo: "Reglas estilo Revista Seguridad Social. Instrucciones de uso" (Estudio; Lápiz rosa).

5. Resumen / Abstract

En castellano e inglés, sin superar los mil caracteres.

6. Palabras clave / Keywords

Cinco palabras clave (en castellano e inglés)

7. Sumario

Índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos, no superando el triple apartado (p.ej.: 1.2.3) A partir de ahí, seguir con numeración alfabética (p.ej., a), b), c)…)

8. Títulos de los apartados

Siguiendo el índice, el titulo de los apartados se recogerá como sigue:

- en negrita, mayúscula los primeros apartados (1.)

- en negrita y minúscula los subapartados (1.1.)

- normal y minúscula los siguientes (1.1.1.; a)…)

En todos los casos, sin punto al final de cada título de apartado. Letra "times new roman" tamaño 12.

9. Texto

Tratamiento de texto microsoft word, utilizando el tipo de letra "times new roman", editado al cuerpo 12. Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio).

En la medida de lo posible, es deseable que estudio finalice con unas CONCLUSIONES

En las citas de doctrina judicial se utilizarán las referencias propias de la base de datos correspondientes y, en su defecto, se citarán con datos neutros que garanticen su localización (número de recurso, número de Sentencia, etc.).

La citas de Doctrina Judicial: deberán expresar –en todo lo posible- las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, número de recurso, número de Sentencia, etcétera).

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. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva.

El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

12. Los originales remitidos –sean o no objeto de encargo por la dirección de la Revista– serán sometidos a evaluación siguiendo el orden de entrega y el criterio de oportunidad preferencial para su publicación en la Sección que corresponda. Se valorarán y seleccionarán por la dirección de la revista atendiendo al interés y calidad. Se dará cumplida información a los autores, en su momento, de la publicación o no de sus trabajos, y, en su caso, de la conveniencia de realizar los cambios que se estimen pertinentes.

13. Con la entrega del trabajo y después de la aceptación para su publicación en la Revista, el autor consiente la publicación, tanto en soporte magnético o informativo, como en soporte de papel o documental.